



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

SEDE IBARRA

“PUCESI”

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

INFORME FINAL DEL TRABAJO DE TITULACIÓN:

**“LA EFICACIA PROBATORIA DEL TESTIMONIO ANTICIPADO EN DELITOS
DE VIOLACIÓN SEXUAL”**

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

J.3. Sistema penal ecuatoriano

AUTORA: María Belén Jaramillo Proaño

ASESOR: Dr. José Eladio Coral, MSc.

IBARRA, OCTUBRE -2017

CERTIFICACIÓN

Ibarra, 13 de noviembre del 2017

Doctor

José Eladio Coral, MSc.

ASESOR DE LA TESIS

CERTIFICA:

Haber revisado el presente informe final de investigación, el mismo que se ajusta a las normas vigentes en la Escuela de Jurisprudencia, de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI); en consecuencia, autorizo su presentación para los fines legales pertinentes.


f).....
ASESOR DE TESIS

f).....

Dr. José Eladio Coral, MSc.

C.C. 100076093-6

APROBACIÓN DEL TRIBUNAL

El jurado examinador, aprueba el presente informe de investigación en nombre de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI):

(f) 
.....
ASESOR DE TESIS

(f).....

ASESOR DE TESIS

Nombres y Apellidos:

C.C......

(f).....

LECTOR

Nombres y Apellidos:

C.C......

(f).....

LECTOR

Nombres y Apellidos:

C.C......

ACTA DE CESIÓN DE DERECHOS

Yo María Belén Jaramillo, declaro conocer y aceptar la disposición del Art.66 del Instructivo de Trabajo de Grado de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI), que en su parte pertinente manifiesta textualmente: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través o con el apoyo financiero, académico o institucional de la Universidad”.

Ibarra, 13 de octubre de 2017



f:

María Belén Jaramillo Proaño

C.C. N° 100439318 - 5

AUTORÍA

Yo, María Belén Jaramillo Proaño, con cédula de ciudadanía Nro. 100439318-5, declaro bajo juramento que el presente trabajo de investigación es de total responsabilidad dela autora, y que se han respetado las diferentes fuentes de información, realizando las citas correspondientes.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'María Belén Jaramillo Proaño', with a large, stylized flourish above the text.

f:

María Belén Jaramillo Proaño

C.C. N° 100439318 - 5

RESUMEN

El testimonio anticipado receptado en la investigación previa; en relación con la veracidad de lo atestiguado por la víctima (niño, niña o adolescente) del delito de violación; cuando no existen vestigios materiales de la ocurrencia del delito, implica la imposibilidad de encontrar indicios del cometimiento del mismo. En los primeros instantes posteriores al delito, los operadores de justicia que reciben el testimonio desde la denuncia hasta la audiencia, implica la revictimización de las niñas, niños o adolescentes. En este contexto, el testimonio de la víctima de este ilícito, ha sido tratado en forma superficial por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina ecuatoriana.

Dejando esta herramienta en contraposición de los derechos reconocidos tanto para la víctima como para quien va a ser investigado por la Fiscalía General del Estado. Principalmente el derecho a la no revictimización de las víctimas y el derecho del sospechoso o investigado a formar parte del contrainterrogatorio cuando se recepte el testimonio anticipado.

Los delitos sexuales contra las niñas, niños y adolescentes, son generalmente cometidos en la clandestinidad y lejos de la mirada de otras personas. En ese sentido, las víctimas del ilícito serán las encargadas de ayudar a reconstruir la verdad del delito del cual fueron víctimas, sirviendo este testimonio como prueba determinante para el convencimiento de la o el juzgador. De ahí, que la recepción del testimonio y su valor probatorio es analizada por los efectos y las repercusiones que tiene al momento de ser valorado por los jueces que van a tomar conocimiento del caso.

Así, se aborda esta problemática desde las distintas aristas conflictivas por la colisión de derechos constitucionales tanto de la víctima como del investigado. Es importante dar cuenta de cómo el sistema procesal penal ecuatoriano y la jurisprudencia han abordado estos temas desde el desarrollo jurisprudencial, así como de las disposiciones legales que son la base para la aplicación por parte de los administradores de justicia.

Palabras claves: Testimonio anticipado; no revictimización; derecho al contrainterrogatorio, valoración de prueba.

ABSTRACT

The anticipated testimony received in the previous investigation; in relation to the veracity of the testimony of the victim (child, girl or adolescent) of the crime of rape; When there are no material vestiges of the occurrence of the crime, it implies the impossibility of finding indications of the commission's commitment. In the first moments after the crime, the justice operators who receive the testimony from the complaint to the hearing, implies the revictimization of the children or adolescents. In this context, the testimony of the victim of this crime has been treated superficially by legislation, jurisprudence and Ecuadorian doctrine.

Leaving this tool in contrast to the rights recognized both for the victim and for who is going to be investigated by the Attorney General's Office. Mainly the right to non-revictimization of victims and the right of the suspect or investigated to be part of the cross-examination when the advance testimony is received.

Sexual crimes against children and adolescents are generally committed in hiding and far from the eyes of other people. In this sense, the victims of the crime will be responsible for helping to reconstruct the truth of the crime of which they were victims, serving this testimony as a determining test for the conviction of the judge. Hence, the reception of the testimony and its probative value is analyzed by the effects and the repercussions that it has at the moment of being valued by the judges who will take cognizance of the case.

Thus, this problem is addressed from the different conflicting edges by the collision of constitutional rights of both the victim and the researched. It is important to give an account of how the Ecuadorian criminal procedure system and jurisprudence have addressed these issues from the jurisprudential development, as well as the legal provisions that are the basis for application by the administrators of justice.

Keywords: Anticipatory testimony; no revictimization; right to cross-examination, assessment of evidence.

DEDICATORIA

Dedico la presente tesis a las personas más importantes de mi vida, mis queridos padres principales responsables de mi existencia, a quienes debo mi carácter y disciplina en el trabajo, a mis hermanos que han sido siempre pacientes y generosos en mis momentos de desánimo y falta de estímulo. Esta dedicatoria se extiende al docente orientador y tutor del presente trabajo Dr. José Eladio Coral, quien ha sido mi guía durante este proceso.

María Belén

AGRADECIMIENTO

A todos los profesores de la Escuela de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCE-SI) por ser esenciales en mi formación jurídica y especialmente al tutor de la presente tesis Dr. José Eladio Coral, por su excelente orientación para culminar el presente trabajo.

María Belén

ÍNDICE DE CONTENIDOS

PRELIMINARES

Portada.....	i
Certificación	ii
Aprobación del Tribunal.....	iii
Acta de Cesión de Derechos.....	iv
Autoría.....	v
Resumen	vi
Abstract.....	vii
Dedicatoria	viii
Agradecimiento	ix
Índice de Contenidos	x
Índice de Tablas.....	xiii

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN	xv
2. JUSTIFICACIÓN	xvii
3. METODOLOGÍA.....	xx
3.1. MÉTODO SOCIO-JURÍDICO.....	xx
3.2. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN	xxi
3.2.1. Entrevistas	xxi
3.3. POBLACIÓN	xxii
4. OBETIVOS.....	xxii
4.1. OBJETIVO GENERAL	xxii
4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS	xxii
5. ESTRUCTURA DEL TRABAJO	xxiii

CONTENIDOS

CAPÍTULO I

1. DESCRIPCIÓN CONTEXTUALIZADA DEL TEMA DE ESTUDIO	24
1.1. EL TESTIMONIO URGENTE	24
1.1.1. Concepto y finalidad de la prueba.....	24

1.1.2. Concepto de prueba testimonial	25
1.1.3. La prueba anticipada y el testimonio urgente	28
1.1.4. Principios reguladores de la prueba.....	31
1.1.4.1. Principio de intermediación.....	32
1.1.4.2. Principio de contradicción.....	33
1.1.4.3. Principio de libertad probatoria	34
1.1.4.4. Principio de exclusión	34
1.1.4.5. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba.....	36
1.1.5. Criterios de valoración.....	36
1.1.6. Procedimiento.....	36
1.1.7. Eficacia.....	37
1.1.8. Utilidad.....	38
1.1.9. Momento procesal de incorporación del testimonio urgente como prueba	38
1.1.10. La no revictimización de la niña, el niño y la/el adolescente en la legislación internacional y comparada	39
1.1.10.1. Directrices de la ONU para evitar la revictimización contenidos en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 29/11/1985	40
1.1.10.2. Testimonio sin daño de la República de Brasil.....	41
1.1.10.3. Sistemas de video grabación de Medicina Legal de la Justicia de la República Argentina	43
1.1.11. La Cámara de Gesell en el mundo y en el Ecuador.....	45
1.1.12. La no revictimización de la niña, el niño y la/el adolescente en la legislación nacional	48
1.2. EL DELITO DE VIOLACIÓN	50
1.2.1. Concepto.....	50
1.2.2. Elementos del delito de violación.....	52
1.2.3. Sujeto activo del delito de violación	53
1.2.4. Sujeto pasivo del delito de violación.....	55
1.2.5. Bien jurídico protegido del delito de violación	56

1.2.6. El interés superior de las niñas, niños y adolescentes y el delito de violación	58
1.2.7. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder y la protección procesal de niñas, niños y adolescentes.....	58
1.2.8. Protección psicológica de las niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales	58
1.2.9. El testimonio receptado en la investigación previa de delito de violación de niñas, niños y adolescentes	60
1.2.10. Falencias del proceso penal del delito de violación de niñas, niños y adolescentes en el cantón Ibarra	60
 CAPÍTULO II	
2. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN Y TABULACIÓN	64
2.1. ENTREVISTAS	64
 CAPÍTULO III	
3. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA Y PROPUESTA.....	86
3.1. PROPUESTA	89
 CONCLUSIONES	92
RECOMENDACIONES	94
BIBLIOGRAFÍA	95
ANEXOS	103

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1	Pregunta N° 1 ¿Qué concepto e interpretación tiene usted del testimonio anticipado?.....	65
Tabla 2	Pregunta N° 1 ¿En qué momento procesal considera usted que es legítimo se recepte el testimonio anticipado?.....	68
Tabla 3	Pregunta N° 3 ¿Qué valor probatorio tiene el testimonio anticipado?.....	71
Tabla 4	Pregunta N° 4 ¿Se viola el principio del Debido Proceso por receptar el testimonio anticipado en fase de investigación previa?.....	73
Tabla 5	Pregunta N° 5 ¿El testimonio anticipado es un medio eficaz para evitar la revictimización?.....	77
Tabla 6	Pregunta N° 6 Si la no revictimización es un derecho, ¿quiénes son los destinatarios de este derecho?.....	80
Tabla 7	Pregunta N° 7 ¿Qué características y requisitos debe tener el testimonio anticipado para que tenga valor y eficacia probatoria?	83

CAPÍTULO INTRODUCTORIO

1. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La presente investigación tiene relación con el testimonio anticipado receptado en la investigación previa, relacionado con la veracidad de lo atestiguado por la víctima del delito de violación, especialmente cuando se trata de una niña, niño o él/la adolescente víctimas de este ilícito cuando no existen vestigios materiales que puedan ser valorados como pruebas o evidencias dentro de un proceso judicial.

Los penalistas peruanos David Fernando Panta Cueva Vladimir Somocurcio Quiñones, en su artículo *La declaración de la víctima en los delitos sexuales: ¿inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria?*, publicado en la revista virtual de la Universidad de Friburgo, Alemania, critican el testimonio anticipado de la víctima en la investigación previa, cuando expresan:

En el desarrollo de un proceso penal, muchas veces la única prueba de cargo resulta ser la manifestación del propio agraviado –que se convierte en único testigo-, con lo que se convierte a la valoración probatoria en una verdadera encrucijada. Delitos, sobre todo contra la libertad sexual –en la modalidad de violación de menor de edad-, son los que con más frecuencia presentan estos problemas, pues el juzgador tiene la difícil tarea de desentrañar este testimonio y determinar si constituye prueba válida, de cara a la condena de un imputado. (Panta & Somocurcio, 2008, pág. 1)

Es importante destacar que por la naturaleza del delito de violación sexual, resulta inapropiado la divulgación del mismo y la exposición de las víctimas, sobre todo el que se realiza en contra de niñas, niños o adolescentes, pues estos sujetos pasivos tienen una serie de dificultades, como la falta de comprensión sobre el acto sexual del cual fueron víctimas debido a su inmadurez psíquica, a lo que se añade una posible coerción en el hecho, lo que implica la necesidad de extraer la versión de la víctima, ya que la primera barrera que deberá superarse en el testimonio de la víctima, es vencer el silencio que lógicamente se presenta debido al dolor psíquico que le significó su vivencia personal, lo que consecuentemente generará una prueba de cargo, prácticamente imposible de desvirtuar por parte del procesado.

De esta forma, se garantiza el derecho a la víctima a no ser revictimizada y su testimonio se vuelve oportuno dado que se le receptará inmediatamente de ocurrido los hechos. Por eso, se

hace importante que en el testimonio anticipado quien es sospechoso o investigado participe, a fin de contrainterrogar a la víctima y garantizar su derecho a una defensa técnica adecuada

Para que sea válido y adecuado el testimonio de niñas, niños y adolescentes, debe receptarse por profesionales acreditados en psicología, permitiendo que la declaración se de en un ambiente adecuado, en donde el niño, niña o adolescente tenga el asesoramiento psicológico idóneo, a eso sumado la importancia de que este testimonio se lo realice en una cámara de Gesell, con el propósito de evitar la confrontación entre la víctima y el victimario.

Al respecto, para que el testimonio de la víctima tenga validez y pueda ser considerada como prueba plena, debe ser abordada desde la psiquiatría a fin de determinar los estados volitivos de quien acude al sistema judicial en búsqueda de justicia. La médica especialista en psiquiatría infanto-juvenil, en Medicina Legal y actual médica forense de la Justicia de Argentina, Dra. Virginia Berlinerblau, en su artículo titulado *Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil. Competencia, credibilidad, particularidades y necesidades especiales del niño testigo. Videograbación de las entrevistas de declaración testimonial*, se refiere a la credibilidad de las versiones de las niñas, niños y adolescentes, expresando:

Es frecuente que en los casos de abuso sexual infantil que llegan al Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, se solicite al perito psiquiatra infantojuvenil o al perito psicólogo que, luego de realizada la entrevista de declaración testimonial, se examine al niño a fin de asesorar la credibilidad y otros indicadores compatibles con un abuso sexual. La credibilidad se refiere a la veracidad y precisión del niño. Los factores que influyen favorablemente la credibilidad en el niño/a incluyen:

Conocimiento sexual inapropiado para la edad

Relato espontáneo.

Lenguaje propio de los niños y desde el punto de vista infantil.

Descripción detallada.

Relato consistente y mantenido básicamente en el tiempo.

Relato de la historia por partes.

Relato verosímil: la historia es plausible y físicamente posible.

Estado afectivo congruente con lo explicitado (aunque puede haber muchos motivos por los que un niño esté enojado, triste o manifieste aislamiento del afecto).

Estilo cándido, tal como el hacer correcciones espontáneas, admitiendo que hay detalles que no puede recordar.

Comparación de la historia de los síntomas y conducta del niño favorable con el contenido de la entrevista.

Descripción de circunstancias típicas y características de una situación de abuso sexual (amenaza, presión, seducción, coerción).

Descripción de la experiencia subjetiva. Habrá también que considerar la posibilidad de influencia para fabricación. En los casos en que el relato está ausente o sea pobre, debemos tener en cuenta varias posibilidades, tales como:

Examen insuficiente o técnicamente mal conducido; •Limitaciones emocionales y/o cognitivas del niño/a: por características del niño o de la situación.

La posibilidad de falsas denuncias. (Berlinerblau, 2010, pág. 149)

Desde un punto de vista conceptual, probar es establecer la verdad jurídica de los hechos, específicamente, que éstos realmente ocurrieron. Esto amparado en el principio de la verdad real, que faculta a la o el juzgador la libertad para ordenar la producción anticipada de pruebas cuando lo considere urgentes o relevantes para aclarar las dudas que puedan existir en momentos posteriores al proceso judicial y que inclusive esto se podría hacer extensivo a fin de garantizar el derecho a la no revictimización.

La niña, el niño y el adolescente son tratados preferentemente en la justicia, lo cual se basa en el interés superior que los niños, niñas y adolescente poseen. De acuerdo a lo que expresa el penalista argentino Pedro Gutiérrez, en su obra *Delitos sexuales sobre menores*, al indicar:

La víctima de delitos contra la integridad sexual no es un testigo común. Esto es así pues su testimonio, directo como no hay otro, requiere ser sometido a una serie de tests requeridos para la correcta observancia del derecho de defensa de quien resulta acusado de haber cometido el injusto. Se trata de entender la necesidad de cotejar sus expresiones con las evaluaciones médicas y psicológicas practicadas pues, tal como lo advierte Pedro Gutiérrez, "entroncada la cuestión con el mencionado juicio de factibilidad material, la lógica y el sentido común señalan que, ante la existencia de un episodio traumático, tanto físico como psíquico, sus secuelas verificables deben guardar relación con aquél. La misma sólo eventualmente será perfecta y exacta en detalle, pero, en consecuencia, y de manera necesaria, deberá estar presente en alguna medida. (Gutiérrez, 2007, pág. 209)

Por eso se hace importante que la valoración del testimonio anticipado como prueba dado la relevancia dentro del sistema judicial, sin embargo, es importante contrastar lo indicado con las diferentes pericias como el examen médico legal en el cual se harán evidentes los vestigios físicos de la víctima, así también, la valoración psicológica que al someter a la víctima a los distintos test se harán indiscutibles los vestigios a nivel psicológico. Así, el testimonio tendrá veracidad plena, y su valoración por parte de los operadores de justicia se ajustará a los principios de valoración de la prueba comunitaria.

Desde la posición de la víctima siempre va a ser importante que ésta no sea sometida a una revictimización constante al tomar contacto con los administradores de justicia y se le

pregunte de forma reiterada por cada uno de los peritos qué va a ser evaluado “el ¿qué ocurrió?” En este sentido, es importante indicar lo expuesto la Resolución 40/34 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas que trata sobre la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 29/11/1985*, que dispone, en su título XI el *Derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia*, en los numerales 29 y 31 que disponen:

29. Los profesionales deberán tomar medidas para evitar sufrimientos a los niños víctimas y testigos de delitos durante el proceso de detección, instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y su dignidad.

31. Además, los profesionales deberán aplicar medidas para:

a) **Limitar el número de entrevistas:** deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, vistas y, concretamente, todo contacto innecesario con el proceso de justicia, por ejemplo, utilizando grabaciones de vídeo;

b) **Velar porque los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito**, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa: de ser necesario, los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deberán proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas para entrevistas privadas;

c) **Asegurar que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos**, así como permitir la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando a expertos en psicología. (Organización de Naciones Unidas, 1985, Título XI, N°s 29 y 31)

Las normas contempladas en el referido instrumento internacional de derechos humanos ratificado por el Ecuador, establecen una serie de requisitos que debe tener el proceso penal donde se vean involucrados niñas, niños y adolescentes, destacando de esta manera la limitación del número de entrevistas, y su testimonio se lo realice en un medio adecuado evitando ser intimidados por el presunto autor del delito.

En materia comparada existen varios protocolos internacionales de entrevista a niñas, niños y adolescentes como el del Estado de Michigan, el protocolo del Ministerio del Interior y el Departamento de Salud Británicos, del año 1992 y la técnica denominada Elaboración Narrativa de Saywitz y Zinder de 1996, no existiendo constancia de la aplicación de ninguna en nuestro país.

2. JUSTIFICACIÓN

La presente investigación se fundamenta por la relevancia que el ordenamiento jurídico ecuatoriano da al testimonio anticipado como elemento probatorio en un juicio de agresión sexual, y más aún en esta clase de delitos cometidos contra menores de edad, debido a esta cuestión, esta actividad probatoria debe ser sumamente regulada y a la vez contener una protección de derechos no solo referente a la presunta víctima dentro de un proceso, sino también esta protección debe envolver a la persona que está siendo procesada. Por ello debe ser realizada guardando todas las garantías y sobre todo con el mayor grado técnico posible

El silencio de las niñas, niños y adolescentes unido al retardo en la denuncia de los hechos implica el riesgo de perjudicar sobre la confiabilidad de la prueba, que se sustenta única y solamente en el relato de la niña, niño y adolescente, debido a que en nuestro país se carece de un número suficiente de profesionales para atender estos casos, así como profesionales no idóneos que no elaboran acuciosos exámenes que determinen la veracidad de los hechos, lo que se ha comprobado en la jurisprudencia que se adjuntará a la presente investigación.

Se debe tener en consideración que hay declaraciones de la supuesta víctima que se pueden estimar como dudosas debido a que éstas sean el resultado de la imaginación de la niña, el niño o el adolescente, aun cuando el testimonio en esta clase de delitos pueda darse con mucha naturalidad por los menores, por lo que se podría deducir que el delito habría sido cometido con mucha anterioridad.

Igualmente, puede suceder que exista una violación expresa por parte de la o el fiscal de las Directrices de la Organización de Naciones Unidas sobre Función de los Fiscales, aprobadas en el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba), que en su directriz 12, dispuso:

Los fiscales de conformidad con la ley, deberán cumplir sus funciones con imparcialidad, firmeza y prontitud, respetar y proteger la dignidad humana y defender los derechos humanos, contribuyendo de esa manera a asegurar el debido proceso y el buen funcionamiento del sistema de justicia penal. (Organización de Naciones Unidas, 1990, pág. 189)

Sin perjuicio de que haya especialistas de deficiente preparación que tomen declaraciones a la niña, niño o adolescente, puede suceder que él o la fiscal carezcan de imparcialidad para apreciar los hechos, lo que constituye una manifiesta negligencia para acreditar con veracidad e imparcialidad los hechos de autos, lo que se tipifica como infracción gravísima en el numeral 7 del Art. 109 del Código Orgánico de la Función Judicial.

En materia de psicología jurídica él o la juez precisan de una asesoría científica que contribuya a la certeza de la decisión judicial, razón por la cual, sustento lo expuesto de acuerdo a lo que manifiesta el jurista y psicólogo Dr. Eduardo Prado, en su artículo *La importancia de la pericia criminal y la escasez del cuadro de funcionarios*, publicado en la Revista Ius Navigandi, expresa:

La actuación errónea del examen pericial y de sus órganos es un factor importante para la elevación de los índices de criminalidad e impunidad. [...] La pericia criminal es fundamental para la decisión judicial porque ésta se basa en criterios objetivos y científicos y su libre actuación es determinante para la defensa de los derechos y garantías fundamentales de las personas. (Prado, 2014, pág. 2)

Las anteriores deficiencias de falta de peritos psicológicos o los errores en que éstos incurrir, como se demostrará en las sentencias penales que se acompañará a la presente investigación, demuestran que la falibilidad o imparcialidad del informe pericial atenta contra la seguridad jurídica y el principio de presunción de inocencia, lo que es inconcebible en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

La importancia de esta investigación radica en que se otorga el carácter de verdad absoluta a los testimonios receptados en la investigación previa de delitos de violación de niñas, niños y adolescentes, los cuales son receptados solo por los juzgadores, más aún se debe tomar en cuenta la jurisprudencia de la Corte Nacional que en su resolución 1456-2012 dentro del juicio 2012-0089 se pronunció sobre el valor que tiene el testimonio anticipado de los menores calificándole a la misma como prueba tasada.

