

Ref. Informe de Disertación
Andrés Fernando Negrete Basantez

Quito, 31 de julio del 2019

Señor Doctor
Efrén Guerrero
DECANO DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Presente. –

Señor Decano:

En relación al encargo de dirigir la disertación del señor ANDRÉS FERNANDO NEGRETE BASANTEZ titulada “LA CÁMARA DE GESELL COMO MECANISMO IDÓNEO PARA LA RECEPCIÓN DE TESTIMONIOS ANTICIPADOS DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES FRENTE A LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA DEFENSA”, me permito indicar a Usted lo siguiente:

1. El trabajo se encuentra dividido en 3 capítulos. El primer capítulo constituye en establecer un acercamiento conceptual y doctrinario sobre el debido proceso y el derecho a la defensa, además de establecer los derechos y garantías que toda víctima en general posee al momento de ser parte de un proceso penal.
2. El segundo capítulo abarcará la prueba en materia penal, su importancia y las clases de pruebas que el Código Orgánico Integral Penal menciona, seguido de las pruebas testimoniales excepcionales, en las cuales se analizará a la cámara de Gesell como un medio de prueba testimonial excepcional, su origen, definición y evolución dentro del derecho penal hasta llegar a ser un mecanismo de recepción de testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de delitos sexuales.
3. En el tercer capítulo, se analizará las ventajas y desventajas que la utilización de la cámara de Gesell provocó en el proceso penal, teniendo como ventajas el derecho a la no revictimización, derecho que se encuentra establecido tanto en instrumentos internacionales como en la Constitución del Ecuador y la garantía del interés superior del niño cuando dentro del proceso penal se encuentre involucrado el menor, derechos que han servido de norte para la expedición del Protocolo para el Uso de la cámara de Gesell; y como desventajas la posible vulneración de las garantías básicas del debido proceso y del derecho a la defensa,

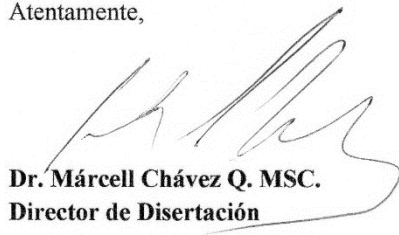
tales como el derecho a contradecir, igualdad de oportunidades, a no contar con un perito de parte (figura nueva que propondré), entre otras, para posteriormente realizar un contraste y establecer si la cámara de Gesell constituye un mecanismo idóneo para la recepción de testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de delitos de carácter sexual.

4. Las conclusiones corresponden a lo analizado en el cuerpo de la tesis.
5. En lo formal, las citas son consistentes y permiten su verificación.
6. De forma cualitativa, la presente disertación reúne el estándar de calidad requerido para un trabajo de titulación de pregrado, por lo que se le atribuye una nota de 10/10.
7. Certifico que el estudiante ha completado al menos 200 (doscientas) horas de trabajo para el desarrollo de la disertación, según lo establece el artículo 21 del Reglamento de Régimen Académico.
8. Según la herramienta anti plagio "URKUND" se constata que el trabajo de titulación se encuentra dentro de los límites permitidos de similitud.

Por estos motivos considero que la disertación ha sido debidamente terminada bajo las normas exigidas por la Universidad y puede proseguirse el trámite pertinente para su defensa.

Por su gentil atención a la presente mis agradecimientos.

Atentamente,



Dr. Márcell Chávez Q. MSC.
Director de Disertación

Quito, Agosto 26 de 2019

Señor Doctor
Freddy Proaño Egas
Secretario Abogado
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Presente.

De mi consideración:

En respuesta al Oficio N612-SJ-2019 de 7 de agosto del 2019 (entregado el 14 de agosto) presento el informe de la disertación intitulada **"LA CÁMARA DE GESSELL COMO MECANISMO IDONEO PARA LA RECEPCIÓN DE TESTIMONIO ANTICIPADOS DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES FRENTE A LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA DEFENSA"** elaborada, previo a la obtención del título de abogacía, por el señor **ANDRÉS FERNANDO NEGRETE BASANTES**.

La disertación consta de una introducción con objetivo, metodología y estructura, y tres capítulos. El capítulo primero se dedica a la garantía del debido proceso en el sistema penal ecuatoriano y el cual se concreta a los casos de delitos sexuales perpetrados en niños y niñas. El capítulo segundo en el marco de la prueba y del testimonio anticipado se presenta la cámara de Gessell como medio para receptar testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de delitos sexuales y el Protocolo ecuatoriano de entrevista forense de escucha especializada para niños víctimas de violencia sexual (denominado erróneamente en el subtítulo como "abuso sexual"). El tercer capítulo tiene carácter más analítico y desarrolla los aspectos positivos y negativos de la utilización de la Cámara de Gessell estableciendo un contraste entre éstos para finalizar con las conclusiones y recomendaciones.