Esta investigación tiene como beneficiarios a:

- A toda persona a quien se trate de imputar un delito de esta naturaleza, porque en la actualidad se atenta contra el debido proceso contemplado en el Art. 76 de la Constitución, al impedirse al procesado tener una defensa adecuada, presumiéndose

prácticamente de derecho la responsabilidad penal, que basa en diligencias personales anticipadas de las juezas o jueces sin que recurran a los peritos en psicología que conocen de la materia.

- A la sociedad en general ya que con una justicia que cuente con un número suficiente de profesionales idóneos se cumplirá en plenitud el Objetivo N° 6 del Plan del Buen Vivir que consiste en «Consolidar la transformación de la justicia y fortalecer la seguridad integral, en estricto respeto a los derechos humanos», ya que la seguridad jurídica consiste en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes, siendo esencial la exigencia de peritos psicológicos en esta clase de delitos desde el inicio del proceso.

Este proyecto es factible porque existe el marco constitucional y legal que contempla y garantiza el debido proceso y el estricto respeto a los derechos humanos, especialmente el principio de presunción de inocencia.

3. METODOLOGÍA

La metodología aplicada, se orienta a determinar la eficacia probatoria del testimonio anticipado en delitos de violación sexual, recurriéndose para ello a la legislación, doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como comparada del testimonio anticipado en esta clase de delitos; especialmente cuando las víctimas son niñas, niños o adolescentes, contando, igualmente con la criterio jurídico de cuatro Jueces de la Corte Provincial de Imbabura, tres Agentes Fiscales de Imbabura, Fiscalía Especializada de Violencia de Género y de un Juez del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura, a quienes se aplicará un cuestionario compuesto de preguntas abiertas en donde ellos se expresarán, respecto de esta diligencia, el cumplimiento de los principios del debido proceso, el principio del interés superior de la niña, el niño y el adolescente y el principio de su no revictimización.

3.1. MÉTODO SOCIO-JURÍDICO

En el presente Trabajo de Grado, es necesario apoyarse en el método, ya que gracias a éste se pudo analizar la realidad de lo que ocurre con el testimonio anticipado en el proceso penal de las niñas, niños y adolescentes en donde debe prevalecer el interés superior del niño y las

teorías del Desarrollo Integral de éstos a los que la propia Constitución de la República se refiere en el inciso 2° del Art. 44, destacando que ello ha llevado en el derecho comparado, como de Argentina y Brasil, el testimonio de la víctima de violación sexual está a cargo de peritos psiquiatras o peritos psicólogos infantojuvenil, en donde se prohíbe que a las niñas, niños y adolescentes se les cite más de una vez a declarar a fin de evitar, necesariamente el principio de no revictimización, cosa que en nuestro país no ocurre, ya que no existe en el Código Orgánico Integral Penal, un artículo que en forma expresa y categórica ordene que el testimonio anticipado de niñas, niños y adolescentes, deba efectuarse en la Cámara de Gesell y el único profesional que debe formular las preguntas debe ser un perito psiquiatra o perito psicólogo infantojuvenil, exigencia que tampoco se contempla en la Resolución 117/2014 del Consejo de la Judicatura de fecha 15/07/2014 que se refiere al Protocolo para el uso de la Cámara de Gesell.

Con toda esta información se podrá analizar la diligencia del testimonio anticipado y el cumplimiento de las garantías del debido proceso, especialmente el de principio de contradicción, el principio del interés superior de las niñas, niños y adolescentes y su no revictimización, De igual manera, el método que se recurre en esta investigación es el exegético como apoyo a nuestro método principal, con el propósito de analizar el contexto que el legislador tanto ecuatoriano como comparado le otorga al testimonio anticipado de las víctimas del delito de violación, especialmente de las niñas, niños y adolescentes.

3.2. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE LA INVESTIGACIÓN

Con el fin de conocer integralmente la perspectiva que tienen sobre el testimonio anticipado los funcionarios encargados de administrar justicia en la ciudad de Ibarra, así como de aquellos que el Estado les atribuye las funciones de investigar el delito, se considera pertinente realizar entrevistas las cuales permitan recabar información y criterios que brindan mayor sustento al presente trabajo de grado.

3.2.1. Entrevistas

Para determinar la pertinencia, ámbito, aplicación y cumplimiento de las garantías del debido proceso, especialmente el de contradicción, el principio del interés superior de las niñas, niños

y adolescentes y su no revictimización, es necesario entrevistar a miembros de las distintas instituciones de administración de justicia en la ciudad de Ibarra, es por ello que a fin de tener un punto objetivo de cada institución se realizará las entrevistas de la siguiente manera: cuatro jueces de la Corte Provincial de Imbabura, tres agentes fiscales de Imbabura, Fiscalía Especializada de Violencia de Género y a un juez del Tribunal Penal de Imbabura.

3.3. POBLACIÓN

La población está delimitada para realizar las entrevistas de la siguiente manera: a las personas quienes son los encargados directos de conocer e investigar los delitos sexuales, siendo éstas los agentes fiscales de la Fiscalía Especializada de Violencia de Género; así como quienes efectúan el juzgamiento de este delito en la ciudad de Ibarra.

Jueces de la Corte Provincial de Imbabura	4
Fiscales de Imbabura. Fiscalía Especializada de Violencia de Género	3
Juez del Tribunal de Garantías Penal de Imbabura	1
TOTAL	8

4. OBJETIVOS

4.1. OBJETIVO GENERAL

Analizar la eficacia probatoria del testimonio anticipado receptado en la investigación previa de delitos de violación a niñas, niños y adolescentes en las Unidades Penales del Cantón Ibarra en el período marzo 2014 a marzo 2016 y su incidencia en la absolución o condena de los supuestos agresores.

4.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Formular un análisis doctrinario y jurídico sobre la prueba testimonial, en especial el testimonio anticipado en delitos de naturaleza sexual, en contra de niños, niñas y adolescentes y verificar su eficacia probatoria.

Mediante un análisis socio-jurídico se determinará cómo han influido los testimonios anticipados de víctimas de violación de niñas, niños y adolescentes efectuados en las Unidades Penales del Cantón Ibarra en el período marzo 2014 marzo 2016 en la sentencia definitiva.

Determinar los aspectos sustanciales y formales del testimonio anticipado y la valoración de su eficacia probatoria por parte del juzgador, contextualizando con las sentencias expedidas por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, en las que se haya sustentado para determinar la participación y la responsabilidad del imputado.

5. ESTRUCTURA DEL TRABAJO

Este proyecto de investigación se estructurará en capítulos de la siguiente manera:

En el primer capítulo se presentará la contextualización del estudio, la estructuración de la revisión bibliográfica y documental que permita describir las causas que generan esta problemática para comprenderla en su integralidad. Se menciona también qué normas existen y son inaplicadas por los operadores de justicia, así como los procedimientos y acciones que protejan adecuadamente a las partes involucradas en la investigación del delito de violación.

En el segundo capítulo se presentará el marco metodológico de la investigación, diseño, tipo y enfoque, así como también la aplicación del método socio jurídico seleccionado para el estudio, se señalará la población, así como el procesamiento de los resultados de la investigación que permitan establecer las conclusiones para la comprobación de la hipótesis.

En el tercer capítulo se presentará el resultado de la investigación a través de la integración y estructuración de los datos obtenidos, además la valoración crítica de los mismos. Igualmente se contendrá una propuesta en la que se vele por el debido proceso, en especial el principio presunción de inocencia y derecho a la defensa del supuesto autor del delito.

CAPÍTULO I

1. DESCRIPCIÓN CONTEXTUALIZADA DEL TEMA DE ESTUDIO

1.1. EL TESTIMONIO URGENTE

1.1.1. Concepto y finalidad de la prueba

La prueba es todo aquello que contribuye a la formación del convencimiento de la o el juzgador, o sea, lo que se lleva al conocimiento de ésta o éste con la expectativa de convencerlo de la realidad de los hechos o de un acto del proceso, siendo inherente al desarrollo del derecho de defensa y de acción.

La finalidad de la prueba de conformidad al artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal, es: “llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada”

En consecuencia, siendo todo proceso penal la culminación de la íntima convicción de la jueza o el juez emanada de la certeza que éstos adquieren de los hechos de autos que los condujeron a la verdad real, debe considerarse a la prueba como el medio destinado a convencer a la o el juez respecto de la verdad de una situación de hecho.

Por su parte, el procesalista italiano Dr. Francisco Carnelutti, en el Tomo II de su obra *Sistema de Derecho Procesal Civil*, señala que probar significa una actividad del espíritu dirigida a la verificación de un juicio (Carnelutti, 2000, Tomo II, pág. 495).

Igualmente, el penalista argentino Dr. Rogelio Moreno Rodríguez, al referirse a la prueba penal, en su obra *Diccionario de Ciencias Penales*, expresa:

Es el hecho probatorio experimentado en el presente del que se infiere el delito u otro hecho del pasado. La prueba penal es una reconstrucción histórica, es irrelevante que los hechos sean incontrovertidos y a pesar de la conformidad de las partes el juez debe investigar siempre, con la finalidad de recoger la prueba que pueda hacerle conocer los hechos reales y verdaderos. Por eso se dice que en el proceso penal no rige la verdad formal sino la verdad material. (Moreno, Diccionario de Ciencias Penales, 2001, pág. 382)

Los autores invocados hacen referencia a la prueba como la verificación de los hechos alegados en juicio, lo que concuerda con el principio general del Derecho Romano *Probatio estret dubiae per argumentum ostentio*, es decir, es la demostración de la cosa dudosa por argumentos. Por lo que probar es producir un estado de certeza en la consciencia y mente de la jueza o juez, para su convicción respecto de la existencia de un hecho o de la verdad o falsedad de una afirmación sobre una situación de hecho, que se considera de interés para una decisión judicial.

Lo que significa, que todo lo actuado dentro de la fase investigativa va a permitir al juzgador llevarle al convencimiento de que existió la comisión o no de un delito. En este caso, debe analizarse al testimonio anticipado que ha sido receptado en cualquier fase anterior a la etapa de juicio, y que por sí solo puede ser valorada y causar efectos jurídicos.

1.1.2. Concepto de prueba testimonial

El artículo 501 del Código Orgánico Integral Penal define la prueba testimonial, cuando dispone: “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 las circunstancias del cometimiento de la infracción penal”. A tal efecto, observamos que, dentro de las diversas especies de pruebas, la prueba testimonial, de acuerdo a la disposición transcrita, se recepta a la persona procesada, la víctima y terceros, pero, además, esta prueba es compleja y reviste especial importancia, de acuerdo a lo que señalan los juristas chilenos doctores Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic Haklicka, en el Tomo II de su obra *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General* que:

La prueba testimonial, presenta muchos inconvenientes, ya que la declaración de una persona está condicionada por diversos factores psíquicos personales que pueden contribuir a desfigurar la realidad: el modo cómo ha percibido el acontecimiento sobre el cual declara y esta percepción depende de condiciones de observación internas y externas; el modo cómo ha conservado en su memoria el hecho, que puede estar influenciado por condiciones orgánicas; la capacidad de evocación, que es quizás el factor más complejo, puesto que interviene en él la represión o censura; el grado de sinceridad, o sea la forma en que la persona quiere expresarse y la forma en que debe expresarse, etc. (Alessandri, Somarriva, & Vodanovic, 1998, Tomo II, págs. 475 y 476)

La utilización de la prueba testimonial en el proceso penal, de conformidad a los señalados autores reviste dificultad en su conocimiento y la forma de la fundamentación en que la víctima, el procesado o terceros hayan tomado conocimiento, aunque sea parcialmente de los hechos ocurridos y los pongan en conocimiento del juzgador.

En el caso del delito de violación de niñas, niños y adolescentes, como se expuso anteriormente, estos ilícitos son de carácter secreto y clandestino, destacando además que los sujetos activos de estos delitos suelen ser familiares o personas cercanas al entorno de aquellos, razón por la cual el testimonio de dichos menores es de vital importancia para esclarecer la veracidad de los hechos, siendo este testimonio la única prueba de la causa.

La legislación nacional contiene una serie de normas que se refieren al testimonio de las niñas, niños y adolescentes que, respetuosamente, me permito insertar. El Código de la Niñez y Adolescencia, contiene varias normas que se refieren al testimonio del niño, niña y adolescente ofendido, como el Art. 258, que dispone:

Testimonio del niño, niña y adolescente ofendido.- En todo procedimiento, judicial o administrativo, el Juez o la autoridad competente, velará porque se respete el interés superior del niño, niña o adolescente que ha sido ofendido por la comisión de una infracción penal.

El niño, niña o adolescente declararán sin juramento, ante la presencia de sus progenitores o guardador. De no tenerlos, el Juez designará y posesionará en el acto un curador especial, prefiriendo para el efecto a una persona de confianza del declarante.

La declaración deberá practicarse en forma reservada y en condiciones que respeten la intimidad, integridad física y emocional del niño, niña o adolescente. Las partes procesales podrán presenciar la declaración, si el Juez considera que no atenta contra el interés superior del niño, niña o adolescente.

Terminada la declaración el Juez podrá autorizar el interrogatorio de las partes por su intermedio.

El Juez no permitirá que se formulen las preguntas que contravengan las disposiciones de este artículo.

El Código Orgánico Integral Penal, se refiere al testimonio anticipado y de las niñas, niños y adolescentes, en los numerales 2, 5 y 10 del artículo 502, que expresan:

La prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas:

2. La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que

demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptor el testimonio anticipado bajo los principios de intermediación y contradicción.

5. Las niñas, niños y adolescentes declararán sin juramento, pero con la presencia de sus representantes o un curador que será nombrado y posesionado en la misma audiencia de juicio.

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

Existe suficiente normativa en protección de las niñas, niños y adolescentes, cuando éstos son víctimas. Así se instituye al testimonio anticipado como una herramienta eficaz para evitar la revictimización de quienes han sido abusados sexualmente. Esta prueba testimonial debe ser receptado en cámara de Gesell a fin de evitar la confrontación entre víctima y victimario, la presencia de un profesional en psicología para ser interlocutor y el nexo entre la víctima con el juez, fiscal, acusado y abogados se vuelve imprescindible; a fin de precautelar el estado emocional y evitar la revictimización de quien está rindiendo su testimonio. Al respecto expresa el fiscal letrado nacional en lo penal de la República Oriental del Uruguay, cuando en su conferencia *Medios de prueba de abuso sexual del niño*, Dr. Eduardo Fernández Dovat, expresa:

Necesidad del auxilio de psicólogo especializado para la recepción del testimonio del niño: Los jueces por lo general no tienen capacitación suficiente para satisfacer las exigencias técnicas reportadas. La falta de esa capacitación lleva a malos resultados de la prueba, cuando no a la frustración de la misma. Lo ideal es que en la recepción del testimonio del niño pequeño se dé intervención aun psicólogo universitario especializado, como ocurre en otros países. Es quien ha de tomar contacto con éste y prepararlo para la declaración, y cuando se logre esa preparación transmitirle la invitación a efectuar el relato del tema central. En la fase de preguntas y respuestas, este técnico es quien plantea las preguntas al niño siguiendo los puntos que indique el Juez primero y finalmente el Fiscal y el defensor. Los operadores jurídicos no deben tener una comunicación directa con el niño, siguiendo la entrevista a través de un vidrio de visión unilateral o cámara Gesell. De esa manera se logra una comunicación fluida con el niño, eliminándose el temor que le inhibe, y se logra su cooperación para que brinde, con la mayor espontaneidad posible, toda la información que posea. ¿Cabe seguir este modelo ideal dentro del marco normativo vigente? Entendemos que si se respetan los principios de intermediación y dirección del tribunal en la recepción del testimonio. No se produce la delegación de la recepción del testimonio. El psicólogo formula preguntas al niño siguiendo los puntos que el Juez, el Fiscal y el Defensor le van transmitiendo, no actúa aquí como perito sino como auxiliar del Juez y de las partes en la recepción del testimonio. (Fernández Dovat, 2000, págs. 5 y 6)

Lo anteriormente indicado nos lleva al convencimiento de que se vuelve necesario que actúe un profesional acreditado en psicología para poder afrontar el testimonio anticipado, más aún

cuando se trata de niñas, niños y adolescentes que no pueden ser homologadas como si fueran personas adultas. La Resolución 117-2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura en el que se expide el Protocolo para el uso de la cámara de Gesell, se establece al psicólogo como un interlocutor, similar a la apreciación realizada por el fiscal letrado de la República de Uruguay, dado que esto garantiza los derechos de quien está siendo investigado y de la víctima. No puede el testimonio anticipado ser tomado como una valoración psicológica, en la que el psicólogo dirige, proyecta e interroga a la víctima a fin de recabar la información necesaria sin que sea posible un contra interrogatorio, por lo que se hace necesaria la presencia del juez que dirigirá el testimonio, así como la presencia de los sujetos procesales para que hagan legítimo uso del interrogatorio y contrainterrogatorio.

1.1.3. La prueba anticipada y el testimonio urgente

Desde la adopción de un sistema acusatorio, y con el abandono del sistema inquisitivo, es responsabilidad de quien acusa demostrar la comisión de un delito, el Art. 498 del COIP, establece como medios de prueba al testimonio, el documento y la pericia. Nos centraremos en el análisis del testimonio anticipado como prueba.

En legislaciones como la mexicana, la prueba anticipada es regulada constitucionalmente de acuerdo a lo que manifiesta la Suprema Corte de dicho país en el informe denominado *La prueba en el sistema acusatorio*, cuando expresa:

La excepcionalidad de la anticipación connota su reafirmación con algo más que la mera sospecha de desvanecimiento de la fuente de prueba [...] Los requisitos que condicionan la validez de la prueba se concretan en la intervención del instructor de la causa, la salvaguarda del derecho a la asistencia letrada del imputado, el respeto del principio de contradicción y la documentación en acta manuscrita por el secretario o a través de medios audiovisuales de la diligencia en cuestión. Exigencias que, de manera general, deben cumplirse siempre a fin de evitar la indefensión de las partes [...] La premisa del sistema acusatorio en materia probatoria reza que sólo los medios de prueba practicados en juicio oral, con respeto a las garantías de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción son aptos para fundamentar el juicio fáctico. No obstante, el principio presenta excepciones, representada por la llamada prueba anticipada, la cual se actualiza cuando concurre una causa que impida la práctica de la prueba en el acto del juicio oral o se trate de diligencias irreproducibles que permita en la fase de investigación preliminar el anticipo de la prueba, por lo tanto, son las únicas pruebas que actúa el Fiscal para lo cual se solicita autorización al juez de control, ya que no es una facultad omnímoda del Ministerio Público. (Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, 2015, págs. 83 y 84)

La producción de pruebas en el proceso penal es un instituto de gran importancia porque la jueza o el juez deben formar su convicción de acuerdo a la prueba producida en juicio, con la imposibilidad de fundamentar su decisión en elementos ajenos a ésta, ya que la prueba desempeña un papel esencial en el proceso penal, pues la verdad judicial a la que se llega en todo proceso es la que convence a la o el juez, la que se produce por las pruebas que las partes de la causa son capaces de producir.

De ahí nace la discusión sobre el testimonio anticipado, del momento en que es practicado. Al ser un testimonio anticipado, se entiende que el mismo no será practicado en la etapa de juicio, sino en cualquier otra fase, incluso en una investigación, dado que, a quien se le considera víctima goce de su pleno derecho a no ser revictimizado. Por eso, en la etapa de juicio lo que se hará es reproducir el audio y video para que los jueces de tribunal tengan conocimiento y puedan valorar esta prueba.

El testimonio anticipado se convierte en prueba plena, al ser realizado en presencia de un juez que será el garante del proceso y de los derechos de los sujetos procesales, guardando todos los principios que rigen al sistema oral, es decir, bajo los principios de inmediación, contradicción y oralidad. Sin embargo, el testimonio anticipado guarda muchas problemáticas, que van desde lo jurídico hasta lo psicológico.

El principal problema se presenta en el momento posterior al cometimiento del delito, debido a que las instalaciones judiciales no poseen un ambiente protegido para que la niña, el niño o el/la adolescente relate su experiencia traumática al momento de denunciar, los mismos que se enfrentan con un ambiente intimidante que genera en las víctimas sentimientos de miedo, vergüenza, que de manera común se expresan por llantos y silencios invencibles para las niñas, niños o adolescentes que solo pueden ser adecuadamente tratados por psicólogos o psiquiatras especializados en psicología del desarrollo.

Los juristas colombianos doctores Luis José Blanco Martínez, Leyny Yadira Buenahora Remolina e Iván Gómez López, en su obra titulada *Viabilidad de la práctica de la prueba anticipada testimonial en víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual en menores de catorce años*, al referirse al testimonio urgente que genera una prueba anticipada, expresan:

La práctica de una prueba anticipada durante una audiencia preliminar, se trata de una situación de excepción, que cuando se presenta, no se pueden desconocer ninguno de los principios fundamentales que establece la materia; excepto la inmediación, cuando la prueba se practica en audiencia preliminar ante un juez de control de garantías, toda vez que si se hace en un momento ulterior, permitido por el legislador, como la audiencia de formulación de la acusación o la audiencia preparatoria, no se vulnera el principio de inmediación; más aún si la prueba se realiza ante el mismo juez de conocimiento, bajo su suprema dirección e inmediación. (Blanco, Buenahora, & Gómez, 2013, págs. 31 y 32)

Este tipo de prueba, de acuerdo a lo expuesto por los juristas invocados no vulnera ninguno de los principios del debido proceso, salvo el de inmediación, razón por la cual es plenamente válido porque se realiza ante el mismo juez de conocimiento y con respeto esencialmente al principio de contradicción, pero necesariamente requiere de la asesoría de los profesionales psicólogos.

A la prueba anticipada con fines judiciales que se refiere la Corte Constitucional de la República de Colombia en sentencia T-274/12, de fecha 11/04/2012, indica que la finalidad de estas pruebas tiene los siguientes fines:

Se explican por la necesidad de asegurar una prueba que después, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados, como ocurre por ejemplo cuando una persona que debe rendir testimonio se encuentra gravemente enferma. Desde el punto de vista constitucional dichas pruebas tienen su fundamento en la garantía de los derechos fundamentales de acceso a la justicia, el debido proceso y el derecho de defensa o contradicción, contemplados en los Arts. 29 y 229 de la Constitución, en cuanto ellos implican, para las partes e intervinientes del proceso, no solamente la facultad de acudir a la jurisprudencia y lograr que se cumpla la plenitud de las formas propias del mismo, sino también la de aducir y pedir la práctica de las pruebas necesarias con el fin de controvertir las de la contraparte y alcanzar la prosperidad de sus pretensiones o defensas, de conformidad con las normas sustanciales. (Corte Constitucional de la República de Colombia, 2014, págs. 1 y 2)

Por su parte, el Fiscal Nacional del Ministerio Público de Chile, Dr. Guillermo Piedrabuena Richards, mediante Oficio FN N° 561 de 19/11/2003 se refiere a la prueba anticipada en el proceso penal, cuando expresa:

Los problemas que plantea la prueba anticipada derivan de la necesidad de compatibilizar su carácter anómalo con los principios rectores del juicio oral; en otras palabras, las garantías que es preciso observar para que pueda tener el mismo valor que las pruebas rendidas en el juicio oral [...] durante la investigación sólo le compete al fiscal solicitar prueba anticipada al juez de garantía, derecho que carecen el resto de los intervinientes, tales como el imputado y su defensor, la víctima y el querellante. A lo sumo, éstos si

necesitan una prueba anticipada deberán hacerlo a través del fiscal que en esta materia debe actuar en forma objetiva [...] la regulación de la prueba anticipada intenta conciliar la necesidad de contar con una prueba que puede ser valiosa con las garantías del nuevo proceso penal, particularmente las de la oralidad y contradicción [...] concedida la solicitud de prueba anticipada, deberá citar a todos los intervinientes a la audiencia en que ella deba recibirse, a objeto de que puedan ejercitar los mismos derechos que la ley les reconoce en el juicio oral. Tales derechos [...] consisten fundamentalmente en la posibilidad de que cada parte pueda interrogar tanto a los testigos y peritos presentados por ella misma como a los presentados por los demás intervinientes [...] Asimismo, cualquiera de las partes puede pedir que vuelvan a declarar las personas que ya lo hubieren hecho. (Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile, 2003, págs. 1 - 7)

Lo anterior se ajusta claramente a los principios del debido proceso y, en especial al principio de bilateralidad de la audiencia o contradictorio, el cual de conformidad a lo que expone el procesalista colombiano Dr. Nattan Nisimblat en su artículo *Los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia*, cuando expresa:

Una prueba no controvertida es una prueba incompleta; una prueba no controvertida es una prueba írrita; por lo tanto, una prueba no controvertida, es una prueba nula. El ejercicio del derecho a controvertir se materializa a lo largo del proceso y en todas sus etapas, para lo cual las partes tienen derechos y deberes frente a la prueba y frente a los demás sujetos procesales, en la medida en que respeta otros principios de igual jerarquía, como son el de publicidad, eventualidad, preclusión e igualdad. Dos, son pues, las alternativas ofrecidas a la parte contra quien se aduce una prueba para controvertirla, según la naturaleza de la prueba y según el momento procesal en que ésta produzca, aduzca o asuma, y son: 1. *La contradicción concentrada* y; 2. *La contradicción difusa* [...] Por concentrado entendemos lo que se realiza en una misma audiencia o diligencia. El ejercicio concentrado de contradicción es, entonces, aquel que se realiza en el momento mismo en que la prueba se está produciendo, practicando, es decir, una contradicción directa, *in situ*, coetánea a la recepción o producción. Son ejemplos de contradicción concentrada la que se realiza al participar del interrogatorio al testigo [...] la información por parte del perito y el interrogatorio a éste en el proceso oral y, en general, la asistencia personal a las audiencias y diligencias en las cuales se practican pruebas o se adoptan decisiones. (Nisimblat, 2005, págs. 56 y 57)

De acuerdo a lo expuesto por el procesalista colombiano, toda prueba que viole el principio de contradicción es una prueba ilícita, razón por la cual no debe ser considerada en el proceso. Respecto de la prueba testimonial de la víctima del delito de violación contra niñas, niños o adolescentes, deben tomarse los recaudos suficientes para que estos menores no se encuentren frente a frente con su supuesto agresor, lo que se logra en los tiempos actuales gracias al video conferencia y lejos de la sala de audiencia.

1.1.4. Principios reguladores de la prueba

Los principios son un conjunto de máximas fundamentales que inspiran los actos procesales realizados por las partes en el juicio, el Art. 454 del Código Orgánico Procesal Penal, consagra los principios reguladores de la prueba, los cuales son: el de oportunidad, de inmediación, de contradicción, de libertad probatoria, de pertinencia, de exclusión y de igualdad de oportunidades para la prueba, sin embargo, por el motivo de esta investigación solo se analizarán los principios de inmediación, contradicción, libertad probatoria, exclusión y de igualdad de oportunidad para la prueba.

1.1.4.1. Principio de inmediación

El principio de inmediación, el cual consta en el numeral 2 del artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal, se refiere el artículo 75 de la Constitución de la República, a la tutela judicial efectiva, cuando dispone:

Art. 75.- [Derecho de acceso gratuito a la justicia].- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por ley.

Claramente el numeral 2 del artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal obliga que las o los juzgadores y las partes procesales deben estar presentes en la práctica de la prueba (Código Orgánico Integral Penal, 2014, Art. 454, pág. 121).

La doctrina tanto nacional como comparada se refieren al principio de inmediación, como ocurre, con el jurista argentino Dr. Alfredo Vélez Mariconde, en el Tomo I de su obra Derecho Procesal Penal, cuando expresa que éste tiene como finalidad exigir:

Que las pruebas lleguen al ánimo del juzgador ‘sin sufrir alteración alguna por influjo extraño a su naturaleza’, vale decir, que los elementos de convicción lleguen directamente al espíritu del sujeto que en definitiva ha de valorarlos, de suerte que en su recepción no se interpongan otras personas que consciente o inconscientemente puedan turbar la natural eficiencia de tales elementos, y tergiversar así, la verdad de los hechos dando una base falsa a la justicia. (Vélez Mariconde, 2005, Tomo I, pág. 419)

El principio de inmediación exige la presencia del juzgador en todos los actos del proceso y especialmente en la audiencia de prueba, lo que implica un contacto directo y personal de la o

el juzgador con las partes o personas cuya declaración deba ser apreciada en la fase probatoria, contacto directo que no sólo permite la recolección de las pruebas, sino que, además que la o el juzgador escuche y presencie los testimonios sin ninguna clase de intermediarios, teniendo la o el juzgador un papel más activo.

La inserción en nuestro ordenamiento jurídico penal del principio de inmediación permite a los juzgadores formar directa y adecuadamente su convicción, siendo la base fundamental del nuevo proceso penal.

1.1.4.2. Principio de contradicción

La Constitución de la República, dentro de los principios del debido proceso, consagra el principio de contradicción en el numeral 7 del Art. 76, cuando dispone:

Art. 76.- [Garantías básicas del derecho al debido proceso].- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

En concordancia con la disposición constitucional, el numeral 13 del Art. 5 del Código Orgánico Integral Penal, se refieren al principio de contradicción cuando dispone que: “Los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales y, contradecir las que se presenten en su contra”.

Finalmente, el numeral 3 del Art. 454 del Código Orgánico Integral Penal de manera clara dispone que las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada.

El jurista nacional abogado José Sebastián Cornejo, en su artículo *Análisis del principio de contradicción*, invoca al procesalista al jurista italiano Dr. Luigi Ferrajoli, el cual en su obra *Derecho y Razón*, se refiere a este principio indicando:

Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar, que se admita su papel contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio, de los experimentos judiciales y las pericias al interrogatorio del imputado, desde los reconocimientos hasta las declaraciones testimoniales y los careos. (Cornejo Aguiar, 2015, pág. 2)

En consecuencia, el principio de contradicción o de bilateralidad expresa que, salvo excepciones limitadas, el juez no podrá ejercer su poder de decisión sobre una pretensión (civil, lato sensu, o pena), si la persona contra quien haya sido propuesta no ha tenido oportunidad de ser oída: *auditur et altera pars*.

La garantía constitucional del individuo sobre la inviolabilidad de la defensa en juicio encuentra su perfeccionamiento en el principio de bilateralidad de la audiencia, en cuanto el mismo presupone una razonable oportunidad de ser oído y asegura en sus términos latos, la posibilidad de ejercitar la defensa de la persona y de los derechos.

1.1.4.3. Principio de libertad probatoria

El numeral 4° del artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal, insertado anteriormente, se refiere a la prueba lícita al disponer que todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas.

La propia Constitución de la República en el numeral 4 del Art. 76, dispone que «las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria».

El texto constitucional claramente se refiere a la libertad probatoria que tiene relación con la prueba lícita, destacando que el numeral 6 del artículo 454 trata la exclusión de la prueba ilegal e ilícita y la teoría de los frutos del árbol envenenado.

1.1.4.4. Principio de exclusión

El numeral 6 del artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal dispone que toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la

Constitución, en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos o en la Ley carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal.

Esta disposición se refiere a la prueba, tanto la ilícita como la ilegal, las cuales son definidas por el procesalista español Dr. Manuel Miranda Estampres, en su obra *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal* de la siguiente forma:

La prueba ilícita para algunos autores es la que infringe cualquier ley, no solo fundamental, sino también la legislación ordinaria, la prueba prohibida es la que surge con violación de las normas constitucionales tuteadoras de los derechos fundamentales [...] Para otros la prueba prohibida sería todo elemento que contribuya a demostrar la concurrencia de un hecho a condición de haber sido obtenido violando o contradiciendo una norma legal o un principio de derecho positivo. Poco o nada interesa el que la norma o máxima superada pertenezca al derecho sustancial o al orden jurídico procesal. Asimismo, resulta intrascendente la jerarquía en la pauta infringida, que bien podrá pertenecer al texto o deducirse implícitamente de la ley fundamental, como así de cualquier otra norma equiparada o de rango inferior. (Miranda Estampres, 1999, págs. 15 y 16)

Tanto la Constitución de la República como el Código Orgánico Integral Penal se refieren a prueba tanto ilícita como la ilegal, entendiéndose a la primera como la que viola los derechos humanos y constitucionales consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Constitución. La prueba ilegal es contraria a las demás normas jurídicas, como señala el Dr. Miranda Estampres, intrascendente la norma infringida para que se produzca la invalidez de la prueba.

Importante es destacar, igualmente, respecto de la ilegalidad e ilicitud de las pruebas, la llamada «teoría de los frutos del árbol envenenado», donde una prueba irregular contamina las pruebas subsecuentes generando la nulidad de la prueba producida en virtud de ella, la exclusión de las pruebas derivadas de pruebas ilícitas tiene por objeto, igualmente, desde mi respetuoso punto evitar la producción de pruebas ilícitas originarias que generen la validez de todas aquellas que se deriven de ellas.

Los incisos 2° y 3° del Art. 454 del Código Orgánico Integral Penal, aparte de las pruebas a que se hizo referencia anteriormente, inadmiten el valor probatorio de los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la o su defensa en desarrollo de manifestaciones preacordadas, así como a los partes informativos, noticias del delito,

versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, las que sirven de simple referencia, pero, en ningún caso tendrán valor probatorio.

1.1.4.5. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba

La igualdad de oportunidades para rendir la prueba tiene directa relación con el derecho de las personas a la igualdad de armas la cual debe consolidarse en todos los actos del proceso, lo que se garantiza con el principio de inmediación procesal.

A este principio se refiere el jurista italiano Dr. Luigi Ferrajoli en su obra *Derecho y razón; teoría del garantismo legal*, cuando expresa:

Para que la disputa se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesario, por otra parte, la perfecta igualdad entre las partes: en primer lugar, que la defensa sea dotada de las mismas capacidades y de los mismos poderes de la acusación; en segundo lugar, que su papel contradictorio sea admitido en todo el estado y grados de procedimiento y en relación a cada acto probatorio singular, de las averiguaciones judiciales y de las pericias, al interrogatorio del imputado, a los reconocimientos a los testigos y a los careos. (Ferrajoli, 2010. pág. 564)

1.1.5. Criterios de valoración

Para que las y los juzgadores valoren la prueba, deben sujetarse de conformidad a lo que dispone el Art. 457 del COIP, es decir, a la legalidad de la misma a la cual se hizo referencia anteriormente en los principios de libertad probatoria y de exclusión de los numerales 4 y 6 del Art. 454 del mencionado cuerpo legal.

1.1.6. Procedimiento

La regla general es que la prueba testimonial se practique en la audiencia de juicio, de acuerdo a lo que dispone el numeral 10 del Art. 502 del Código Orgánico Integral Penal, que indica:

Art. 502.- Reglas generales.- La prueba y elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas:
10.- El testimonio se practicará en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia, con excepción de los testimonios anticipados.

En forma expresa el numeral 10 del Art. 502 del Código Orgánico Integral Penal, señala el procedimiento y la oportunidad en que debe rendirse la prueba testimonial, señalando claramente que el testimonio anticipado constituye la excepción.

1.1.7. Eficacia

El jurista venezolano Orlando Contreras Peña, en su obra *Valoración de la prueba anticipada, y su relevancia criminalística en el delito de homicidio*, al referirse a la eficacia de esta prueba, indica:

Uno de los aspectos más interesantes de la Institución de la Prueba anticipada, es el relacionado con la valoración de dicho acto [...] la Prueba Anticipada representa una prueba en el sentido estricto de la palabra, por cuanto es desarrollada y sometida al control y contradicción por las partes, ante la presencia de un Juez. En torno a este punto, la Sala de Casación Penal del Tribunal Supremo de Justicia, ha asentado el siguiente criterio: *“En la prueba anticipada las partes ya controlaron la prueba en el momento en que se practicó, conociendo el contenido o resultado de la misma quedando solo pendiente la incorporación a través de su lectura, pero condicionado tal inclusión a la aceptación expresa de las partes y el tribunal”*. Si las partes que ejercieron el control de la prueba anticipada, y conociendo el contenido y resultado, podrá ser incorporada al Juicio Oral con la aceptación de las partes y el Tribunal. (Contreras, 2016, pág. 16)

Conforme se expuso anteriormente, para que sea eficaz esta prueba requiere que se desarrolle y someta al control y contradicción de las partes, de lo contrario es írrita o inválida, razón por la cual, si las partes ejercieron este control y contradicción, la prueba anticipada será válida y puede incorporarse al juicio oral con el propósito de evitar que la víctima se vea frente a frente con su victimario.

El procesalista español Dr. José Martín de Ostos, en su artículo *La prueba en el proceso penal acusatorio*, al referirse a la prueba anticipada, expresa que ésta:

Ha de celebrarse necesariamente en presencia de la autoridad judicial, con todas las garantías. No puede producirse, pues, solamente ante el Ministerio Fiscal o, menos aún, ante la policía. Por el contrario, ha de gozar de todas las exigencias legales correspondientes a cualquier diligencia de prueba practicada durante el juicio oral, aunque se practique antes. En todo caso, su práctica debe llevarse a cabo ante el tribunal sentenciador, por lo que ha de tratarse de una de las pruebas propuestas en los escritos de calificación de las partes. Cabe la posibilidad de que los miembros que conformaron el tribunal en el momento de la práctica anticipada de la prueba no coincidan en su totalidad con los que, finalmente, formen parte del mismo (jubilación, traslado, fallecimiento...). Ello no afecta a la valoración de la prueba, pues el órgano judicial es el mismo. En España, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la posibilidad de que, en el proceso ordinario

por delitos graves, cuando las partes proponen los medios de prueba en los escritos de calificación, puedan pedir además que se practiquen desde ese momento aquellas diligencias de prueba que por cualquier causa fuere de temer que no se puedan practicar en el juicio oral, o que pudieren motivar su suspensión [...] Esa práctica anticipada de la prueba ha de rodearse de todas las garantías de la prueba practicada durante la sesión oral ordinaria del juicio, por lo que, igualmente, le son aplicables todos los principios inspiradores de esta etapa procesal: igualdad, intermediación, concentración y contradicción. Es una modalidad aconsejable en el supuesto del menor de edad, para evitar la repetición de testimonios con la consecuente repercusión en el normal desarrollo psicológico del afectado. Sobre ello, será conveniente la previa consulta de especialistas. (Ostos, 2015, págs. 33 - 34)

De acuerdo a lo expuesto, la prueba anticipada debe reunir los requisitos del debido proceso y reunir las condiciones a las que se refiere el jurista, es decir, ante la o el juez y la o el fiscal, sin embargo, de acuerdo a la Constitución de la República, cuando la niña, el niño o la/el adolescente es la víctima del delito, debe prevalecer el interés superior de los menores, no solo consagrado en el Art. 44 de la Carta Magna, adicionalmente en la Convención Internacional del Niño de la Organización de Naciones Unidas, ratificadas por nuestro país.

1.1.8. Utilidad

Por su parte el procesalista nacional Dr. Jorge Zavala Baquerizo en el Tomo V de su *Tratado de Derecho Procesal Penal*, al referirse a la prueba anticipada, expresa:

Puede suceder que los testigos por causas especiales no estén en la posibilidad de comparecer ante el Tribunal Penal por lo que la ley prevé que, en estos casos, se anticipe el testimonio de la persona que se encuentra en esta situación excepcional, permitiendo que el juez penal, no el fiscal, en la instrucción fiscal reciba el testimonio de nuestra referencia para impedir que desaparezca un medio de prueba que puede ser vital para la correcta decisión del respectivo proceso [...] Es necesario advertir que cuando se habla de la prueba “anticipada” no se la puede confundir con la prueba “irreproducible” o “irrepetible”. La primera, esto es la anticipada, es aquella que surge de manera imprevista, accidental, sobrevenida, por la cual el juez de instrucción debe actuar para no perderla y ponerla a órdenes del tribunal de juzgamiento definitivo. En tanto que la prueba irrepetible, o pre constituida como también se la llama, es aquella que por su naturaleza y fugacidad es impracticable para el futuro juicio oral, esto es, no admite prórroga para su práctica, so pena de perderla, con grave perjuicio para la verdad histórica que persigue el proceso penal en todas sus etapas. (Zavala Baquerizo, 2005, Tomo V, págs. 60 y 61)

El procedimiento deja en evidencia que el medio para obtener el testimonio de las niñas, niños y adolescentes es mediante video conferencia en donde impera el interés superior de éstos y, en consecuencia, su no revictimización, según se desprende del Art. 510 del COIP.

1.1.9. Momento procesal de incorporación del testimonio urgente como prueba

La incorporación del testimonio anticipado como prueba se la hará siempre en la etapa de juicio, pues es la etapa donde se valoran las pruebas. Al respecto el procesalista argentino Dr. Alberto Binder, en su obra *Introducción al Derecho Procesal Penal*, al referirse a la valoración del anticipo de prueba, indica:

Una vez convalidada la prueba de un modo anticipado –y convenientemente registrado se incorpora ésta directamente a juicio. Esta incorporación se realiza por su lectura, es decir, leyendo el acta que recogió el resultado de la prueba. Pero, repetimos, éste es un mecanismo excepcional, ya que el principio de que sólo es prueba lo que se produce en el juicio es un principio de una importancia fundamental, que no debe ser abandonado ligeramente. (Binder, 2009, pág.)

Queda claro que el momento procesal para ser valorada la prueba es la etapa de juicio, pese a que el testimonio anticipado fue receptado con anterioridad al juicio. Se debe tener claro que simplemente el testimonio anticipado será reproducido con su contenido de audio y video, así como la lectura del acta sentada por el secretario del juzgado de primera instancia para que los jueces de Tribunal la contrasten con el acervo probatorio solicitado y practicado por los sujetos procesales

1.1.10. La no revictimización de la niña, el niño y la/él adolescente en la legislación internacional y comparada

Desde la emisión de la Constitución de la República en el 2008, los tratados y convenios que tienen un contenido de derechos humanos, deben ser aplicados de forma directa e inmediata por parte de todos los funcionarios públicos, dándoles una jerarquía supraconstitucional. La historia de los derechos humanos siempre ha sido violenta y ha tenido que pasar por varios sucesos atroces que han marcado la historia del mundo; luego de la segunda guerra mundial se empezó a desarrollar los derechos humanos y entre ellos el reconocimiento específico a los derechos de las niñas, niños y adolescentes empezando por materializárselos en el año de 1959 por parte de la Organización de Naciones Unidas que declara “Los derechos del niño”.

Esta base normativa fundamental, fue acogida por gran parte de los estados de Naciones Unidas y empezaron a armonizar sus legislaciones internas con la Declaración del Niño. Se

hace imprescindible analizar cómo los derechos de los niños han sido protegidos cuando estos han sido víctimas del delito de violación dentro de las legislaciones internacionales.

1.1.10.1. Directrices de la ONU para evitar la revictimización contenidos en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 29/11/1985

El trato preferente a la víctima menor de edad, supone una justicia que debe contar con los profesionales adecuados, fundamentalmente psicólogos de experiencia, que asesoren tanto al Fiscal en sus indagaciones, para cuando éstos crean pertinente y pongan en conocimiento del órgano judicial, los jueces, tengan los suficientes elementos para que valoren al testimonio como idóneo y veraz o se den cuenta de las contradicciones que pueda tener la supuesta víctima, valorando esta prueba a favor de la víctima o favor del procesado .

Sobre este particular, la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas trata la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder de 29/11/1985*, que dispone, en su título XI el *Derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia*, en los numerales 29 y 31 que disponen:

29. Los profesionales deberán tomar medidas para evitar sufrimientos a los niños víctimas y testigos de delitos durante el proceso de detección, instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y su dignidad.

31. Además, los profesionales deberán aplicar medidas para:

a) **Limitar el número de entrevistas:** deberán aplicarse procedimientos especiales para obtener pruebas de los niños víctimas y testigos de delitos a fin de reducir el número de entrevistas, declaraciones, vistas y, concretamente, todo contacto innecesario con el proceso de justicia, por ejemplo, utilizando grabaciones de vídeo;

b) **Velar por que los niños víctimas y testigos de delitos no sean interrogados por el presunto autor del delito**, siempre que sea compatible con el ordenamiento jurídico y respetando debidamente los derechos de la defensa: de ser necesario, los niños víctimas y testigos de delitos deberán ser entrevistados e interrogados en el edificio del tribunal sin que los vea el presunto autor del delito y se les deberán proporcionar en el tribunal salas de espera separadas y salas para entrevistas privadas;

c) **Asegurar que los niños víctimas y testigos de delitos sean interrogados de forma adaptada a ellos**, así como permitir la supervisión por parte de magistrados, facilitar el testimonio del niño y reducir la posibilidad de que éste sea objeto de intimidación, por ejemplo, utilizando medios de ayuda para prestar testimonio o nombrando a expertos en psicología. (Organización de Naciones Unidas, 1985, Título XI, N°s 29 y 31)

Las normas contempladas en el referido instrumento internacional de derechos humanos ratificado por el Ecuador, establecen una serie de requisitos que deben exigirse en el proceso penal donde se vean involucrados niñas, niños y adolescentes, destacando la limitación del número de entrevistas, que éstos no sean interrogados ni intimidados por el presunto autor del delito. Es importante dar cuenta como este instrumento de derechos humanos emitido en el año de 1985, ya daba las pautas de cómo debería ser el interrogatorio de la niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de un delito de violación, buscando principalmente la no revictimización y conminando a los funcionarios públicos que conozcan sobre el hecho a evitar la confrontación.