El desarrollo de los contenidos es pertinente a nivel teórico si bien se evidencia la ausencia de temas relevantes que pueden incidir en la determinación de la idoneidad de la Cámara de Gessell (por ejemplo el derecho a la intimidad del niño o niña).

Respecto a los derechos se constata falta de sistematización de modo que en ocasiones no queda claro cuál es el contenido esencial del derecho y su fuente normativa; se observa que se utilizan fuentes (UNICEF), y documentos con escaso valor académico o jurídico (como manuales y guía, pág. 51). Igual se aprecia, por ejemplo, en la parte subtitulada aspectos positivos en la que se incluyen antecedentes de instrumentos internacionales (pág. 49).

Al tratar el derecho del niño a ser escuchado se enfatiza en el modo cómo se ha de garantizar este derecho (entorno, ambiente) pero no queda claro cuál es su contenido y alcance en los procesos penales. Además, se incluyen las normas del Código de la Niñez y Adolescencia relativas a las garantías procesales de los adolescentes en conflicto con la ley penal, lo cual no

AB

es pertinente por la delimitación temática de la disertación a los niños y niñas víctimas de delitos sexuales (pág. 70).

En general se precia que la disertación es meramente descriptiva y en su desarrollo no se refleja el uso de técnicas de argumentación jurídica que permitan determinar los aspectos positivos y negativos de la utilización de la Cámara de Gessell y su consiguiente idoneidad, cuando es una premisa de la disertación la existencia o posibilidad de derechos en conflicto (los de la víctima y del procesado) o "conflicto de intereses" (pág 1) y la posible vulneración de algunos de estos. Por ejemplo, en varios textos se recalca la necesidad de armonizar estos derechos o de favorecer el uso de esta técnica "siempre que no afecte a los derechos del procesado", sin concretar los mecanismos o medidas para hacerlo efectivo. Otro ejemplo de la ausencia de integración y análisis jurídico es la descripción de los contenidos de Protocolo para el uso de la Cámara de Gessell (pág. 40 a 44).

Con relación a lo anterior, se destaca que si bien se hace referencia al interés superior del niño en sus dimensiones de derecho, principio y norma de interpretación y se recoge las normas de la Constitución y la ley, se visualizan sus implicaciones y aplicación en el tema de la tesis.

Desde el punto de vista metodológico se sostiene erróneamente que se utilizarán fuentes primarias aquellas que son secundarias (pág. 2).

Se observa que no se cumple con las reglas del Manual para la redacción de trabajos de titulación y otros escritos aprobado por el Consejo de Facultad de 26 de febrero de 2019. A modo de ejemplo, se señala:

- En la bibliografía no constan el bloque de referencias diferenciado del de bibliografía; ni su organización según corresponda a libro, capítulo, revista, trabajos de grado, etc.
 - Hay autores que están referenciados en el texto y no constan en la bibliografía (Ej. Simon, en pág. 56 y 59).
 - Jurisprudencia está citada de manera dispar (ver pág. 102 y 110)
 - Consta bibliografía citada dos veces (ver pág. 102, 112).
- No consta la Resolución del Consejo de la Judicatura del Protocolo ecuatoriano de entrevista forense de escucha especializada para niños víctimas de violencia sexual.

Por las consideraciones expuestas que dan cuenta que la disertación no cumple con las exigencias mínimas de un trabajo académico califico la misma denominada "LA CÁMARA DE GESSELL COMO MECANISMO IDONEO PARA LA RECEPCIÓN DE TESTIMONIO ANTICIPADOS DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES FRENTE A LA GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA DEFENSA" elaborada por el señor ANDRÉS FERNANDO NEGRETE BASANTES con la nota de CUATRO SOBRE DIEZ.

Atentamente,



Dra. Adriana Monesterolo L.



EDUARDO LEÓN MICHELÍ

Quito, 12 de agosto de 2019

Señor doctor

Efrén Guerrero Salgado

Decano de la Facultad de Jurisprudencia

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Señor doctor

Freddy Proaño Egas

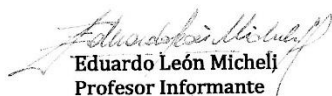
Secretario Abogado de la Facultad de Jurisprudencia

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

En contestación al oficio No. 612-SJ-2019, de 07 de agosto de 2019, a través del cual se me corrió traslado con la designación de profesor lector de la disertación de abogacía titulada **"LA CÁMARA DE GESELL COMO MECANISMO IDÓNEO PARA LA RECEPCIÓN DE TESTIMONIOS ANTICIPADOS EN NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES FRENTE A LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA DEFENSA"** del estudiante **ANDRÉS FERNANDO NEGRETE BASANTEZ**, me permito presentar mi informe en los siguientes términos:

- A) La tesis presenta un tema de investigación de actualidad, de importante relevancia y muy discutido en nuestro ámbito de experticia, el campo penal y procesal penal.
- B) La disertación cumple con un criterio adecuado de investigación que se refleja en las entrevistas realizadas por el señor estudiante y en la bibliografía incorporada en su estudio.
- C) En cuanto al contenido de la investigación considero que el análisis realizado observa con rigurosidad los estándares mínimos de una investigación a nivel universitario, aborda con claridad el problema, se plantea objetivos precisos y finalmente llega a una conclusión. Existe por lo tanto un orden metodológico adecuado.
- D) Considero que el estudiante pudo referirse de manera más amplia a la problemática desde el derecho procesal penal, que será debatido de manera oportuna en la defensa de su disertación.
- E) Sin más consideraciones que realizar, califico con **10 sobre 10** la disertación de abogacía cuyo análisis, lectura e informe se me ha encomendado.

Atentamente,


Eduardo León Micheli
Profesor Informante

13 AGO 2019 

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CARRERA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE
ABOGADO

“LA CÁMARA DE GESELL COMO MECANISMO IDÓNEO PARA LA
RECEPCIÓN DE TESTIMONIOS ANTICIPADOS DE NIÑOS Y NIÑAS
VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES FRENTE A LAS GARANTÍAS
DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA DEFENSA”

ANDRÉS FERNANDO NEGRETE BASANTEZ

DIRECTOR: DR. MÁRCELL CHÁVEZ Q. MSC.

QUITO, 2019

DEDICATORIA

A, mis padres Antonio y Mónica, por siempre ser mi fuerza, mi guía y mi norte en este arduo y largo camino, porque sin su amor incondicional, su apoyo, ayuda y paciencia nada de esto sería posible. Muchos de mis logros se los debo a ustedes, gracias por enseñarme que nada es imposible en esta vida y jamás olviden que son mi mayor tesoro y toda la vida estaré agradecido con ustedes. Siempre serán mis héroes, gracias por todo. Los amo.

A, Antonio, por ser mi hermano y mi mejor amigo, por ser un ejemplo, por defenderme en los momentos difíciles y siempre aconsejarme, sé que lo haces porque siempre quieres lo mejor para mí. Gracias por llevarme siempre de la mano y jamás dejarme caer.

AGRADECIMIENTO

A, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, por ser mi segundo hogar y brindarme todas las herramientas que ayudaron a formarme tanto académicamente como profesionalmente.

Al, Doctor Márcell Chávez, por su apoyo, paciencia, consejos y la ayuda recibida para guiarme en el desarrollo de esta disertación.

A, Mirella, por ser mi cómplice, mi confidente, mi hombro en los momentos difíciles y mi sonrisa en los momentos felices. Eres la mejor amiga que la vida me pudo dar.

A, Renato, por ser mi amigo y compañero de aventuras, porque en ti encontré la verdadera amistad y el significado de la palabra fidelidad.

A, Catalina y Boris por ser grandes amigos, porque las risas, el estrés de cada semestre y sobre todo la comida jamás faltaron. Gracias por estar presentes desde el primer día de clases hasta el último.

A, André, Jean, Sofí, Manchas y Katty por ser amigos incondicionales, por estar pendientes, darme su apoyo, consejos y una mano amiga cuando lo necesité.

Gracias mis amigos por todos los momentos vividos y los que aún nos falta por vivir.

A mi familia, por siempre ser un apoyo.

Resumen:

Las consecuencias que el delito provoca en la víctima suelen tener diversos grados, y no depende solamente de la gravedad del delito, sino también del trato que la víctima recibe por parte de los administradores de justicia. Según Cesar Fortete (2008), diversos estudios han puesto en evidencia que la participación de la víctima dentro del proceso penal, ya sea en los diferentes actos procesales, o la repetición de su testimonio de forma repetitiva es mucho más dañino que el delito mismo, y con frecuencia su participación constituye una verdadera revictimización, por el estrés que significa relatar lo sucedida una y otra vez, por el trato inapropiado que recibe por la confrontación con el procesado y el Tribunal.