Además, aborda los dos puntos esenciales del presente trabajo el choque de derechos de la víctima y del procesado, de este último inclusive conforme la declaración limita la participación dentro de la recepción del testimonio, sopesando los derechos y dándole mayor importancia al de los niños, niñas y adolescentes. Ya se avizora, la creación de un espacio físico adecuado para que la víctima pueda declarar sin ningún contratiempo, podríamos decir que es el antecedente a la creación de la cámara de Gesell.

1.1.10.2. Testimonio sin daño de la República de Brasil

Brasil, es uno de los países que ha acogido las normas supranacionales y ha ajustado su legislación interna a los pactos suscritos. Así, la protección de las niñas, niños y adolescentes ha sido garantizada cuando éstos son víctimas más aún si lo son de un delito sexual como es el de violación, creando medios como la recepción del testimonio anticipado sin daño.

En este sentido, para que sea válido y adecuado el testimonio de niñas, niños y adolescentes, debe determinarse por expertos, la faja etaria y etapa de desarrollo, adicionalmente se debe tomar dicha declaración en un ambiente idóneo, en donde tenga el asesoramiento psicológico adecuado, según expresa la Jueza de Violencia Doméstica y Familiar contra la Mujer, del Estado de Río Grande do Sul, Brasil, Dra. Osnilda Pisa en su artículo Abuso sexual infantil y la palabra de la o el menor víctima: intervención científica e intervención legal, expresa:

Es necesario ayudar a la niña, el niño y el adolescente a hablar sobre experiencias sentimentales e íntimas, intentando disminuir su inconformidad para que pueda manifestar la verdad. La investigación experimental en la Psicología del Testimonio identificó algunas

cauteladas que pueden maximizar la calidad de la entrevista forense con niñas, niños y adolescentes: utilizar voz activa, palabras y frases simples, evitar duplicidades negativas y preguntas múltiples, así como prestar atención si las niñas, niños y adolescentes comprendieron la pregunta. Inicialmente debe el entrevistador tanto forense como terapéutico, establecer un vínculo de confianza con las niñas, niños y adolescentes, desarrollando una conversación agradable, sobre asuntos amenos. En este momento es cuando se observa la madurez del menor victimado y su grado de comprensión de los hechos. El ideal es que las entrevistas sean grabadas. Fuera de garantizar la veracidad de las informaciones prestadas, el registro electrónico de la conversación se torna en un relevante indicio de prueba en el proceso a ser instaurado, así como evitar recuerdos dolorosos a la víctima niña, niño y adolescente. (Pisa, 2007, pág. 470)

Lo analizado por la Dra. Osnilda Pisa, Jueza de Violencia doméstica y Familiar contra la Mujer del Estado de Río Grande do Sul, Brasil, guarda estrecha relación con la Resolución 117-2017 del Pleno del Consejo de la Judicatura en el que se expide el Protocolo del uso de cámara de Gesell, dado que los testimonios receptados a las niñas, niños y adolescentes debe estar siempre acompañado de un profesional en psicología, figura principal por ser el profesional que a través de sus conocimientos podrá guiar a las víctimas a contar su verdad, sin que éstos se vean mayormente afectados, o de haber afectación sugerir la suspensión del testimonio. Precautelándose principalmente el derecho a la no revictimización de la víctima.

Es importante destacar que, en Brasil, respecto del testimonio de la niña, el niño o el adolescente se aplica la denominada “Psicología del Desarrollo”, de acuerdo a lo que señala la jurista brasileña Dra. Martha de Toledo Machado, profesora de Derecho de los Niños y Adolescentes y de Derechos Humanos y Procuradora de Justicia del Ministerio Público del Estado de São Paulo, lo que implica un tratamiento diferente que no es un quiebre del principio constitucional de igualdad, cuando expresa:

Es imperativo constatar que la protección a esa franja de edad se vincula a la esencia del Derecho en cuanto al peculiar desarrollo infantil, que coaduna el trato que el ordenamiento brasileño de forma bastante amplia y efectiva proporciona al niño [...] existe una «aparente ruptura del principio constitucional de igualdad» porque, a su condición (de las niñas, niños y adolescentes) de seres diversos de los adultos, se suma la mayor vulnerabilidad de ellos en relación a los seres humanos adultos. [...] la aparente quiebra del principio de igualdad no existe porque (las niñas, niños y adolescentes) son portadores de una desigualdad inherente, intrínseca, porque el ordenamiento les confiere un tratamiento más amplio como forma de equilibrar la desigualdad de hecho y alcanzar la igualdad Jurídica material y no meramente formal. Por otro lado, la mayor vulnerabilidad de niños y adolescentes, en comparación con los adultos, debe considerarse con prioridad porque la personalidad de aquellos aún está incompleta, porque las potencialidades del ser humano en los niños aún no maduran hasta su nivel mínimo de desarrollo. (De Toledo Machado, 2003, pág. 119)

Importante lo señalado por Dra. Martha de Toledo Machado, Procuradora de Justicia del Ministerio Público del Estado de São Paulo, cuando realiza una distinción entre adultos y niñas, niños y adolescentes dándoles a estos últimos prioridad sobre los primeros, dado que existe una doble vulnerabilidad principalmente por la vulneración de sus derechos constitucionales de atención prioritaria y de protección del derecho a la integridad personal que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual, logrando de esta forma una igualdad material buscando la equidad.

Además, al existir doble vulnerabilidad de derechos protegidos, la Procuradora de Justicia, inclusive pone entre dicho los derechos de quien está siendo investigado en beneficio de la víctima sin que aquello signifique el desconocimiento de los derechos del procesado; sino debe entenderse como una flexibilización de las garantías mínimas del debido proceso.

1.1.10.3. Sistemas de video grabación sistema de Medicina Legal de la Justicia de la República Argentina

Otro de los países que han materializado los Convenios y Tratados de Derechos Humanos a favor de las niñas, niños y adolescentes es Argentina, donde los casos de abuso sexual infantil son tratados por el cuerpo médico forense del país austral. Este cuerpo colegiado está integrado por peritos psiquiatras o peritos psicólogos infanto-juveniles, cuando existen delitos de carácter sexual.

Al respecto, la médica especialista en psiquiatría infanto-juvenil y en Medicina Legal y actual médica forense de la Justicia de Argentina. Dra. Virginia Berlinerblau, refiere en su artículo titulado *Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil. Competencia, credibilidad, particularidades y necesidades especiales del niño testigo. Videograbación de las entrevistas de declaración testimonial*, sobre la credibilidad de las versiones de las niñas, niños y adolescentes:

Es frecuente que en los casos de abuso sexual infantil que llegan al Cuerpo Médico Forense de la Justicia Nacional, se solicite al perito psiquiatra infanto-juvenil o al perito psicólogo que, luego de realizada la entrevista de declaración testimonial, se examine al niño a fin de asesorar la credibilidad y otros indicadores compatibles con un abuso sexual. La credibilidad se refiere a la veracidad y precisión del niño. Los factores que influyen favorablemente la credibilidad en el niño/a incluyen:
Conocimiento sexual inapropiado para la edad

Relato espontáneo.
Lenguaje propio de los niños y desde el punto de vista infantil.
Descripción detallada.
Relato consistente y mantenido básicamente en el tiempo.
Relato de la historia por partes.
Relato verosímil: la historia es plausible y físicamente posible.
Estado afectivo congruente con lo explicitado (aunque puede haber muchos motivos por los que un niño esté enojado, triste o manifieste aislamiento del afecto).
Estilo cándido, tal como el hacer correcciones espontáneas, admitiendo que hay detalles que no puede recordar.
Comparación de la historia de los síntomas y conducta del niño favorable con el contenido de la entrevista.
Descripción de circunstancias típicas y características de una situación de abuso sexual (amenaza, presión, seducción, coerción).
Descripción de la experiencia subjetiva. Habrá también que considerar la posibilidad de influencia para fabricación. En los casos en que el relato está ausente o sea pobre, debemos tener en cuenta varias posibilidades, tales como:
Examen insuficiente o técnicamente mal conducido;
Limitaciones emocionales y/o cognitivas del niño/a: por características del niño o de la situación.
La posibilidad de falsas denuncias. (Berlinerblau, 2010, pág. 149)

Si lo comparamos con la realidad judicial ecuatoriana, no existe un protocolo a seguir en cuanto a acreditar la veracidad o lo verosímil del testimonio anticipado rendido por la niña, niño o adolescente, siendo el trabajo del psicólogo una herramienta importante, quien a través de su conocimiento técnico deberá guiar a los sujetos procesales en la obtención de elementos o circunstancias propias del delito de violación.

Por eso, la valoración como prueba del testimonio en nuestro país debe ir acompañado de otras pericias como el examen médico legal que den cuenta de que en efecto ocurrieron los hechos. Inclusive por el estado anímico de quien declare puede que éste no cuente la verdad de los hechos, por vergüenza o miedo o inclusive por lo desagradable de volver a recordar. Se debe entender además que el psicólogo dentro del testimonio anticipado, es un interlocutor y no tiene la libertad de interrogar a la víctima sino debe sujetarse a los requerimientos de los sujetos procesales.

1.1.11. La Cámara de Gesell en el mundo y en el Ecuador

En la publicación **JURISPRUDENCIA ECUATORIANA DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA PERIODO ENERO DICIEMBRE 2013**, en las páginas 248 y siguientes, encontramos la Resolución N° 0682-2013 dictada en el Juicio N° 0236-2011, delito de acción

pública, violación en donde se expone la siguiente ratio decidendi: “en el delito de violación las pruebas son fundamentales, ya que se trata de delito cometido en clandestinidad. Por esta razón los testimonios y las pruebas psicológicas realizadas a la víctima son tan importantes” (..), dada las circunstancias del ayuntamiento carnal, el delito de violación es uno más de aquellos denominado ocultos por ende la existencia de la prueba directa que determine la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado es poco probable, más aún cuando se comete en contra de un niño. Es por ello que juegan un rol fundamental los indicios y sobretodo la prueba material que deberá ser incorporada al juico, éstas son las experticias médicas y psicológicas realizadas a la víctima, y sobre las cuales el juzgador tiene la obligación de analizarlas a detalle.

Si nos trasladamos en este análisis a lo que imperativamente manda la Constitución de la República, el Estado ecuatoriano debe cumplir como deber primordial, señala el Art. 3.1 “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los Instrumentos Internacionales” pues, “los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidor o servidora público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, siendo que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, prescribe al Art. 11.3.9 de la Constitución de la República. En esta misma línea de análisis el Estado ecuatoriano reconoce y garantiza a las personas el derecho a la integridad personal, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual, proclama el Art. 66.3.a) del mismo texto constitucional.

La jurista ecuatoriana Dra. Paulina Araujo Granda, en su artículo *Funciones de la Cámara de Gesell en la investigación penal*, al referirse a la Cámara de Gesell y sus funciones, expresa que esta cámara:

Se mantiene en el ámbito de la investigación penal), el acto por el cual el experto escucha el relato del damnificado, debe ser llevado a cabo bajo las siguientes directrices:**1.-** Análisis previo del entorno integral de la persona que será entrevistada.**2.-** La entrevista debe llevarse a cabo en un ámbito especialmente acondicionado para ese efecto y no en un despacho del órgano investigador, acusador o garantista, ni mucho menos en la sala de audiencias de un tribunal juzgador.**3.-** Sólo las partes y los órganos de la administración de justicia penal, se encuentran habilitados a seguir la secuencia de la entrevista desde otro

sitio, a través de elementos técnicos destinados al efecto, pudiendo intervenir durante su desarrollo sólo en forma indirecta **y a través del psicólogo actuante**, quien habrá de canalizar sus inquietudes del modo que considere prudente para garantizar la integridad psíquica del entrevistado.4.- No olvidar que los dichos del entrevistado deben ser grabados y/o escuchados por los órganos o personas interesados; SALVO, cuando ocurre la entrevista en la cual interactúan el psicólogo y el declarante; en base a la protección del secreto profesional y confidencial entre el profesional y el paciente. La base legal y doctrinaria que ampara los numerales 3 y 4 en nuestro país de que los órganos de la administración de justicia penal y los defensores del procesado, puedan realizar preguntas, que insistimos, serán formuladas mediante un intercomunicador ubicado a ambos extremos del vidrio **al profesional psicólogo actuante**, quien será el encargado de dirigir las al menor víctima; se sustenta en el principio de igualdad ante la ley, contemplado en el numeral 4 del artículo 66 y el literal c), del numeral 7, del artículo 77 de la Constitución de la República, los que imponen que no se pueden establecer privilegios o excepciones que excluyan a unos lo que se les concede a otros, en iguales circunstancias. (Araujo, 2017, pág. 1)

La Cámara de Gesell presupone, de acuerdo a lo expuesto por la jurista nacional una participación trascendente del psicólogo actuante, sin embargo, no en todas las unidades judiciales del país existe esta cámara, ni tampoco el equipo técnico de psicólogos necesarios para la diligencia del testimonio de las niñas, niños y adolescentes.

De acuerdo a lo expuesto, importante es señalar que antes que la verdad judicial debe prevalecer el interés superior del niño, la niña y el adolescente, consagrado en los instrumentos internacionales de derechos humanos, como la Convención Internacional del Niño y la Constitución de la República del Ecuador, en su Art. 44.

El Ecuador, mediante Resolución 117/2014 del Consejo de la Judicatura, expidió con fecha 15/07/2014, el Protocolo para el uso de la Cámara de Gesell, que es aplicable a todos los órganos jurisdiccionales que dispongan de la instalación de estas cámaras, según la disposición general tercera de la señalada resolución, sin que se haga mención alguna al interés superior del niño y que este grupo de atención privilegiada requiere de peritos psiquiatras o psicólogos infanto-juveniles, por pertenecer las niñas, niños y adolescentes a uno de los grupos de atención privilegiada, respecto de los cuales, según el inciso 3° del numeral 2° del Art. 11 de la Constitución de la República, el Estado debe adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad de sus derechos por encontrarse en situación de desigualdad.

En el Ecuador, igualmente, en todos los protocolos de declaración de las niñas, niños y las o los adolescentes víctimas del delito de violación sexual necesariamente se debe evitar la revictimización, ya que existe una protección de todas las víctimas, de conformidad al Art. 78 de la Constitución de la República, que dispone:

Art. 78.- [Protección a las víctimas] Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

Respecto de los peritos psiquiatras o psicólogos infanto-juveniles a que se refieren las legislaciones argentinas y brasileñas, en el Protocolo para el uso de la Cámara de Gesell, contenido en la Resolución 117/2014, no se hace referencia a la especialidad profesional, sino basta que sean simples psiquiatras o psicólogos, ni tampoco se menciona el interés superior del niño, la niña o el adolescente, porque solo interesa no causar retroceso en las diligencias.

En el punto 3.1. del Protocolo referido a la Cámara de Gesell como Sala de Testimonios, se establece que “la psicóloga o psicólogo terapeuta o médico psiquiatra, deberá informar a la víctima, sean estos en el caso que se investiga niñas, niños o adolescentes, sobre la diligencia a practicarse...”

Esta parte del punto 3.1. se refiere a los profesionales que tratarán a adultos, al procesado y a las niñas, niños o adolescentes, de manera que no se exige en este último caso que se trate de psicóloga o psicólogo terapeuta o médico psiquiatra especialista en niñas, niños o adolescentes, lo que en términos profesionales se denomina «intrusismo profesional», pudiendo señalarse que no es lo mismo un psicólogo terapeuta o médico psiquiatra general a un psicólogo terapeuta o médico psiquiatra especialista en niñas, niños o adolescentes.

El Consejo de la Judicatura encarga el testimonio de estos últimos a cualquier profesional sin requerir la especialidad, aunque en el caso de los médicos la psiquiatría es la especialidad, cosa que no se exige a los psicólogos, pero como se observó en la legislación comparada, se requiere para el testimonio de las niñas, niños o adolescentes, reitero, que se trate de psicóloga

o psicólogo terapeuta o médico psiquiatra especialista en niñas, niños o adolescentes, lo que en nuestro ordenamiento no se exige.

En consecuencia, el protocolo simplemente tiene por objeto, regular el procedimiento para el uso de la Cámara de Gesell en los órganos jurisdiccionales en los cuales se encuentre implementada, a fin de optimizar el funcionamiento y la calidad del servicio de justicia a favor de las personas que lo requieran.

1.1.12. La no revictimización de la niña, el niño y la/él adolescente en la legislación nacional

Es un derecho constitucional establecido en el Art. 78 de la Constitución de la República, principalmente en protección de las víctimas de infracciones penales, cuando se vaya a obtener o valorar pruebas, que puedan perturbar su tranquilidad. Este principio ha dado paso a que se establezcan herramientas en las normas infraconstitucionales como lo es el testimonio anticipado por medio del cual se protege a quienes se consideran víctimas.

De esta forma la norma infraconstitucional en los Arts. 504 y 510 del Código Orgánico Integral Penal establecen los protocolos para obtener el testimonio de las víctimas, especialmente el de la niña, niño y adolescente, quienes deberán comparecer ante la o el juzgador o Fiscal en forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, debiendo utilizarse elementos técnicos como circuitos cerrados de televisión, video conferencia o similares, por una sola vez, incorporando estas grabaciones como prueba de la declaración en la audiencia de juicio; debiendo la o el juzgador disponer, a pedido de la o el fiscal o el defensor público o privado de la víctima, medidas especiales orientadas para facilitar el testimonio de la víctima y en particular de las niñas, niños o adolescentes, en este caso víctimas de delitos contra la integridad sexual.

Además, a fin de reglamentar el uso de la cámara de Gesell para la obtención de testimonios, se emitió la Resolución N° 117/2014 de 15/07/2014, del Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura, contemplando en su anexo todo el procedimiento a seguir.

En el considerando décimo de la Resolución N° 117-2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura se señala que: “ es indispensable que la víctima encuentre la condiciones adecuadas para el tratamiento técnico jurídico de su caso y se sienta motivada a denunciar el cometimiento de un delito, para contar con información que aporte a la valoración de la prueba dentro del proceso penal y permita sustanciar y hacer efectivo la tutela de los derechos de la víctima” por consecuencia se pone en vigencia el “Protocolo para el uso de la cámara Gesell” como un elemento que permite tanto al juzgador como al fiscal y demás sujetos procesales, cumpliendo las reglas del debido proceso, y con sujeción a los principios de inmediación, celeridad, confidencialidad y obtener información que debe ser guardada en reserva absoluta por los operadores jurídicos, de esta manera se pretende alcanzar la optimización en el funcionamiento y calidad del servicio de justicia en favor de las personas que lo requieran, evitando la revictimización y un nuevo maltrato psicológico, así como también se permite garantizar el debido proceso permitiendo que el investigado o procesado pueda participar de esta diligencia.

El sujeto investigado mediante el uso de la cámara de Gesell, en casos como los que es motivo de este análisis, generalmente han de ser niños, niñas y adolescentes, por lo tanto, el interrogatorio que se les formule debe ser ordenado con interrogaciones que sean calificadas por el juez, una a la vez para evitar confusiones, cuidando siempre el bienestar psicológico del sujeto investigado, de esta manera se evitarán preguntas lesivas, impertinentes, capciosas, sugestivas y tendiente a revictimizar porque así lo prohíbe la Constitución del República.

Lo expuesto guarda concordancia con lo que al respecto señala el Art. 510 del Código Orgánico Integral Penal que ordena que el testimonio de la víctima debe cumplir con determinadas reglas y, como en el tema de análisis, el testimonio de la víctima será receptado con el acompañamiento de personal capacitado tales como psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras o terapeutas, especialmente cuando la víctima sea niña, niño, adolescente. Lo que también guarda conformidad con lo que señala el Art. 502.5 ibídem que prescribe que las niñas, niños y adolescentes declararán sin juramento, pero con la presencia de sus representantes o un curador. Este testimonio anticipado, de la misma manera, conforme ordena al Art. 560.2 ibídem, sin embargo, de que el sistema procesal penal se fundamenta en el principio de oralidad, el testimonio anticipado que rinde la víctima debe constar por escrito

Para cuyo efecto las personas que harán uso de la cámara de Gesell deberá expresar su consentimiento respecto a ser observadas y grabadas al mismo tiempo, es decir, deben ser suficientemente informadas sobre el objeto y utilización procesal que el futuro y dentro del juicio tendrá esta diligencia pues, la información que proporciona el sujeto investigado debe contar con la garantía de confidencialidad por lo tanto estas diligencias deben ser específicas, programadas y estructuras con antelación y previsión por el equipo técnico

En todo caso, pese a la reserva de este procedimiento, la defensa del procesado, de conformidad al numeral 1 del Art.510 del Código Orgánico Integral Penal, tiene derecho a defensa y a conainterrogar, debiendo en el caso de la niña, el niño y la/él adolescente estar siempre acompañado de personal capacitado en atención a víctimas en crisis, tales como psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras o terapeutas, entre otros, pero todos especializados en el tratamiento de este grupo de atención privilegiada, de lo contrario no se estaría velando por su interés superior.

1.2. EL DELITO DE VIOLACIÓN

1.2.1. Concepto

Para el tratadista Edgardo Donna la violación es el acceso carnal logrado en los casos en que, mediante fuerza o intimidación para vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo, o con persona que se encuentra físicamente imposibilitada para expresar su disenso o resistirse, o con quien, por ser menor de tres años o carecer de discernimiento para ello, no posee la capacidad jurídica necesaria para consentir la relación sexual (Edgardo Alberto Donna, 2015, pág. 563).

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, en su artículo. 171, define a la violación de manera más amplia que el penalista italiano, cuando dispone:

Artículo 171.- Violación.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad por discapacidad no pudiera resistirse.

Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.
Cuando la víctima sea menor de catorce años.
Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:
La víctima como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.
La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.
La víctima es menor de diez años.
La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.
La o el agresor es ascendiente o descendente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo.
En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Los códigos penales del Ecuador de 1837, de 1876, de 1906 y de 1938 se referían al delito de violación en el cual se consideraba como sujeto pasivo exclusivamente a la mujer, como ocurría con el artículo 494 del Código Penal de 1837 cuando disponía “los que fueren convencidos de haber violado la virginidad de alguna mujer, sin fuerza ni violencia, sino por seducción o halagos” (sic); el Art. 495 del referido Código Penal se refería a la violación de una persona que no había llegado a la pubertad (Legislatura del Ecuador, 1837).

En la primera disposición se tipificaba la violación de una mujer como estupro y también se consideraba estupro la violación de una persona, sin distinción de sexo, que no había llegado a la pubertad, es decir, antes de los 9 años, siendo el sujeto pasivo con posterioridad a esta edad una persona de sexo femenino.

En las últimas reformas al Código Penal se sustituyó al concepto de mujer a la mujer como sujeto pasivo por la expresión de cualquier persona siendo indiferente el sexo para la caracterización del delito, como se tipifica actualmente en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal.

1.2.2. Elementos del delito de violación

Los elementos del delito de violación están constituidos por el acceso carnal, vía oral, anal o vaginal mediante objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de

cualquier sexo, como se señala en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, destacando que en la actualidad existe unanimidad en la doctrina respecto al acceso carnal.

En el Código Orgánico Integral Penal los elementos del delito de violación son:

- a) El acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal a una persona de cualquier sexo.
- b) La introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo.
- c) Que la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.
- d) Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.
- e) Cuando la víctima sea menor de catorce años.

En el Código Orgánico Integral Penal no se hace diferencias de sexo ni tampoco la forma de cómo se materialice el delito, sea por acceso carnal o por la introducción de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, así como el uso de la fuerza, amenaza o intimidación, que la persona se halle privada de razón o sea menor de 14 años.

El penalista español Dr. Alfonso Serrano Gómez, en su obra Derecho Penal. Parte Especial, al referirse al Código Penal español, que en su artículo 179 se refiere a la introducción de objetos, como lo hace de igual forma el art. 171 del Código Orgánico Integral Penal, señala:

El texto se limita a hacer referencia a objetos, sin especificar lo que a efectos de este delito se entiende como tales. Si se tiene en cuenta que objeto equivale a cosa, las posibilidades son inagotables, con lo que una vez más la inseguridad es patente. (Serrano Gómez, 2002, pág. 208)

La expresión “objetos” es tan amplia como la imaginación humana, pero es más adecuada la posición doctrinaria de la penalista española Dra. Concepción Carmona Salgado, quien en su obra Curso de Derecho Penal Español Parte Especial, señala que por objeto debe entenderse:

Todo elemento material, que el sujeto activo, a los efectos de su finalidad lujuriosa, identifique o considere sustitutivo del órgano genital masculino. Sin hacer una referencia directa sobre la problemática de la tipicidad de la introducción de partes del cuerpo. Por otro lado, difiere de la idea de que este requiera de un tamaño o volumen corpóreo especial. (Carmona, 1996, Tomo I, pág. 310)

En la doctrina invocada se señala el objeto que se utiliza para cometer el delito de violación, el cual no tiene descripción ni límite señalándose que no requiere éste un tamaño o volumen corpóreo especial. Los autores citados se refieren a una parte esencial del delito de violación dejando sentado que cualquier objeto que sea introducido en el órgano reproductor de la mujer (vagina) o en la región anal y bucal de cualquier persona indistintamente su sexo sin que exista consentimiento debe ser considerado violación.

Si a esto le añadimos que estos hechos son ocasionados a una persona mayor de 14 años le quitamos la voluntariedad que puede tener la víctima, por no tener la madurez psicológica para enfrentar este tipo de acontecimientos.

1.2.3. Sujeto activo del delito de violación

El tratadista español Francisco Muñoz Conde en su libro de Derecho Penal, Parte General define al sujeto activo como: “quien realiza la acción prohibida u omite la acción esperada, en delitos comunes, el sujeto activo del delito puede ser cualquiera”.

En el delito analizado, existe un sujeto activo que puede recaer en cualquier persona al no existir un sujeto activo calificado que la ley haya previsto, como si lo hace en un delito de peculado. Por eso el delito de violación puede cometerlo un hombre o una mujer, basta que exista la penetración por vía vaginal, anal o bucal sin ningún consentimiento de la víctima, más aun tratándose de niñas, niños y adolescentes que según la ley de protección de menores ha previsto la falta de madurez para emitir su voluntad.

El Código Orgánico Integral Penal divide de manera clara cuando hay violación por parte del hombre y cuando por parte de hombre o mujer, destacando que el acceso carnal es solo cometido por los hombres, doctrina que sustentan en el derecho comparado con varios penalistas, como lo son.

El penalista argentino Dr. Rogelio Moreno Rodríguez, en su obra *Diccionario de Ciencias Penales*, restringe la violación al acceso carnal masculino, cuando expresa:

Violación de persona: consiste en tener acceso carnal con persona impúber o mayor de edad cuando la víctima se halle privada de razón o de sentido, o esté enferma, o por cualquier causa no pudiere resistir, o cuando se usare fuerza o intimidación. La violación ha de consistir siempre en el padecimiento consciente o inconsciente de una violencia sexual que se produce mediante la penetración del órgano viril en cualquier orificio natural de una persona, sin distinción de sexo. (Moreno, 2000, pág. 411)

Es importante destacar que el término acceso carnal es definido por el Dr. Rogelio Moreno Rodríguez, como la Introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona, por vía vaginal o anal. Algunos autores incluyen la vía bucal (Moreno, 2000, pág 33).

El penalista, también argentino, Dr. Sebastián Soler, en el Tomo III de su obra *Derecho Penal Argentino*, define a la violación como el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta (Soler, Derecho Penal Argentino, 1992, Tomo III, pág 306), definiendo este autor, igualmente al acceso carnal como: “Una enérgica expresión que significa penetración sexual. Se produce, pues, cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal” (Soler, 1992, Tomo III, pág. 305).

Finalmente, el penalista nacional Dr. Ernesto Albán, en su obra *Manual de Derecho Penal*, se refiere al sujeto activo del delito de violación, cuando expresa:

Al no establecer el Código ninguna condición o calidad especial que deba reunir el sujeto activo del delito, se entiende que puede ser cualquier persona. Sin embargo, la doctrina si bien ha considerado que cualquier varón puede ser sujeto activo, ha debatido la posibilidad de que una mujer pueda serlo, en el caso de la llamada violación a la inversa. El debate tenía razón de ser cuando la conducta se tipificaba como acceso carnal, pues, aunque se entendía que era posible que una mujer consumara un acceso carnal con un varón utilizando alguno de los medios previstos en la ley, una mayoría de comentaristas negaba que en este caso hubiera acceso carnal del sujeto activo (la mujer) sobre el sujeto pasivo (el hombre). Al agregarse ahora la palabra "introducción", cabe interpretarla con un doble alcance (introducir o hacerse introducir) con lo cual cabría la violación a la inversa; pero además es posible para una mujer las modalidades, que ahora establece la ley, de introducción anal o vaginal de dedos u objetos. (Albán, Manual de Derecho Penal, 2016, pág. 145)

El sujeto activo del delito de violación en nuestro ordenamiento jurídico penal, de acuerdo a lo que expone el Dr. Ernesto Albán, ha sufrido modificaciones, porque hasta 1998 el Código Penal se refería al acceso carnal entendido como penetración sexual, siendo sólo el hombre sujeto activo del delito, pero con posterioridad a dicho año, la violación no solo consistió en el

acceso carnal, sino que además la introducción de objetos vía anal, oral o vaginal, en la que puede ser sujeto activo tanto la mujer como el hombre.

1.2.4. Sujeto pasivo del delito de violación

El Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal señala que el sujeto pasivo puede ser una mujer o un hombre, obviamente que la violación vía vaginal era exclusivamente de la mujer, pero de acuerdo a las operaciones de cambio de sexo de masculino a femenino donde se extirpa el miembro masculino al hombre que muda de sexo, no existe un pronunciamiento de la doctrina ni de la jurisprudencia si una introducción del pene masculino o de objetos a órgano que los médicos transforman como un equivalente a la vagina constituye una violación vía vaginal.

El penalista mexicano Dr. Eduardo López Betancourt, en el Tomo II de su obra *Delitos en Particular*, señala que “sujeto pasivo es el titular del bien jurídico tutelado, quien sufre el ataque, con violencia física o moral. Puede ser tanto una mujer como un hombre” (López Betancourt, 1998, Tomo II pág. 195).

En iguales términos se pronuncia el penalista argentino Dr. Juan Horacio Sproviero, en su obra *Delito de Violación*, cuando expresa:

El Código Penal no establece diferenciaciones, pudiendo ser persona de uno u otro sexo la afectada por el hecho de la violación [...] No se requieren para el caso características determinadas, ya que no se referencian aptitudes o exigencias para que el acto de la violación quede formalizado. No podrá alegarse en el evento para justificar o pretenderla excusa absolutoria que el sujeto pasivo no es persona honesta o que se trata simplemente de persona en ejercicio de la prostitución. En cualquier circunstancia, el ataque inferido no queda compurgado con formulaciones pretendidamente exonerantes, puesto que nada dice la ley. No hace discriminaciones de este orden, limitándose a expresar que se trata de «persona de uno u otro sexo». (Sproviero, 1996, pág. 103)

Finalmente, respecto del sujeto pasivo del delito de violación, el penalista nacional Dr. Ernesto Albán, en su obra *Manual de Derecho Penal*, expresa:

El Código dice expresamente que sujeto pasivo de una violación puede ser una persona de uno u otro sexo, expresión que rigurosamente es inútil; pero que tiene una razón histórica. Las más antiguas fórmulas legales establecían que solo una mujer podía ser sujeto pasivo de una violación. Posteriormente, como lo recogió el Código de 1938, se determinó que podía ser persona de uno u otro sexo y para que no hubiera duda sobre este punto, se lo

expresó categóricamente en el texto legal. Por otra parte, el Código nada dice sobre condiciones o calidades específicas que debiera tener el sujeto pasivo. Esto significa que no hay requisito de edad, estado civil, parentesco u honestidad para que exista delito. Más bien, en algunos casos, algunas de estas condiciones constituyen agravantes del delito. Hay que reiterar que el atentado contra la libertad sexual, que implica la violación, se producirá, aunque la víctima sea una persona dedicada a la prostitución o tenga una conducta licenciosa, siempre que se cumplan los elementos propios de la tipicidad del delito. (Albán, 2016, pág. 146)

De acuerdo a la legislación nacional, desde 1938, sujetos pasivos del delito de violación son las personas de uno u otro sexo.

1.2.5. Bien jurídico protegido del delito de violación

El bien jurídico protegido en el delito de violación es la libertad sexual del sujeto pasivo, es decir, el derecho que éste tiene para disponer de su propio cuerpo, escogiendo libremente con quién tener relaciones sexuales, sin que haya necesidad de utilizar la violencia o amenazas para la práctica del acto sexual.

De conformidad a la disposición transcrita debemos distinguir el bien jurídico protegido de acuerdo a la edad del sujeto pasivo, de conformidad a lo que expresan los penalistas chilenos Dres. Sergio Politoff Lifschitz, Jean Pierre Matus Acuña y María Cecilia Ramírez, su obra *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte Especial*, cuando expresan:

La libertad sexual, como se entiende en estas figuras, es la facultad de la persona para auto determinarse en materia sexual sin ser completo ni abusado por otro. Sin embargo, por carecer de un cabal desarrollo de esta facultad, respecto de los menores de edad, y particularmente de los impúberes, lo que se protege no es tanto su libertad como su indemnidad sexual, esto es, el libre desarrollo de su sexualidad. Debe tenerse presente, además, que [...] respecto de los púberes, salvo las figuras de violación y abusos sexuales cometidas con violencia o intimidación, las distintas figuras legales parecen proteger más bien lo que todavía podríamos denominar *honestidad*, entendida como la facultad individual de manifestar el impulso sexual dentro de los moldes de comedimiento que imponen las valoraciones dominantes. (Politoff, Matus, & Ramírez, 2004, pág. 246)

El concepto de libertad sexual, de acuerdo a lo expuesto, se entiende como la capacidad del sujeto para disponer libremente de su cuerpo en la práctica del acto sexual, o sea, la libertad de comportarse en el plano sexual de acuerdo a su libre albedrío pudiendo inclusive negarse a la práctica del acto de naturaleza sexual.

En cuando a la libertad sexual, éste no es el bien jurídico protegido de las niñas, niños y adolescentes, sino su desarrollo integral, como se determinará en el próximo punto.

En lo que se refiere a las niñas, niños y adolescentes, por carecer capacidad y de autodeterminación en materia sexual el bien jurídico protegido es el desarrollo pleno y saludable de éstos, porque de conformidad al Art. 44 de la Constitución de la República, el Estado, la sociedad y la familia promueven de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes.

No puede hablarse de libertad sexual de la niña, el niño, el/la adolescente e incluso la persona privada de sentido, razón por la cual el penalista peruano y Juez Superior de la Corte del Callao Dr. Víctor Jimmy Arbulú Martínez, en su obra *Delitos sexuales en agravio de menores (Incidencia en la Provincia del Callao. Año 2004 al 2009)*, expresa:

La intangibilidad sexual es bien jurídico creado por la doctrina italiana para diferenciarla del ataque carnal violento o abusivo en contra de la libertad sexual y de aquella que se tutelaba en la conjunción carnal abusiva en agravio de menor previstas en el artículo 512 del Código Penal Italiano. Se consideraba a ciertas personas como intocables sexualmente por sus características especiales, como minoría de edad o demencia o se encontraba en la privación de sentido. Lo intangible es lo intocable y sin o con Libertad Sexual se tiene que todas las personas son intocables. En el caso de los menores estos no tienen capacidad para disponer; en consecuencia, autorizando ellos para tener sexo, no se le reconoce ese consentimiento. En cuanto a los que tienen libertad sexual son también intangibles o intocables respecto de su integridad sexual, esto debe verse así, mientras que no den su consentimiento. La indemnidad es aquel derecho que tiene una persona para que no se le cause un daño o perjuicio. Sin embargo, para fines de distinción asumimos que son los menores de edad quienes tienen derecho a la tutela penal de este bien jurídico. Por otro lado, se advierte en cuanto a los menores de edad, un acceso carnal les acarrea prima facie un daño porque perturba su desarrollo sexual. Aun si no existiera violencia o amenaza, el solo acceso carnal ya es considerado un daño. (Arbulú, 2010, págs. 10 - 11)

En este sentido, respetuosamente me permito reiterar lo señalado por el penalista español Dr. Francisco Muñoz Conde, en su mencionada obra, cuando expresa que en cuanto a la protección sexual de incapaces, lo que se busca tutelar es su libertad futura, esto es, el normal desarrollo de su personalidad, con el objetivo de que cuando sea adulto decida libremente sobre su comportamiento sexual; y en el caso del incapaz o deficiente mental, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceros que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales (Muñoz Conde, 2010, pág. 217).

1.2.6. El interés superior de las niñas, niños y adolescentes y el delito de violación

El delito de violación en el caso de las niñas, niños y adolescentes afecta gravemente su desarrollo integral de acuerdo a lo que dispone el inciso 1° del Art. 44 de la Constitución de la República, que, en su parte final se refiere al interés superior de éstos cuando señala que los derechos de las niñas, niños y adolescentes prevalecerán sobre los de las demás personas.

Así, se puede establecer una doble vulnerabilidad de derechos, y si se los extiende hasta el momento que la víctima pone en conocimiento de fiscalía sobre lo ocurrido se podría hablar de una triple vulneración porque es evidente la revictimización de la víctima. Es importante dejar sentado que esta protección de derechos le permite al órgano jurisdiccional receptar el testimonio anticipado inclusive en investigación previa flexibilizando los derechos de quien está siendo investigado, siempre que se cumplan los principios de inmediación, contradicción y oralidad.

1.2.7. Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder y la protección procesal de niñas, niños y adolescentes

Mediante informe del 11° Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Justicia Penal, celebrado en Bangkok del 18 al 25 de abril de 2005, se aprobó las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos, destinadas a mejorar la protección de que gozan los niños que son víctimas y testigos de delitos en el sistema de justicia penal.

En estas directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delito se establecen prácticas adecuadas para que los Estados apliquen estas directrices, las cuales tienen como objetivo principal garantizar el pleno respeto de los derechos de los niños víctimas y testigos de delitos sexuales. Estos parámetros están relacionados con un trato digno a lo largo de todo el proceso de justicia, por parte de los profesionales que pertenecen a la Función Judicial, los cuales deben respetar el derecho a ser protegidos a las niñas, niños y adolescentes víctimas y testigos durante todo el proceso de detección, instrucción y enjuiciamiento a fin de garantizar el respeto de su interés superior y su dignidad, directrices que por su extensión se insertan como anexo al final del presente trabajo de investigación.

1.2.8. Protección psicológica de las niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales

La Constitución de la República al tratar a las niñas, niños y adolescentes consagra el derecho de estos a su desarrollo integral en el inciso 2° del Art. 44, atendiendo a su proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, lo que concuerda con el derecho a la integridad física y psíquica de este grupo de atención privilegiada o prioritaria.

Lo anterior, además, se ratifica con las medidas de acción afirmativa que se refiere el inciso final del numeral 2° del Art. 11 de la Constitución de la República, referente la igualdad ante la ley, cuando dispone:

Art. 11- [Principios para el ejercicio de los derechos].- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: El Estado adoptará medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad en favor de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

La Constitución del año 2008, se refiere a las acciones afirmativas que hacen referencia a las políticas públicas que buscan remediar y lograr la igualdad efectiva y de oportunidades de aquellos grupos de atención prioritaria o vulnerable a que se refieren los Arts. 35, 44 y 45 del señalado cuerpo normativo.

En virtud de lo anterior, a nivel mundial, desde el siglo XIX los científicos plantearon la psicología del desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, la cual, según expresa la Doctora y Magíster en Psicología y Directora del Programa de Psicología Escolar y Desarrollo Humano del Instituto de Psicología de la Universidad de São Paulo, Brasil, Mónica Cintrão França Ribeiro, quien en su informe *Teorías psicológicas del desarrollo*, define a la Psicología del Desarrollo como:

Un área de estudio que procura describir, explicar y comprender los cambios psicológicos ocurridos en la persona humana en el desarrollo de su ciclo vital, desde la concepción a la muerte. La Psicología del Desarrollo pretende explicar cómo, a partir de un repertorio endógeno (interno, innato), el sujeto va sufriendo una serie de transformaciones emanado de su madurez fisiológica, neurológica y psicológica, así como por el contacto con las exigencias y respuestas del medio físico y social (exógeno) del cual forma parte. En este

sentido, se parte del presupuesto de que la constitución del ser humano depende igualmente de las influencias internas (genéticas, biológicas) como de las influencias externas (medio ambiente y contexto socio-histórico) (Cintrão, 2011, pág. 2)

Según establece el psicólogo infantil español Dr. José Antonio Gallardo Cruz, en el Capítulo XIV *Intervención y Tratamiento en el maltrato infantil*, que forma parte de la obra *Tratamiento psicológico de problemas infantiles*:

El tratamiento del abuso sexual depende de una serie de variables que configuran una aparición del hecho: edad de la víctima, tipología del agresor (familiar directo o persona ajena al hogar) asimetrías de poder, modalidad y frecuencia del abuso, y presencia del daño físico y/o psicológico. Debido a estas circunstancias, un profesional puede encontrarse con grandes inconvenientes para poder desarrollar una intervención que habilite la estructura funcional familiar y que estañe las lesiones físicas y psicológicas en cada uno de los afectados. (Gallardo, 1997, pág. 303)

De acuerdo a lo expuesto por el psicólogo español, el tratamiento del abuso sexual de una niña, niño o adolescente depende de una serie de factores que solo pueden ser tratados por profesionales que tengan la especialidad en la materia y no un simple título en el que no se cuente ni con la especialidad y experiencia, por mucho que pertenezca al Equipo Técnico de una Unidad Judicial o fiscalía, donde se puede apreciar, mayoritariamente psicólogos recién salidos de la universidad.

1.2.9. El testimonio receptado en la investigación previa de delito de violación de niñas, niños y adolescentes

Los penalistas peruanos David Fernando Panta Cueva Vladimir Somocurcio Quiñones, en su artículo *La declaración de la víctima en los delitos sexuales: ¿inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria?*, publicado en la revista virtual de la Universidad de Friburgo, Alemania, critican el testimonio anticipado de la víctima en la investigación previa, cuando expresan:

En el desarrollo de un proceso penal, muchas veces la única prueba de cargo resulta ser la manifestación del propio agraviado –que se convierte en único testigo-, con lo que se convierte a la valoración probatoria en una verdadera encrucijada. Delitos, sobre todo contra la libertad sexual –en la modalidad de violación de menor de edad-, son los que con más frecuencia presentan estos problemas, pues el juzgador tiene la difícil tarea de desentrañar este testimonio y determinar si constituye prueba válida, de cara a la condena de un imputado. (Panta & Somocurcio, 2008, pág. 1)

El principal problema que se puede dar en la recepción del testimonio anticipado en la investigación previa, es que, se viola el debido proceso al no contar con la presencia de quien está siendo investigado sin que tenga la oportunidad de contrainterrogar a la víctima. Más aun si dentro de la normativa y la jurisprudencia se le ha dado un valor probatorio preponderante al testimonio de la víctima. Será trabajo del fiscal y del órgano jurisdiccional en cuanto a la notificación de esta diligencia al investigado, o se deberá calificar el grado de defensa técnica que haya tenido el sospechoso dentro de esta diligencia.

1.2.10. Falencias del proceso penal del delito de violación de niñas, niños y adolescentes en el cantón Ibarra

En el Juicio de Violación N° 2015-00519 el Tribunal de Garantías Penales de Imbabura con fecha 27/01/2016, consideró que en la recepción del testimonio urgente recaído en la causa, a su juicio, se violó el debido proceso, argumentándose que se había inobservado, principios; derechos constitucionales, y normas legales, siendo los principales, el principio dispositivo, el derecho a la defensa, y lo que señala el artículo 119 del Código de Procedimiento Penal; por lo cual, se establece su ineficacia probatoria, conforme lo determinan los artículos: 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con el 83 del Código de Procedimiento Penal, y por lo que, tal prueba no se procedió a valorarla, confirmando el auto de llamamiento a juicio como presunto autor del delito tipificado en el artículo 512 numerales 1, 3 y sancionado en el artículo 513 del Código Penal; auto que una vez ejecutoriado, se ha remitido, con el acta de la audiencia preparatoria a juicio dictado por el doctor Alcívar Rodolfo Tulcanazo Saravino, Juez de la Unidad Judicial del cantón Ibarra, el lunes 31 de agosto del 2015 y con fundamento en los artículos 304 A, 309 y 312 del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y, POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, confirmó el estado de inocencia de Rovin Manuel Torres Pusda.

La sentencia del Tribunal de Garantías Penales de Imbabura fue apelada por la Abg. María Bernal Benavides, Fiscal de Imbabura, la cual, por sorteo de ley, según consta en el acta del 11 de febrero de 2016, a las 08h10, por la cual se radicó la competencia en la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, Tribunal conformado por los

jueces, Dr. Farid Manosalvas Granja, Dra. Luz Cervantes Ramírez y Dr. José Eladio Coral, (Ponente- Juez de Sustanciación).

En el considerando décimo de la sentencia de segunda instancia se expresa que enfocado el testimonio urgente de la niña D.E.G.R rendido el 4 de mayo del 2015, a las 09h10, en la Cámara de Gesell, de la Fiscalía de Imbabura, ante el Abg. Alcívar Tulcanazo, Juez de Garantías Penales, la Abg. Johana Salazar, Secretaria, la Trabajadora Social de la Fiscalía Abg. Nadia Monje, el Fiscal Dr. Andrés Ponce; Dra. Virginia Torres, Defensora Pública de víctimas; el procesado Rovin Manuel Torres PUSDÁ, acompañado de su defensor Dr. Silvio Bolaños Navarrete, la señora María Guancha Rojas, madre de la niña D.E.G.R, designada y posesionada en calidad de Curadora. En esta diligencia judicial, cumplida dentro de la etapa de instrucción fiscal la niña D.E.G.R, utilizando muñecos sexuados, conforme consta del acta que recoge el testimonio así como del audio y video de la diligencia, que han sido introducidos como prueba en la audiencia de juicio ante el Tribunal de Garantías Penales de Primera Instancia, se puede establecer de manera objetiva, cierta, evidente, que el ciudadano procesado Rovin Manuel Torres PUSDÁ, el día 9 de abril del 2013, en circunstancias en que en su domicilio en la comunidad San Antonio, de la parroquia San Francisco Sigsipamba, en el cantón Pimampiro, se encontraba en compañía de su hermana y de su padrastro, que es el ciudadano ahora procesado, fue víctima de violación, que según el testimonio de la perito Médico Legista Dra. Mercy Elena Martínez, le ocasionó un gran eritema en la parte de los labios mayores y menores, desgarró en el himen, a las seis, comparado con las manecillas del reloj, y al momento del examen se encontró tejido cicatrizal a nivel de rafe posterior de la vulva, que va al periné, un tejido cicatrizal marcado que es más grueso, de coloración blanquecino, todo cicatrizado, el desgarró es antiguo; en la región anal tiene características anatómicas normales. La Perito concluye que el desgarró del himen y en la parte posterior de la vulva es producido por el paso, penetración de un cuerpo vulnerante por esta vía. La defensa de procesado ha objetado la eficacia probatoria del testimonio urgente rendido por la niña ofendida, argumento que ha sido recogido por el Tribunal de Primera Instancia y que consta en su sentencia [...] El Art. 292 ibídem, establece que ese anticipo jurisdiccional de prueba, debe ser leído por el secretario del Tribunal de Garantías Penales y de esa manera se introduce en el juicio y constituye prueba. Así entonces, ese elemento probatorio, esto es el testimonio urgente por lo que se deja expuesto, de ningún modo, en la consideración del

Tribunal de Segunda Instancia que emite este fallo, vulnera Garantías Constitucionales ni afecta a su eficacia aprobatoria. Esta prueba y en general toda la prueba actuada por los sujetos procesales ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme ordenan los Arts. 80,83,84 y 85 del Código de Procedimiento Penal, por tanto, corresponde al Tribunal Juzgador apreciarla conforme a las reglas de la sana crítica. En efecto, con la prueba actuada en el juicio, las simples presunciones se han constituido en prueba, en una verdad procesal que permite establecer el nexo causal entre la infracción y su responsable [...] El Art. 87 del Código de Procedimiento Penal establece que “Las presunciones que el Juez de Garantías Penales o Tribunal de Garantías Penales obtenga en el proceso estarán basadas en indicios probados, graves, precisos y concordantes”. En base a esta norma legal es que este Tribunal de Segunda Instancia arriba a la conclusión de que existen ya no solo presunciones, sino la certeza que determina el nexo causal entre la infracción comprobada conforme a derecho y la participación y culpabilidad del procesado.

En consecuencia, el testimonio urgente se lo consideró plenamente válido y cumplió con el debido proceso revocando la sentencia del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra, que consideró que en la recepción de este testimonio urgente, se ha violado el debido proceso, puesto que -a su juicio- se inobservó principios, derechos constitucionales, y normas legales, como se explicó anteriormente, siendo los principales, el principio dispositivo, el derecho a la defensa, y lo que señala el artículo 119 del Código de Procedimiento Penal; por lo cual, se establece su ineficacia probatoria, conforme lo determinan los artículos: 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador, en relación con el 83 del Código de Procedimiento Penal, y por lo que, tal prueba no se procede a valorarla.

En el caso analizado queda en evidencia que los jueces del Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ibarra no han aplicado el interés superior de la niña, sacrifican la justicia por una supuesta omisión de formalidades, lo que viola el Art. 169 de la Constitución de la República, porque ni siquiera en el testimonio se contó con un profesional psicólogo, sino que, ante la Trabajadora Social de la Fiscalía Abg. Nadia Monje, carente de conocimientos profesionales en psicología infantil.

CAPÍTULO II

2. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN Y TABULACIÓN

2.1. ENTREVISTAS

Entre los días del 26 de julio al 4 de agosto de 2017, se entrevistó a cuatro jueces de la Corte Provincial de Imbabura doctores Jaime Eduardo Alvear Flores, Olavo Marcial Hernández Hidrobo, Farid Estuardo Manosalvas Granja, Lauro Javier De la Cadena Correa; a tres agentes fiscales de Imbabura, Fiscalía Especializada de Violencia de Género, abogados Jefferson Ibarra Bedón, María Bernal Benavides y Edwin Anrrango Mesa y a la Jueza del Tribunal Penal de Imbabura Dra. María Dolores Echeverría, a quienes se aplicó un cuestionario compuesto de 9 preguntas abiertas en donde ellos se expresaron basándose en la experiencia y vivencias dentro del campo profesional.

Tabla N° 1 Desarrollo entrevistas

PREGUNTA N° 1	
¿Qué concepto e interpretación tiene usted del testimonio anticipado?	
JUECES Y FISCALES	RESPUESTA
DR. JAIME EDUARDO ALVEAR FLORES, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Es una prueba que garantiza con toda la eficacia posible ser acreditada en audiencia de juicio sin presencia de la víctima.
DR. OLAVO MARCIAL HERNÁNDEZ HIDROBO, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Es un mecanismo que el ordenamiento jurídico en el Ecuador ha adoptado para poner a buen recaudo una prueba que puede ser determinante en el juicio.
DR. FARID ESTUARDO MANOSALVAS GRANJA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Llamado también anticipo jurisdiccional, no es otra cosa que una prueba anticipada que tiene por finalidad cumplir lo que dispone el artículo 78 de la Constitución de la República entre otros evitar la revicti-imización de una persona que ha sufrido una afección de su derecho y cuando esta no puede

	comparecer por cualquier circunstancia que está señalada por la Ley a la audiencia de juicio.
DR. LAURO JAVIER DE LA CADENA CORREA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Es una diligencia judicial que responde a la nueva concepción del derecho procesal penal, en aplicación de los principios de celeridad, oralidad, inmediación y dispositivo, tiene la finalidad de contribuir con la preservación de la evidencia que podría desaparecer, y de esta forma contribuir a materializar el derecho que todo ciudadano tiene a la tutela judicial efectiva y por ende al conocimiento de la verdad.
ABG. JEFFERSON IBARRA BEDÓN, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	El testimonio anticipado es una figura jurídica destinada a la protección de derechos tanto de víctimas como de testigos. El testimonio anticipado servirá principalmente para evitar la revictimización de quien ha sido sujeto de un abuso sexual. Podemos decir que el testimonio anticipado es la declaración que da la víctima gozando de plena validez probatoria.
ABG. MARÍA BERNAL BENAVIDES, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	Se debe rendirse enseguida de cometido el hecho, porque la víctima tiene todos los datos de lo sucedido, no importa la fase o etapa procesal. Lo importante es receptar el testimonio anticipado de forma inmediata, por el hecho mismo de que la víctima luego no quiere colaborar o hay reconciliación
ABG. EDWIN ANRRANGO MESA, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	El testimonio anticipado permite que la víctima, menor de edad, a la brevedad posible, se libre cuanto antes del tormentoso relato traumático sufrido y retome el curso normal de su vida, con la asesoría de profesionales en psicología, teniendo en consideración que el transcurso del tiempo es

	<p>irrefrenable y de postergarse el testimonio se dificulta la fidelidad de los hechos dada la fragilidad de la memoria.</p>
<p>DRA. MARÍA DOLORES ECHEVERRÍA, JUEZA DEL TRIBUNAL PENAL DE IMBABURA</p>	<p>La institución del testimonio anticipado es una garantía dentro de un proceso sobre la base que se cumpla con todos los requisitos que se requieren para que se conviertan en una prueba porque de hecho ese testimonio anticipado en la etapa de juicio se va convertir en prueba y principalmente debe cumplirse con principios garantistas que como cualquier prueba en etapa de juicio tiene que establecerse principalmente la de inmediación, contradicción, presencia de los sujetos procesales que es importantísimo y éste nos permite que principalmente en este tipo de delitos no se nos evada un testimonio que pueda ser fundamental, determinante en relación no solamente al tiempo sino en la relación que se da con la persona procesada que puede ser a la víctima y el procesado que teniendo un vínculo estrecho puede darse una serie de negociaciones, presiones que a la postre puede afectar a una verdad que se quiere alcanzar.</p>
<p>Fuente: 4 jueces de la Corte Provincial de Justicia, 3 agentes fiscales de Imbabura, Fiscalía Especializada de Violencia de Género y 1 Jueza del Tribunal de Garantías Penales de Ibarra</p>	
<p>Autora: María Belén Jaramillo Proaño</p>	
<p>Análisis:</p> <p>Los entrevistados expresaron que esta diligencia es esencial en la causa porque las víctimas, por tratarse de niñas, niños y adolescentes deben declarar lo antes posible, porque su testimonio es esencial para la reconstitución de los hechos que ocurren generalmente en la clandestinidad y a veces dentro del mismo grupo familiar. Este testimonio permitirá a las víctimas dar su testimonio a la brevedad posible y en lo posible dentro de una sola diligencia, a fin de evitar la revictimización y en el caso de las niñas, niños y adolescentes se requiere que las preguntas las formulen profesionales especialistas para este tipo de personas.</p>	

Tabla N° 2

PREGUNTA N° 2

¿En qué momento procesal considera usted que es legítimo se recepte el testimonio anticipado?

JUECES Y FISCALES	RESPUESTA
DR. JAIME EDUARDO ALVEAR FLORES, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Antes de la audiencia de juicio o cuando se introduce a la audiencia de juicio goza de la misma eficacia.
DR. OLAVO MARCIAL HERNÁNDEZ HIDROBO, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Se lo hace dentro de la instrucción fiscal.
DR. FARID ESTUARDO MANOSALVAS GRANJA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Dada la naturaleza del testimonio anticipado y su importancia jurídica como una prueba de categoría singular en cualquiera de los procesos en lo particular, considero que el testimonio anticipado puede solicitarse tanto en la fase de investigación previa como también en la etapa de Instrucción fiscal.
DR. LAURO JAVIER DE LA CADENA CORREA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Respecto de este tema en el mundo del derecho se ha creado una polémica considerando para ello una corriente que el momento procesal oportuno es a partir de la etapa de instrucción, sin embargo, personalmente considero que esta diligencia se la puede cumplir aún en la etapa investigativa, siempre y cuando en primer lugar se tenga la información que se necesita para establecer la responsabilidad de la persona investigada, en segundo lugar a esta persona investigada se le otorguen todas las garantías

	del debido proceso, en especial el derecho a la defensa.
ABG. JEFFERSON IBARRA BEDÓN, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	Basándonos en el tema de tesis, el testimonio anticipado al ser un medio por el cual se evita la revictimización, debe ser solicitado tanto en investigación previa como en instrucción fiscal. No todos los delitos son flagrantes sino también se los tramita en fase pre procesal y a fin de garantizar los derechos de la víctima, éste debe ser practicado en ese momento.
ABG. MARÍA BERNAL BENAVIDES, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	Se debe rendir enseguida de cometido el hecho, porque la víctima tiene todos los datos de lo sucedido, no importa la fase o etapa procesal. Lo importante es receptor el testimonio anticipado de forma inmediata, por el hecho mismo de que la víctima luego no quiere colaborar o hay reconciliación.
ABG. EDWIN ANRRANGO MESA, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	Me remito a lo expuesto en la respuesta anterior, porque es imperioso que la víctima, menor de edad, lo más pronto posible, rinda su versión asesorada por los psicólogos del Equipo Técnico de las Unidades Penales que conozcan el caso, destacando que en esta clase de delitos el testimonio fundamental de la prueba es el de la víctima, generalmente la única que puede relatar la versión, porque estos hechos, generalmente, ocurren en la clandestinidad.
DRA. MARÍA DOLORES ECHEVERRÍA, JUEZA DEL TRIBUNAL PENAL DE IMBABURA	En cualquier momento antes de la etapa de juicio, pero cumpliendo con los requisitos establecidos. Es importante que aparte de la presencia de los abogados defensores se cuente

también con la presencia del procesado y podamos determinar cuáles son las inquietudes y a su vez él puede ser la única persona que podría asesorar al abogado defensor dentro de lo que se requiere que se examine, en este caso a la persona que está dando su testimonio. En el caso de no contar en la instrucción previa o indagación previa con el procesado porque puede estar dado a la fuga o no se le encuentra, eso debe constar en el acta de tal forma que se le notifique a través del abogado defensor, pero no se supla la presencia porque pueden las cosas variar con la presencia del procesado y de hecho si el no asiste ya no es una cosa que va dentro del requirente, sino que es un derecho que él no lo ha hecho efectivo.

Fuente: 4 jueces de la Corte Provincial de Justicia, 3 agentes fiscales de Imbabura, Fiscalía Especializada de Violencia de Género y 1 Jueza del Tribunal de Garantías Penales de Ibarra

Autora: María Belén Jaramillo Proaño

Análisis:

Los entrevistados en forma casi unánime señalaron que debe rendirse este testimonio anticipado a partir de la etapa de instrucción, sin embargo, también en la etapa investigativa, cuando se tenga la información que se necesita para establecer la responsabilidad de la persona investigada a quien debe otorgársele todas las garantías del debido proceso, en especial el derecho a la defensa, pero en el caso de delito de violación contra niñas, niños y adolescentes es importante receptar el testimonio anticipado de forma inmediata, por el hecho mismo de que la víctima después de un tiempo no quiere colaborar o hay reconciliación.

Tabla N° 3

PREGUNTA N° 3

¿Qué valor probatorio tiene el testimonio anticipado?

JUECES Y FISCALES	RESPUESTA
DR. JAIME EDUARDO ALVEAR FLORES, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	La prueba se valora en conjunto de acuerdo a la sana crítica y con los principios de especificidad, congruencia, legalidad la característica científica que reúne la prueba. En delitos sexuales nos apartamos de la sana crítica por cuanto este delito no se comete de forma pública se convierte en prueba trascendental y eficaz.
DR. OLAVO MARCIAL HERNÁNDEZ HIDROBO, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	La misma que cualquier otra prueba por cuanto tiene que reunir requisitos, es decir, tiene que estar presente la parte acusada o procesada como también la víctima, cumpliendo siempre con el principio de contradicción.
DR. FARID ESTUARDO MANOSALVAS GRANJA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Tiene pleno valor probatorio como cualquiera otra de las pruebas que pudieran actuarse o que llegaron actuarse en la audiencia de juzgamiento, pues su propia naturaleza de que ese testimonio anticipado cumplido en un momento procesal anterior a la audiencia tiene pleno valor jurídico de tal manera que ninguna prueba será superior o inferior al testimonio anticipado.
DR. LAURO JAVIER DE LA CADENA CORREA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL	Este valor depende del tipo penal que se está investigando, porque en delitos sexuales donde el testimonio de la víctima es de vital impor-

DE IMBABURA	tancia el valor probatorio de este es trascendental, también depende de la información aportada, en definitiva, el valor probatorio se lo analizará en conjunto con el resto de la prueba evacuada, a fin de llegar a una valoración integral.
ABG. JEFFERSON IBARRA BEDÓN, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	En delitos sexuales tiene un valor preponderante dado que es la manifestación realizada por la víctima acerca de cómo sucedieron los hechos, ésta debe guardar relación con el resto de elementos de convicción recabados. En lo procesal, debe guardar las garantías del debido proceso, cumpliendo con las mismas reglas que se tiene dentro de los testimonios rendidos en tribunal.
ABG. MARÍA BERNAL BENAVIDES, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	Tiene un alto valor probatorio en delitos sexuales, ya que son delitos que se los comete de forma clandestina, y la única forma de saber que le paso es escuchando a la víctima, por eso es muy importante el testimonio de la víctima.
ABG. EDWIN ANRRANGO MESA, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	Tiene un valor trascendental, más aún si se considera que solo la víctima es la que puede relatar los hechos vividos, pudiendo concurrir otros testimonios de oídas por parte de las personas que prestaron los primeros auxilios a la víctima.
DRA. MARÍA DOLORES ECHEVERRÍA, JUEZA DEL TRIBUNAL PENAL DE	Ninguna de las pruebas tiene valor probatorio solas, sino que las pruebas tienen que para que

IMBABURA

nosotros los jueces tener un contexto de todo lo que se va a desarrollar en la audiencia y de todas las cosas que se vayan a probar de tal forma que nosotros saquemos una conclusión en contexto y no única y exclusivamente con el testimonio de la víctima ya que si no es corroborado por los exámenes médicos u otro tipo de diligencias van a carecer de valores, es decir una con otra se van conectando.

Fuente: 4 jueces de la Corte Provincial de Justicia, 3 agentes fiscales de Imbabura, Fiscalía Especializada de Violencia de Género y 1 Jueza del Tribunal de Garantías Penales de Ibarra

Autora: María Belén Jaramillo Proaño

Análisis:

Respecto del valor de la prueba anticipada, los entrevistados indicaron que esta prueba tiene pleno valor probatorio, como cualquiera otra de las pruebas que pudieran actuarse o que llegaron actuarse en la audiencia de juzgamiento, porque en las dos se cumple con los principios del debido proceso, pero con las seguridades que la niña, el niño o el adolescente no se enfrente e incluso no tenga la oportunidad de ver al supuesto agresor, lo que debe hacerse en forma concentrada para evitar su revictimización y garantizando al denunciado el principio del contradictorio de acuerdo a los procedimientos establecidos para proteger el interés superior de la niña, el niño y el/la adolescente.

Tabla N° 4

PREGUNTA N° 4

¿Se viola el principio del Debido Proceso por receptor el testimonio anticipado en fase de investigación previa?

JUECES Y FISCALES	RESPUESTA
DR. JAIME EDUARDO ALVEAR FLORES, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	No, por la naturaleza en este caso de delito sexual si se puede receptor en investigación previa siempre y cuando se cuente con el test de contradicción y el fiscal actúe con buena fe procesal y no tergiverse los hechos
DR. OLAVO MARCIAL HERNÁNDEZ HIDROBO, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	No, siempre y cuando estén los dos sujetos procesales involucrados observando los principios de inmediación y contradicción. Pero en el caso de las niñas, niños y adolescente tener en cuenta la etapa de desarrollo en que se encuen-tren para que presten su testimonio sin causarles daño.
DR. FARID ESTUARDO MANOSALVAS GRANJA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	No, porque la etapa procesal o el momento que se puede actuar el testimonio anticipado es en la investigación previa o la instrucción de tal manera que el testimonio anticipado tiene por finalidad precautelar una actuación probatoria que por la naturaleza y circunstancias en las cuales se cumplió, no va a poderse contar con un importante testimonio que pueda garantizar que un hecho no quede en la impunidad, en lo particular reitero que en las circunstancias en que se tome el testimonio anticipado no viola de ninguna manera el debido proceso, por

	<p>cuanto el juez que asista y dirija ese testimonio anticipado debe observar que dicho testimonio se cumpla bajo los parámetros que exige la constitución y como la inmediación y contradicción y ahí se respeta el debido proceso.</p>
<p>DR. LAURO JAVIER DE LA CADENA CORREA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA</p>	<p>La norma procesal penal establece que el fiscal al momento de receptar versiones considera oportuno requerir del testimonio anticipado. Esta disposición legal goza del principio indubio pro legislatore que implica que se presume se ajusta a los preceptos constitucionales, personalmente considero que si en la etapa de investigación previa se garantiza al investigado los elementos del debido proceso en este caso el derecho a la defensa, presunción de inocencia, contradicción no se violenta el debido proceso.</p>
<p>ABG. JEFFERSON IBARRA BEDÓN, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO</p>	<p>Mientras se cumplan con principio de contradicción, inmediación además de una adecuada defensa técnica para la víctima y la persona investigada, no se violentaría el debido proceso.</p>
<p>ABG. MARÍA BERNAL BENAVIDES, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO</p>	<p>No se lo viola, más aún si se está protegiendo a la víctima y lo que se quiere es saber la verdad de los hechos y proteger a la víctima.</p>
<p>ABG. EDWIN ANRRANGO MESA, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO</p>	<p>No, primero el testimonio, en el caso de la niña, el niño y la o el adolescente, se debe velar por su interés superior y en virtud de obtener su</p>

	<p>testimonio anticipado, la o el fiscal, conjuntamente con la o el juzgador, garantizando el principio contradictorio, se llega a la verdad procesal, siendo fundamental e imprescindible el testimonio de la víctima de forma anticipada.</p>
<p>DRA. MARÍA DOLORES ECHEVERRÍA, JUEZA DEL TRIBUNAL PENAL DE IMBABURA</p>	<p>No se viola si se encuentra sobre la base que explique, es decir, que se cuente con los sujetos procesales garantizándoles el hecho de la contradicción, intermediación, sino está presente el procesado tendrá que efectivamente hacerle la constancia y haber establecido todas las circunstancias posibles de haberle hecho conocer de esta diligencia.</p>
<p>Fuente: 4 jueces de la Corte Provincial de Justicia, 3 agentes fiscales de Imbabura, Fiscalía Especializada de Violencia de Género y 1 Jueza del Tribunal de Garantías Penales de Ibarra</p> <p>Autora: María Belén Jaramillo Proaño</p> <p>Análisis:</p> <p>En forma unánime los entrevistados señalaron que si se cumple con los procedimientos legales no importa llevar a cabo el testimonio anticipado cuya finalidad es precautelar una actuación probatoria en las que los fiscales y los juzgadores velarán por el cumplimiento del principio del debido proceso, que garantice el contradictorio y el interés superior de los menores.</p>	

Tabla N° 5

PREGUNTA N° 5

¿El testimonio anticipado es un medio eficaz para evitar la revictimización?

JUECES Y FISCALES	RESPUESTA
DR. JAIME EDUARDO ALVEAR FLORES, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Sí, se cumple con los tratados y convenios internacionales sobre tutela y protección de las víctimas, es un mecanismo eficaz por ser constitucional y se adecua a las normas internacionales de derechos humanos.
DR. OLAVO MARCIAL HERNÁNDEZ HIDROBO, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Sí, de ahí es su creación para evitar la revictimización, pero en el caso de las niñas niños y adolescentes es necesario que el inciso 2° del Art. 44 de la Constitución de la República establece el derecho de aquellos a su desarrollo integral, lo que está en concordancia con las teorías de la psicología del desarrollo que comenzaron a desarrollarse en el siglo XIX donde claramente se deja en evidencia que los menores de edad pasan por etapas intelectuales que requieren de tratamiento psicológico especial.
DR. FARID ESTUARDO MANOSALVAS GRANJA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Considero que sí, sobretodo tratándose de delitos sexuales cuya naturaleza no deja evidencias y pruebas suficientes porque a veces los jueces en sus decisiones cuando no existe una prueba directa o plena, tienen que llegar a la certeza de los hechos que acontecieron y que motivan la causa a través de la llamada prueba

	<p>indiciaria que es el conjunto de indicios que llevan al juzgador a una determina conclusión.</p>
<p>DR. LAURO JAVIER DE LA CADENA CORREA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA</p>	<p>La revictimización se da cuando una persona es afectada psicológicamente por las autoridades que están investigando el cometimiento de un ilícito, en este caso la víctima tiene derecho a participar o retirarse de un proceso cuando así lo crea oportuno. Al permitir que la víctima entregue su información de forma celer y que en lo posterior no vuelva hacer interrogada sobre estos hechos que le causaron daño psicológico, se está procurando la revictimización por lo cual se respeta el derecho a la dignidad e integridad personal.</p>
<p>ABG. JEFFERSON IBARRA BEDÓN, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO</p>	<p>Siempre que se esta se practique dentro de una cámara de Gesell que permite aislarle a la víctima para que pueda rendir su testimonio con el apoyo de un psicólogo, así como quien esté como juez de garantías haga respetar los derechos de la víctima, también de los sujetos procesales, se garantizará la no revictimización.</p>
<p>ABG. MARÍA BERNAL BENAVIDES, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO</p>	<p>En la Constitución nos hace este mandato, trata de precautelar a las víctimas para no confrontarles nuevamente con lo sucedido. Se vuelve un medio adecuado para evitar la revictimización.</p>
<p>ABG. EDWIN ANRRANGO MESA, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE</p>	<p>Obviamente, porque el numeral 2 del Art. 12 de la Convención Internacional de Derechos</p>

<p>VIOLENCIA DE GÉNERO</p>	<p>del Niño, otorga al niño, la niña y el o la adoles-cente, la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, prevaleciendo su interés superior por sobre todos los de los demás, de acuerdo a lo que se dispone en la propia convención y en el Art. 44 de la Constitución de la República.</p>
<p>DRA. MARÍA DOLORES ECHEVERRÍA, JUEZA DEL TRIBUNAL PENAL DE IMBABURA</p>	<p>Sí, pero tiene que hacerse adecuadamente, con el personal técnico de apoyo idóneo, de tal forma que cada uno de ellos vayan cumpliendo roles, ya que el personal técnico debe ser aquel que asista sobretodo en la parte psicológica pero que no haga a su vez el hecho de ser el exa-minador porque si bien es cierto deben persuadir un interrogatorio, pero se incorpora preguntas que son objetables no solo por ser sugestivas sino también son incriminatorias.</p>
<p>Fuente: 4 jueces de la Corte Provincial de Justicia, 3 agentes fiscales de Imbabura, Fiscalía Especializada de Violencia de Género y 1 Jueza del Tribunal de Garantías Penales de Ibarra</p> <p>Autora: María Belén Jaramillo Proaño</p> <p>Análisis:</p> <p>Los entrevistados manifestaron que la creación de esta diligencia tiene por objeto receptor inmediatamente ocurridos los hechos, la versión de la víctima, la que debe necesariamente efectuarse en la Cámara de Gesell, con el apoyo de los profesionales de psicología o psiquiatría que interroguen a la niña, niño o adolescente en forma adecuada, para evitar su revictimización y garantizando el principio del contradictorio de que goza el procesado.</p>	

Tabla N° 6

PREGUNTA N° 6

Si la no revictimización es un derecho, ¿quiénes son los destinatarios de este derecho?

JUECES Y FISCALES	RESPUESTA
DR. JAIME EDUARDO ALVEAR FLORES, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Las víctimas como sujetos receptores del agravio, pero como obligación para ejercer este derecho el destinatario es la fiscalía quien solicita la recepción del testimonio para tutela y protección de las víctimas.
DR. OLAVO MARCIAL HERNÁNDEZ HIDROBO, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Generalmente la víctima.
DR. FARID ESTUARDO MANOSALVAS GRANJA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Los destinatarios serán las víctimas del ilícito o de aquella violación a los derechos que fueron violados, en este sentido lo que se debe hacer por parte del juzgador es además de tutelar los derechos de la víctima, conforme la Constitución se debe garantizar la efectividad de la adecuada reparación integral la cual esta tutelada en el artículo 78 de la Constitución de la República y artículos 77 y 78 Del Código Orgánico Integral Penal.
DR. LAURO JAVIER DE LA CADENA CORREA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Los destinatarios del derecho de no revictimización principalmente son las víctimas, dentro de ellas las víctimas directas e indirectas. Se ha dado especial énfasis a la protección de personas que se encuentran contempladas dentro de los sectores protegidos

	o vulnerables como mujeres embarazadas, adultos mayores, niñas, niños y adolescentes, personas con enfermedades catastróficas, en definitiva, en personas que se encuentren en situación de riesgos, vícti-más de violencia doméstica, sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicas.
ABG. JEFFERSON IBARRA BEDÓN, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	Las víctimas directas entendiéndose aquellas como las personas a las cuales se les ha violentado un derecho en el caso puntual a las personas que han sido sujetas de violación, además puede hacerse extensivo a víctimas directas y testigos.
ABG. MARÍA BERNAL BENAVIDES, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	Las víctimas.
ABG. EDWIN ANRRANGO MESA, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO	Las víctimas, porque debe tenerse en consideración que, generalmente, el lugar donde es cometido el delito tiene relación con un ambiente, como lo es el familiar donde la niña, el niño o el/la adolescente deben tener protección y cariño, a lo que se añade que los abusos pueden ser prolongados en el tiempo y ocurrir en los primeros años alterando el desarrollo sexual de la niña o el niño que no pueden defenderse, por su corta edad, de las agresiones, lo que les causa trastornos psicológicos, porque además si es en el entorno familiar, existen miembros de la familia que por temor al agresor no denuncian estos hechos.
DRA. MARÍA DOLORES	El Estado debe garantizar ese derecho a través

ECHEVERRIA,
JUEZA DEL TRIBUNAL PENAL DE
IMBABURA

de sus instituciones y efectivamente nosotros los jueces debemos precautelar buscando los mecanismos de cómo simplificar este tipo de cosas, porque si bien es cierto la intensión jurídica es interesante pero de ahí al hecho los que vivimos este lado de la administración de justicia en el área penal, vemos que de alguna manera se corta un poco pero no lo suficientes porque la asistencia de víctimas y testigos solamente se limita a determinadas funciones y no en una preparación adecuada a la víctima sobre la base de entender que no todo es punibilidad en el sistema, sino también de que debemos reflejar el hecho de que se está implicando un tema familiar que deben ser revisados y tomados en cuenta por el legislador para no ocasionar problemas posteriores que se traducen en penas naturales que son difícilmente superables.

Fuente: 4 jueces de la Corte Provincial de Justicia, 3 agentes fiscales de Imbabura, Fiscalía Especializada de Violencia de Género y 1 Jueza del Tribunal de Garantías Penales de Ibarra

Autora: María Belén Jaramillo Proaño

Análisis:

Existió unanimidad que los destinatarios de la no revictimización deben ser las víctimas y dentro de ellas las víctimas directas e indirectas, especialmente las personas pertenecientes a grupos vulnerables como mujeres embarazadas, adultos mayores, niñas, niños y adolescentes, personas con enfermedades catastróficas, en definitiva, en personas que se encuentran en condición de doble vulnerabilidad con una eventual revictimización.

Tabla N° 7

PREGUNTA N° 7

¿Qué características y requisitos debe tener el testimonio anticipado para que tenga valor y eficacia probatoria?

JUECES Y FISCALES	RESPUESTA
DR. JAIME EDUARDO ALVEAR FLORES, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Ser sometido al test de contradicción por cuanto pasa el filtro constitucional de prohibición o ineficacia de las pruebas.
DR. OLAVO MARCIAL HERNÁNDEZ HIDROBO, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Tiene que estar asistido por su abogado o depen-diendo de la edad por su curador y por el aboga-do de la contraparte para efectos del contrainterrogatorio.
DR. FARID ESTUARDO MANOSALVAS GRANJA, JUEZ DE LA CORTE PROVINCIAL DE IMBABURA	Las características que debe reunir el testimonio en realidad es un acto urgente que por su natura-leza se cumple antes de la fase correspondiente en la cual debe presentarse la prueba, por eso este testimonio llamado anticipado o anteriormente anticipo jurisdiccional no es otra cosa que una prueba anticipada, pero bajo qué condiciones tiene este valor como ya lo dijimos deberá respetarse la inmediación, contradicción y concentración y esto implica que las partes contra quien se quiere hacer valer este testimonio debe conocer de su realización y garantizar por parte del juez una notificación oportuna garantizando que le procesado o en su defecto el afectado se encuentre con su abogado que de ser necesario se cumpla con lo que estamos diciendo el ejercicio del derecho a la contradicción. Hay que tener en cuenta que en la práctica hemos

	<p>advertido que algunos jueces han olvidado recibir o resumir o reducir el testimonio anticipado a escrito cuando nuestro Código Orgánico Integral Penal dice que el testimonio anticipado debe ser por escrito.</p>
<p>DR. LAURO JAVIER DE LA CADENA CORREA, JUEZ DE LA CORTE PRO-VINCIAL DE IMBABURA</p>	<p>Las características que debe tener es la formalidad que implica una diligencia de este tipo como el respeto a los principios de inmediación, dispositivo, contradicción, publicidad o reserva según el caso. En cuanto al aspecto formal la víctima puede solicitar al juzgador que se le permita rendir su testimonio evitando la confrontación visual con la persona procesada, por su parte el juzgado deberá cerciorarse de la identidad de la persona que va a rendirlo. En el caso de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, víctimas de violencia contra la identidad sexual, el juzgador dispondrá el apoyo del personal capacitado para evitar su revictimización o cualquier tipo de hostigamiento o discriminación. Por otro lado, la persona contra quien se esté investigando deberá estar representada por un abogado a quien se le permitirá ejercer la contradicción respectiva.</p>
<p>ABG. JEFFERSON IBARRA BEDÓN, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO</p>	<p>Debe estar sujeto al debido proceso que implica una defensa técnica idónea, el poder contradecir y participar de la diligencia, este derecho es para todos los sujetos procesales, este testimonio es guiado por un psicólogo quien es un interlocutor de los sujetos procesales de lo que quieren preguntar.</p>

<p>ABG. MARÍA BERNAL BENAVIDES, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO</p>	<p>Deben respetarse los mismos principios de la etapa de juicio, principalmente el de inmediación y contradicción. La defensa del procesado está presente en el interrogatorio teniendo la oportunidad de hacer el contra-examen.</p>
<p>ABG. EDWIN ANRRANGO MESA, AGENTE FISCAL DE IMBABURA, FISCALÍA ESPECIALIZADA DE VIOLENCIA DE GÉNERO</p>	<p>Asegurar la protección integral de la niña, el niño y el/la adolescente, porque dentro de un contexto de violencia sexual no es tarea simple, porque requiere que los jueces, fiscales y el equipo técnico de psicólogos de la Unidad Multicompetente Penal deben orientar sus acciones sin alejarse del principio universal de interés superior de aquellos. En el caso de violencia sexual contra las niñas, niños o adolescentes, ésta ocurre de manera clandestina, razón por la cual si la toma de declaraciones es reiterada, prolongada y errónea, además de la revictimización, causa a la víctima (niña, niño o adolescente) un daño mayor que el propio abuso, lo que requiere la máxima acuciosidad profesional.</p>
<p>DRA. MARÍA DOLORES ECHEVERRÍA, JUEZA DEL TRIBUNAL PENAL DE IMBABURA</p>	<p>Cumplirlo como lo exige los requisitos para tomar un testimonio en juicio para que se convierta en una prueba testimonial adecuada, es decir, con la inmediación, contradicción, la presencia de los sujetos procesales, los abogados defensores y en el acta tiene que constar esas comparencias y no solamente constar sino que dentro de la cámara de Gesell tiene que ser visible ese tipo de comparencias, porque la inmediación la efectivizamos cuando vemos la reproducción en el</p>

	video de ese testimonio y la actuación de las partes.
<p>Fuente: 4 jueces de la Corte Provincial de Justicia, 3 agentes fiscales de Imbabura, Fiscalía Especializada de Violencia de Género y 1 Jueza del Tribunal de Garantías Penales de Ibarra</p> <p>Autora: María Belén Jaramillo Proaño</p> <p>Análisis:</p> <p>Los entrevistados expresaron que las características que debe tener esta diligencia es la que reviste todo testimonio para que valga como prueba, debiendo respetarse los principios de inmediación, dispositivo, contradicción, publicidad o reserva según el caso y el interés superior de la niña, el niño y él/la adolescente.</p>	

2.1.1. Resultados esperados

En la presente investigación ha quedado claro por parte de los entrevistados, la doctrina, la jurisprudencia y legislación nacional como extranjera, la importancia que tiene el testimonio anticipado, destacando que en esta clase de prueba el único testigo de los hechos es la víctima del delito, porque estos ilícitos ocurren generalmente en la clandestinidad.

CAPÍTULO III

3. ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN OBTENIDA Y PROPUESTA

Una vez recopilada la información en la que se sustenta el presente trabajo investigativo se vuelve necesario realizar un análisis crítico a los diferentes problemas que han sido desarrollados. Se tiene como principal aspecto la recepción del testimonio anticipado en investigación previa a niñas, niños y adolescentes que han sido sujetos del delito de violación.

Así se tiene como premisa principal varios derechos que se ven involucrados dentro de la diligencia del testimonio como lo es el derecho a la no revictimización y el respeto al debido proceso, este último que está ligado al principio de inmediación, contradicción y defensa técnica adecuada; a fin de garantizar los derechos de la víctima e investigados.

El Sistema Procesal Penal ecuatoriano, tiene tres etapas de procedimiento ordinario que son: la instrucción fiscal, la evaluatoria y preparatoria de juicio y el juicio, etapas que se encuentran bajo el control procesal y de garantías de quien ostenta el poder jurisdiccional que en este caso sería la jueza o juez hasta llegar a los distintos tribunales.

Por otro lado, tenemos a la fase de investigación previa cuya finalidad es recabar elementos de convicción de cargo o descargo conforme al principio de objetividad; esta fase está a cargo del fiscal, quien se vuelve en garante del proceso y de los sujetos procesales. Distinción que se la realiza tomando en cuenta que la fase de investigación es administrativa y las etapas del procedimiento ordinario son propias de un sistema acusatorio adversarial donde está estructurado todo un sistema de derechos y procedimientos.

Los resultados de la investigación permiten dar cuenta que el testimonio anticipado es un medio probatorio establecido en nuestro Código Orgánico Integral Penal y como tal goza de plena validez probatoria. Sin embargo, al ser practicado en fase de investigación previa la problemática se vuelve digna de un análisis.

El testimonio anticipado es una herramienta jurídica diseñada para que las personas que por cualquier eventualidad como una enfermedad, salida del país, estar inmerso en el programa de víctimas y testigos, etc., o en el caso eventual pertenecer a uno de los grupos vulnerables

reconocidos en la Constitución, así como las normas supraconstitucionales como los son las niñas, niños y adolescentes puedan adelantar su declaración y contar su verdad para que sean apartados de la fase de investigación o etapa procesal, principalmente garantizándoles su derecho de acceso gratuito a la justicia, así como también el de ser escuchados y poder llegar a una verdadera justicia.

El testimonio anticipado receptado a los niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de un delito de violación se vuelve importante en el sentido que se ha querido precautelar su derecho a la no revictimización para que de forma inmediata y a fin de proseguir la investigación sin la presencia de la víctima sea escuchado. Esta verdad contada que va a ser judicializada como medio probatorio garantizará tener dentro del proceso una verdad más allá de lo formal, llegando hasta lo material.

La otra cara de la moneda se encuentra en quién es investigado, a quien la Constitución y las normas supraconstitucionales le han reconocido derechos principalmente relacionados con el debido proceso. Es importante analizar que el investigado tiene el derecho a que se le otorgue un abogado, quien ejercerá la defensa técnica, en amparo de los derechos de éste, interviniendo en la fase investigativa haciendo uso del principio de inmediación que le garantiza participar de cada una de las diligencias y audiencias que se van a evacuar; así como también ejercer su derecho de contradicción dentro de esta fase, permitiéndole controvertir cada uno de los elementos de convicción que han sido recabados, así como también participar en el testimonio anticipado para contrainterrogar.

Tanto los derechos de la víctima como del investigado permiten que el sistema judicial sea más justo, debe existir un equilibrio por medio del cual se garantice la participación igualitaria de los sujetos procesales; el derecho a la no revictimización es muy importante, así también lo es el debido proceso, para que el testimonio anticipado goce de plena validez probatoria debe conjugar los derechos de uno y de otro más aún si nos encontramos dentro de una fase de investigación donde inclusive por la reserva legal que existe se vuelve restringida el acceso a la información proporcionada dentro de la investigación fiscal.

A modo de crítica se pudo verificar que quien realiza las funciones de interlocutor en el testimonio anticipado como lo es el psicólogo, no siempre está preparado para afrontar un

posible desequilibrio de quien está declarando, más aún si la víctima es una niña, niño o adolescente, se vuelve importante que previo a esta diligencia, el psicólogo tome contacto con la víctima para familiarizarse con la misma; la Resolución 117-2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura respecto del uso de la Cámara de Gesell no da mayores atribuciones al psicólogo, quien es una parte fundamental de enlace entre el juez, fiscalía y demás sujetos procesales.

Así, mientras las víctimas sean respetadas y se evite la revictimización no importará si es en fase investigativa o en una etapa procesal donde se rinda el testimonio anticipado para que salga a relucir la verdad procesal y de igual forma mientras se respete el debido proceso, no importará la fase o etapa, sino que el testimonio rendido gozará de plena validez y podrá ser reproducido dentro del audiencia de juicio como prueba válida y eficaz

En la parte normativa del Código Orgánico Integral Penal, en el Art. 502 numeral 5, hace viable que las niñas, niños y adolescentes puedan declarar y así receptar su testimonio, el mismo que es sin juramento, acompañado de su representante o un curador. Es materia de estudio el testimonio anticipado el cual debe ajustarse a las reglas de la etapa de juicio, es decir bajo los principios de inmediación, contradicción y oralidad añadiéndole un actuar imprescindible como lo es la o el psicólogo que a decir de los citados anteriormente su misión principal es integrar a la víctima al proceso penal a fin de que sea contada su verdad y un delito no quede en la impunidad.

Además del análisis del testimonio anticipado de las niñas, niños y adolescentes, pudo determinarse, que forman parte integrante de esta investigación, que este grupo de atención privilegiada ostenta un nivel cognitivo, intelectual, psicológico y social distinto de los adultos, porque se trata de una persona que está en su desarrollo integral, dada la madurez psicológica que tienen e inclusive la Constitución ha previsto en el inciso 2° del Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador un proceso diferenciado de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, respecto de las personas adultas, debiendo ser escuchado, por personal especializado.

Una de las falencias que se pudo observar en la sentencia analizada fue que el testimonio urgente de la niña D.E.G.R rendido el 04/04/2015, a las 09h10, en la Cámara de Gesell, de la

Fiscalía de Imbabura, ante el Abg. Alcívar Tulcanazo, Juez de Garantías Penales, la Abg. Johana Salazar, Secretaria, la Trabajadora Social de la Fiscalía Abg. Nadia Monje, el Dr. Andrés Ponce, Fiscal; Dra. Virginia Torres, Defensora Pública de víctimas; el procesado Rovin Manuel Torres Pusdá, acompañado de su defensor Dr. Silvio Bolaños Navarrete, la señora María Guancha Rojas, madre de la niña D.E.G.R, designada y posesionada en calidad de Curadora, dejando en evidencia que ni el Juez, ni el Fiscal, ni la Defensora Pública de víctimas ni el abogado defensor exigieron la presencia de un psicólogo o un psiquiatra para evitar la revictimización de la menor y ello en virtud que las normas existentes sobre este testimonio son imprecisas, ya que en el numeral 5 del Art. 501 y el Art. 504 del COIP no hacen mención a la intervención de este profesional.

De la simple observación de la norma nacional si se la compara con otras a nivel mundial puede deducirse en virtud de la gravedad del delito impera el interés superior del niño, la niña y el adolescente, lo que ha generado disposiciones en que expresamente se obliga a que todo testimonio de un menor víctima de violación sea solamente entrevistado «por un psicólogo especialista en niños y/o adolescentes designados por el tribunal que ordene la medida, no pudiendo en ningún caso ser interrogados en forma directa por dicho tribunal o las partes».

Resulta grave, en el caso de la sentencia analizada, que el Fiscal de la causa no cumplió con su deber primordial de garantizar, sin discriminación alguna, como funcionario del Estado, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, donde prevalece el interés superior del niño, permitiendo que en vez de un profesional psicólogo interviniera una asistente social, lo que implicó la revocación de la sentencia.

3.1. PROPUESTA

Se ha desarrollado varios conceptos, encontrando que el problema a resolver se desenvuelve en dos aristas, la primera respecto del derecho a la no revictimización y el segundo sobre el debido proceso que encierra el derecho a la defensa técnica o la contradicción e intermediación, derechos que se encuentran en colisión al momento de valorar la prueba.

Por lo que creo que se debe establecer parámetros de valoración de la prueba, partiendo de que la prueba debe ser entendida como “aquella actividad por la que las partes intentan convencer al Tribunal de la certeza positiva o negativa de las afirmaciones contenidas en sus respectivos escrito de alegaciones” (Vaca Andrade, 2015, pág. 284).

Para crear un esquema de valoración de la prueba debemos partir del acto, que no es otra cosa que los hechos, que al ser subsumidos en la ley encontramos al tipo penal.

Así podemos crear un instructivo de buenas prácticas para funcionarios de la fiscalía y judiciales, que tienen conocimiento del cometimiento de un delito de violación en niñas, niños y adolescente.

Partiendo de que todas las personas que conozcamos de la comisión de un delito, debemos poner en conocimiento de la policía o fiscalía para que se realice la investigación, ¿será éste el primer paso el juez que avoca conocimiento de la solicitud de testimonio anticipado?

Verificar la presencia de los sujetos procesales a la diligencia, luego de lo cual receptorá el testimonio de la víctima el mismo que será guiado por un psicólogo que permita proteger, así como guiar al juez para que el testimonio no sea revictimizante, entendiéndose que el psicólogo ya no puede ser tomado como un interlocutor, sino que deberá tener mayor libertad por el conocimiento que tiene en el ámbito psicológico; sin que este cuente el derecho a interrogar y contrainterrogar. Además se deberá disponer por todos los medios hasta la utilización de la fuerza pública para la comparecencia del investigado a esta diligencia, proporcionarle un defensor público de no tener un particular para que se garantice una defensa técnica y se cumpla con el debido proceso.

Importante que el investigado comparezca para que se le permita contrainterrogar y se pueda contrastar los hechos, además de contradecir lo ya planteado por la víctima, permitiendo que el juez pueda formarse de una verdad.

La valoración psicológica es una pericia fundamental que dará cuenta de la afectación de la víctima y permitirá relacionar esta afectación con los hechos investigados. Es importante que

esta pericia pueda ser realizada por el profesional que realizó el testimonio anticipado para que esta persona recabe la información faltante para que el perito pueda llegar a las conclusiones idóneas.

3.- ¿Cómo debe el tribunal valorar la prueba?

El Tribunal tiene una labor muy importante al darle un valor probatorio al testimonio que ha sido receptado en la fase de investigación previa, resulta sencillo si acompañado el testimonio existe elementos probatorios como el examen médico legal, la valoración psicológica que permitan llevar al convencimiento de los operadores de justicia de que esos hechos relatados por la víctima son verdaderos. El Tribunal debe darle la suerte de prueba tazada o legal al testimonio anticipado siempre que éste cumpla con las reglas del debido proceso y se haya podido interrogar y contrainterrogar a la víctima sin que el mismo cree incertidumbres a los jueces.

Muy importante que quien se encuentra como actuario o secretario de tribunal verifique si el acta transcrita guarda estricta relación con lo reproducido en el audio y video que contiene el testimonio anticipado.

Que los miembros del tribunal deberán valorar el testimonio conforme a la madurez de la víctima.

Al momento de valorar la prueba testimonial de la víctima, el tribunal deberá hacerlo conforme a la madurez y edad que tiene la víctima, dependerá mucho del trabajo del psicólogo en la recepción del testimonio.

Esto permitirá que el testimonio anticipado receptado a la niñas, niños y adolescente en la investigación previa en el delito de violación, sea tomado como una prueba eficaz e idónea; que la creación de reglas mínimas garantiza el derecho a la no revictimización de la víctima, y la comparecencia de quién es investigado al proceso permite cumplir con el debido proceso.

Así, se ha demostrado que uno de los sectores más vulnerables de nuestra sociedad son las niñas, niños y adolescentes, por lo que resulta necesario e imperioso dar mayor protección, más aún cuando son víctimas de hechos delictivos como lo es la violación sexual.

CONCLUSIONES

1. El testimonio anticipado receptado a la víctima en Cámara de Gésell, garantiza su no revictimización, convirtiéndose en una prueba eficaz obtenida por parte de la Fiscalía y la defensa del investigado.
2. El testimonio anticipado, tiene un procedimiento excepcional con una base legal en el Código Orgánico Integral Penal y en la Resolución 117-2014 del Pleno del Consejo de la Judicatura, por lo que ha de observarse el principio de legalidad y, por lo tanto, se cumple también con la garantía Constitucional del Art. 76.4 esto es que: su validez y eficacia probatoria depende de que la obtención de esta prueba se cumple observando garantías del debido proceso.
3. Una de las razones del testimonio anticipado es evitar la confrontación entre víctima e investigado, sin embargo, esto no autoriza prescindir de la presencia del denunciado en el testimonio anticipado aun cuando nos encontramos en fase de investigación. Para que el testimonio sea eficaz es necesario que esta declaración tenga la participación de todos los sujetos procesales, a fin de que la víctima sea interrogada y contrainterrogada, garantizando los derechos de todos.
4. Es importante el principio de contradicción en la prueba testimonial, al encontrarnos en un sistema oral, esto permite que los jueces encargados de valorar la prueba visualicen certezas o dudas en los relatos de los hechos dados por la víctima.
5. Por excepción a la regla general, los testimonios anticipados de niñas, niños y adolescentes por el delito de violación deben ser obligatorios, permitiendo que su declaración se acerque a la verdad de los hechos, primando siempre el interés superior del niño sobre los demás derechos, al hacer el ejercicio de ponderación cuando se sopesen los derechos del investigado vs. los de la víctima.
6. Verificándose un conflicto entre derechos de la víctima y del investigado, y posteriormente del procesado que, por garantía de derechos constitucionales, la víctima tendría una triple vulneración de derechos volviéndose prioritaria su protección.

7. Esta prioridad para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes víctimas de delitos sexuales, no otorga carta abierta para que los juzgadores y entes administradores de justicia, puedan inobservar procedimientos establecidos por el legislador y no aplicar normativa legislativa, sino que puedan flexibilizarse cumpliendo con las reglas mínimas del debido proceso.
8. Debe considerarse como un estándar en la investigación de delito en contra de niños y adolescentes, especialmente en delitos de naturaleza sexual la no revictimización, para cuyo efecto la Cámara Gesell se constituye en un método de investigación para el esclarecimiento de la verdad.
9. El Fiscal a cargo de la investigación tomará todas las medidas pertinentes para promover la recuperación física, cognitiva y psicológica, la rehabilitación y la reintegración social de los niños, niñas y adolescentes que sean víctimas de cualquier forma de violencia o abuso, incluso mediante la prestación de servicios de protección. Dicha recuperación e integración tendrán lugar en un entorno que sea favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la dignidad y la autonomía de la persona y que tenga en cuenta las necesidades específicas del género y la edad.

RECOMENDACIONES

1. El Fiscal en la investigación de delitos cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes, adoptará todas las medidas que garanticen su no exposición pública, a fin de evitar su revictimización, por lo tanto, guardará la confidencialidad especialmente respecto de la identidad de la víctima.
2. Normar de conformidad con la realidad ecuatoriana, el procedimiento para el uso de la cámara de Gésell, observando el principio de legalidad e igualdad de las partes, en el proceso penal.
3. El Estado debe proteger los derechos de las víctimas y de los presuntos responsables de forma igualitaria, otorgándoles el derecho a acudir a la justicia, y el derecho a la defensa, recordando que el sistema penal en Ecuador es acusatorio adversarial, garantizando el principio de igualdad procesal.
4. Generalizar el uso de la Cámara Gesell para la recepción del testimonio anticipado, en el caso de que niñas, niños y adolescentes sean víctimas de delitos sexuales y aceptar este testimonio como prueba absolutamente válida en contra del procesado.
5. Capacitar suficientemente al equipo técnico respecto de la recepción del testimonio anticipado en Cámara Gesell a fin de evitar la revictimización y garantizar la idoneidad de la prueba que se aporta por este medio.

BIBLIOGRAFÍA

- Abarca Galeas, L. (2010, pág. 92). *Delitos sexuales. El atentado contr el pudor, la agresión sexual, la violación*. Quito: Jurídica del Ecuador.
- Abelleira, H. (2009, págs. 40 y 41). El abuso sexual infantil en la familia: catástrofe en los vínculos: complejidades del abordaje interdisciplinario. *Revista de psicoanálisis con niños, volumen 13, Buenos Aires*, 34 - 45.
- Albán, E. (2016, pág. 145). *Manual de Derecho Penal*. Quito: Ediciones Legales.
- Albán, E. (2016, pág. 146). Quito: Ediciones Legales.
- Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (1998, Tomo II, págs. 475 y 476). *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Araujo, P. (10 de Agosto de 2017, pág. 1).
<http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/101-camara-de-gesell-en-ecuador>. Obtenido de <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/101-camara-de-gesell-en-ecuador>: <http://www.araujoasociados.net>
- Arbulú, V. (2010, págs. 10 - 11). *Delitos sexuales en agravio de menores (Incidencia en la Provincia del Callao. Año 2004 al 2009)*. Lima: Academia de la Magistratura del Perú.
- Baytelman, A., & Duce, M. (2004). *Litigación Penal. Juicio Oral y Prueba*. Santiago de Chile: Universidad Diego Portales.
- Benavente, D. (1984, pág. 122). *Derecho Procesal, Juicio Ordinario*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Benítez, L. (2011, pág. 605). Breve reseña de los principios de Derecho Penal y Procesal Penal vigentes en el Paraguay. *Revista Jurídica CEADUC Paraguay N° 20*, 599 - 611.
- Berlinerblau, V. (2010, pág. 149). Niños víctimas, niños testigos: sus testimonios en alegatos de abuso sexual infantil. Competencia, credibilidad, particularidades y necesidades especiales del niño testigo. Videograbación de las entrevistas de declaración testimonial. En U. Argentina, *Acceso a la justicia de niñas/niños victimas* (págs. 141 - 156). Buenos Aires: UNICEF Argentina.
- Binder, A. (2009, pág.). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Blanco, L., Buenahora, L., & Gómez, I. (2013, págs. 31 y 32). *Viabilidad de la práctica de la prueba anticipada testimonial en víctimas de delitos contra la libertad, integridad y*

- formación sexual en menores de catorce años*. Bogotá: Instituto de Posgrados, Maestría en Derecho Penal, Universidad Libre de Colombia.
- Buarque de Holanda, A. (2004, pág. 1649). *Nuevo Diccionario Aurelio de la Lengua Portuguesa*. Curitiba: Positivo.
- Carmona, C. (1996, Tomo I, pág. 310). *Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Carnelutti, F. (2000, Tomo II, pág. 495). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Sao Paulo: Clasic Book.
- Castillo, J. (2002, pág. 8). *La declaración de la víctima como medio probatorio en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Lima: Gaceta Jurídica, Diálogo con la Jurisprudencia, Nro. 18.
- Cintrão, M. (2011, pág. 2). *Teorías psicológicas del desarrollo*. Sao Paulo: Universidad Estatal de Sao Paulo.
- Código de la Niñez y Adolescencia. (2017, Art. 258, pág. 68). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, Art. 412, pág. 111). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, Art. 453, pág. 121). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, Art. 454, pág. 121). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, Art. 455, pág. 122). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, Art. 5 N° 13, págs. 8 y 9). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, Art. 502 N°s 2, 5 y 10, págs. 138 - 139). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, Art. 504, pág. 140). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014, Art. 510 N° 5, págs. 141 y 142). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

- Código Procesal Penal de la Nación Argentina. (2014, Arts. 250 bis y 250 ter). Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Código Procesal Penal de la República Oriental del Uruguay. (2016, Art. 160). Montevideo: Presidencia de la República.
- Comité de Derechos del Niño de la ONU. (2015, pág. 4). *Declaración video grabada de menores de edad. Estándares internacionales y regulación comparada*. Valparaíso: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Constitución de la República. (2008, Art. 44 inciso 2°). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2016.
- Constitución de la República. (2016, Art. 195 inc. 1°, pág. 65). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República. (2016, Art. 75, págs. 27 y 28). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República. (2016, Art. 76 N° 4, pág. 28). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República. (2016, Art. 76 N° 7, literal h)). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Contreras, O. (2016, pág. 16). *Valoración de la prueba anticipada, y su relevancia criminalística en el delito de homicidio*. Barbula: Universidad de Carabobo, Especialidad en Criminalística.
- Cornejo Aguiar, J. (2015, pág. 2). Análisis del Principio de Contradicción. *Revista Judicial* www.derechoecuador.com, 1 - 4.
- Corte Constitucional de la República de Colombia. (2014, págs. 1 y 2). *sentencia T-274/12, de fecha 11/04/2012*. Bogotá: Corte Constitucional de la República de Colombia.
- Cousiño Mac Iver, L. (1975, pág. 343 y 348). *Derecho Penal Chileno*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Curbelo, I. (2017, pág. 8). El principio de oportunidad en el nuevo Código Procesal Penal (C.P.P.). *Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay*, 1 - 18.
- D'Angelo, F. (2010, págs. 7 y 8). *La entrevista psicológica forense*. Neuquén, Argentina: Universidad Nacional del Comahue.

- De Boer - Buquicchio, M. (2006). *Informe sobre la violencia contra los niños y niñas*. Estrarburgo: Consejo de Europa.
- De Toledo Machado, M. (2003, pág. 119). *La protección constitucional de niños y adolescentes y los derechos humanos*. Barueri, Estado de Sao Paulo: Manole.
- Devis Echandía, H. (2015). *TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL, TOMO I*. BOGOTÁ: TEMIS, SEXTA EDICIÓN.
- Echeburúa, E., & Subijana, I. (2008, pág. 742). Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, vol. 8, núm. 3, septiembre, 2008,, 733 - 749.
- Edgardo Alberto Donna. (2015). *Derecho Penal, Parte Especial, Tomo I*. Buenos Aires - Argentina: Rubinzal – Culzoni.
- Falconí Puig, J. (2010, pág. 424). Oralidad en el proceso ecuatoriano. *Revista Jurídica, Facultad de Jurisprudencia Universidad Católica Santiago de Guayaquil Edicion 27*, 419 - 442.
- Fernández Dovat. (2000, págs. 5 y 6). Medios de prueba sobre abuso sexual del niño. *coloquio sobre "Abuso Sexual del Niño y la Administración de Justicia* (págs. 1 - 23). Montevideo: Grupo de Victimología y Psicología Jurídica.
- Ferrajoli, L. (2010. pág. 564). *Derecho y razón; teoría del garantismo penal, prefacio de la 1ª ed. italiana de Norberto Bobbio*. Sao Paulo: RT (traducido del portugués).
- Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile. (2003, págs. 1 - 7). *Oficio FN N° 561 de 19/11/2003 sobre la prueba anticipada en el proceso penal*,. Santiago de Chile: Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile.
- Gallardo, J. A. (1997, pág. 303). Intervención y tratamiento en el maltrato infantil. En M. J. (Coordinador), *Tratamiento psicológico de problemas infantiles* (págs. 291 -309). Archidona, España: Aljibe.
- García, F. (2015, pág. 45). *Análisis comparativo de protocolos de entrevistas investigativa con niños, niñas y adolescentes que han sido víctimas de delitos sexuales*. Santiago: Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, Departamento de Psicología.
- Gutiérrez, P. (2007, pág. 209). *Delitos sexuales sobre menores*. Buenos Aires: La Rocca.
- Legislatura del Ecuador. (1837). *Código Penal de 1837, Arts. 494 y 495*. Guayaquil: Imprenta de Ignacio Murillo.

- Ley N° 14.431 que Establece el sistema de garantías de derechos de los niños y adolescentes víctimas o testigos de violencia. (2017 Título III, Arts. 7 a 12). Brasilia: Presidencia de la República de Brasil.
- López Betancourt, E. (1998, Tomo II pág. 195). México D.F.: Porrúa.
- López Betancourt, E. (1998, Tomo II, págs. 189 - 191). México D.F.: Porrúa.
- Maffioletti, F. (2011, pág. 204). La entrevista forense a la víctima de delitos sexuales. *Revista Jurídica del Ministerio Público de Chile N°38*, 199 - 228.
- Maggiore, G. (1989, Vol. III, pág. 89). *Derecho Penal, Parte Especial*. Bogotá: Themis.
- Maggiore, G. (1989, Volumen IV, pág. 56). Bogotá: Temis.
- Miranda Estampres, M. (1999, págs. 15 y 16). *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*. Barcelona: Bosch.
- Moreno, R. (2000, pág 33). Buenos Aires: Ad hoc.
- Moreno, R. (2000, pág. 411). Buenos Aires: Ad hoc.
- Moreno, R. (2001, pág. 382). *Diccionario de Ciencias Penales*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Muñoz Conde, F. (2010, pág. 217). *Derecho Penal, parte especial*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Nisimblat, N. (2005, págs. 56 y 57). *Los principios rectores del procedimiento y del proceso en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Nisimblat, N. (2015, págs. 131 y 132). *Derecho Probatorio*. Bogotá: S/E.
- Organización de las Naciones Unidas . (2007). *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*. Bogotá, Colombia: Comisión Colombiana de Juristas.
- Organización de Naciones Unidas. (1959, Principio II). *Declaración de los Derechos del Niño* . Ginebra: Organización de Naciones Unidas.
- Organización de Naciones Unidas. (1985, Título XI, N°s 29 y 31). *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. Nueva York: Organización de Naciones Unidas.
- Organización de Naciones Unidas. (1990, pág. 189). *Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*. La Habana, Cuba: Organización de Naciones Unidas.
- Ostos, J. M. (2015, págs. 33 - 34). La prueba en el proceso penal acusatorio. *Revista de Derecho Procesal N° 2, Universidad de Sevilla, España*, 35 - 68.
- Panta, D., & Somocurcio, D. (2008, pág. 1). La declaración de la víctima en los delitos sexuales: ¿inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria?

- Universidad de Friburgo,
https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_58.pdf, 1 - 13.
- Parra, J. (2013, pág. 27). *Manual de Derecho Probatorio*. Bogotá: Librería el Profesional.
- Pescio, V. (1978, pág. 384). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Pippino, A. (2014, págs. 1- 3). *La importancia y relevancia del testimonio de los niños y niñas víctimas de delitos contra la integridad sexual*. Córdoba, Argentina: Asociación Latinoamericana de Psicología Jurídica y Forense.
- Pisa, O. (2007, pág. 470). *Abuso sexual infantil y la palabra de la o del menor víctima: intervención científica e intervención legal*. Sao Paulo: Revista dos Tribunais.
- Politoff, S., Matus, J. P., & Ramírez, M. (2004, pág. 246). *Lecciones de Derecho Penal Chileno*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile.
- Prado, E. (2014, pág. 2). La importancia de la pericia criminal y la escasez del cuadro de funcionarios. *Jus Navigandi, Teresina, Brasil*, 1 - 4.
- Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Córdoba (Argentina). (2013, pág. 12). *sentencia N° 434 de 26/12/2013*. Córdoba (Argentina): Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Córdoba, Argentina.
- Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Córdoba, Argentina. (2013, pág. 12). *sentencia N° 434 de 26/12/2013*. Córdoba (Argentina): Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de Córdoba, Argentina.
- Sentis Melendo, S. (1971, pág. 79). *In dubio Pro Reo*. Buenos Aires: EJEA.
- Serrano Gómez, A. (2002, pág. 208). *Derecho penal. Parte Especial*. Madrid: Dykinson.
- Soler, S. (1992, Tomo III, pág 306). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA.
- Soler, S. (1992, Tomo III, pág. 305). Buenos Aires: Ad hoc.
- Sproviero, J. (1996, pág. 103). *Delito de Violación*. Buenos Aires: Astrea.
- Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos. (2015, págs. 83 y 84). *La prueba en el sistema acusatorio en México*. México D.F.: Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos.
- Suprema Corte Nacional de Justicia de México. (2011, Tomo III, pág. 858). *Jurisprudencia elementos del delito de violación*. México D.F.: Semanario Judicial de la Federación Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo III. Penal Segunda Parte .

- Talavera, P. (2010, pág. 19). *La prueba en el nuevo Código Procesal Penal*. Chiclayo: Ministerio Público de Chiclayo.
- Testimonio Urgente, 2012-0089 (Sala de lo Penal, Corte Nacional del Justicia 29 de Noviembre de 2012).
- Vaca Andrade, R. (2015). *DERECHO PROCESAL PENAL ECUATORIANO*. Quito: EDICIONES LEGALES.
- VACA ANDRADE, R. (2015). *DERECHO PROCESAL PENAL ECUATORIANO*. QUITO: EDICIONES LEGALES.
- Vélez Mariconde, A. (2005, Tomo I, pág. 419). *Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Mrcos Lerner Editora.
- Voisin, C. (2013, pág. 5). Algunas cuestiones sobre el tratamiento de la víctima en el Derecho argentino. *Revista del Instituto de Estudios Penales*, 1 - 20.
- Zavala Baquerizo, J. (2005, Tomo V, págs. 60 y 61). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edino.

LINKOGRAFÍA

- Araujo, P. (2017). *Cámara de Gesell en Ecuador*. <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/101-camara-de-gesell-en-ecuador>.
- Cornejo Aguiar, J. (2015). *Análisis del Principio de Contradicción*. Revista Judicial www.derechoecuador.com, 1 - 4.
- Panta, D., & Somocurcio, D. (2008). *La declaración de la víctima en los delitos sexuales: ¿inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria?* Universidad de Friburgo, https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_58.pdf, 1 - 13.

LEGISGRAFÍA

Nacional

- Código Orgánico General de Procesos. (2017). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Constitución de la República. (2008). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, Edición 2016.

Legislatura del Ecuador. (1837). *Código Penal de 1837, Arts. 494 y 495*. Guayaquil: Imprenta de Ignacio Murillo.

Comparada

Código Procesal Penal de la Nación Argentina. (2014). Buenos Aires: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Código Procesal Penal de la República Oriental del Uruguay, promulgado por Ley N° 19.283 de 19/12/2014, modificado por Ley N° 19436 de 23/09/2016,

Ley N° 14.431 que Establece el sistema de garantías de derechos de los niños y adolescentes víctimas o testigos de violencia. (2017 Título III, Arts. 7 a 12). Brasilia: Presidencia de la República de Brasil.

Internacional

Declaración de los Derechos del Niño (1959) Organización de Naciones Unidas. Ginebra:.

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Organización de Naciones Unidas. (1985) Nueva York

Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente. Organización de Naciones Unidas. (1990). La Habana, Cuba.

ANEXOS



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

SEDE IBARRA

“PUCESI”

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

ANEXO I

Cuestionario de la entrevista a los jueces de la Corte Provincial de Imbabura, agentes fiscales de Imbabura, Fiscalía Especializada de Violencia de Género y a la Jueza del Tribunal Penal de Imbabura

PREGUNTA N° 1

¿Qué concepto e interpretación tiene usted del testimonio anticipado?

PREGUNTA N° 2

¿En qué momento procesal considera usted que es legítimo se recepte el testimonio anticipado?

PREGUNTA N° 3

¿Qué valor probatorio tiene el testimonio anticipado?

PREGUNTA N° 4

¿Se viola el principio del Debido Proceso por receptar el testimonio anticipado en fase de investigación previa?

PREGUNTA N° 5

¿El testimonio anticipado es un medio eficaz para evitar la revictimización?

PREGUNTA N° 6

Si la no revictimización es un derecho, ¿quiénes son los destinatarios de este derecho?

PREGUNTA N° 7

¿Qué características y requisitos debe tener el testimonio anticipado para que tenga valor y eficacia probatoria?