Esta situación en los diferentes ordenamientos jurídicos generó propuestas legislativas, que tienden a brindarle a la víctima una mayor protección y un rol más protagónico en su participación, ya que se reconoce que la víctima es una pieza elemental dentro del proceso penal, dado que, sin su cooperación, la mayor parte de delitos quedarían impunes. (Fortete, 2008)

En tal sentido, las Naciones Unidas, en los “Principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder”, recomienda a los Estados Miembros a tomar las medidas necesarias para proteger a las víctimas y para reducir su revictimización. Además, recomienda a los Estados a disponer de los medios necesarios para facilitar la adecuación de procedimientos judiciales a las necesidades que tiene la víctima, adoptando medidas idóneas para minimizar las molestias, proteger su intimidad y de esta manera garantizar su seguridad. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1985)

Dentro de las protecciones y beneficios que se la brindado a la víctima, se encuentra la posibilidad de rendir su testimonio dentro de la cámara de Gesell, dicha modalidad especial procura brindar una atmosfera más adecuada para la víctima de la infracción penal, y más aún cuando éste sea un niño o niña víctima de delitos de naturaleza sexual, ya que no únicamente se intenta evitar la revictimización, sino que se trata de garantizar los derechos del interés superior del niño, el derecho al acceso a la justicia y el derecho a ser escuchado

Sin embargo, dentro del proceso penal existe el procesado, quien también necesita la protección por parte del Estado; al cual se le debe garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa en igualdad de condiciones que a la víctima.

En consecuencia, se observa que dentro de las protecciones que se le ha brindado a la víctima y en especial al permitir la utilización de la cámara de Gesell para la recepción de testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de infracciones penales, aquello provoca un enfrentamiento entre los derechos e intereses de las partes procesales, cuya solución se ha inclinado en la protección de las víctimas, en pos de brindarle una mayor protección; provocando en muchos casos respecto del procesado el debilitamiento del debido proceso y del derecho a la defensa.

Por tanto, con las consideraciones antes mencionadas me centraré en esta disertación a analizar este medio especial para la recepción de testimonios anticipados, sus aspectos positivos y negativos, con el objetivo de concluir si el uso de la cámara de Gesell es el mecanismo idóneo para receptar testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de delitos de naturaleza sexual y si dicho mecanismo se encuentra en armonio con las garantías básicas del debido proceso y del derecho a la defensa.

Palabras Clave: Testimonio anticipado, cámara de Gesell, Revictimización, Interés Superior del Niño, Debido Proceso, Derecho a la Defensa.

Abstract:

Consequences than crime has in the victim usually devise different degrees. Not depending only on the seriousness of the crime, but also on the treatment that the victim receives from justice administrators. According to Cesar Fortete (2008), several studies have shown that victim's participation in criminal proceedings, whether in the different procedural acts, or the repetition of his testimony is much more harmful than the crime itself, and often their participation constitutes a true revictimization, because of the stress of reporting what happened again and again, because of the inappropriate treatment they receive due to confrontation with the defendant and the Court.

This situation in the different legal systems generated legislative proposals, which tends to provide safety to the victim and a leading role in their participation, since it is recognition as a fundamental part in the criminal process. Without his/her assistance, most crimes would go unpunished. (Fortete, 2008)

In this regard, United Nations in "Fundamental principles of justice for victims of crime and abuse of power", recommends their Member States to take the necessary measures to protect victims and reduce their revictimization. In addition, it recommends to have the necessary means to ease the adaptation of judicial procedures to the victim's needs, adopting appropriate measures to minimize discomfort, protect their privacy and thus ensure their safety. (United Nations General Assembly, 1985)

Among the protections and benefits that are offered to the victim, there is the possibility of providing their testimony within Gesell's chamber. This special method seeks to provide an adequate atmosphere to the victim of a criminal offense, even more when facing a child victim of a sexual crime, since it is not only intended to prevent revictimization, but also to guarantee the Greater Interest of the Child, the right to access justice and its right to be heard.

However, within the criminal process there is a defendant, who also needs State's protection; to which a rightful process and right to defense must be guaranteed on equal terms to the victim.

Consequently, it is observed that within the protections given to the victim and especially by allowing the use of Gesell's camera for the reception of anticipated testimonies of

children victims of criminal offenses, this causes a confrontation between rights and interests of procedural parties, whose solution has been tending to protect victims, in order to provide greater protection; triggering, in many cases, the weakening of due process and the right to defense of the accused.

Therefore, with the aforementioned considerations, My dissertation will focus on analyzing this special reception means for anticipated testimonies, their positive and negative aspects, with the aim of concluding whether the use of Gesell's camera is the ideal mechanism to receive a children's testimony victims in advance of crimes related to sexual nature and whether if this mechanism is in harmony with the basic guarantees of due process and the right to defense.

Keywords: Early testimony, Gesell Chamber, Revictimization, Greater Interest of the Child, Due Process, Right to Defense.

Tabla de contenido

DEDICATORIA	I
AGRADECIMIENTO	III
Resumen:	IV
INTRODUCCIÓN	1
1.1. OBJETIVOS.....	1
1.2. METODOLOGIA	1
1.3. ESTRUCTURA.....	2
Capítulo I: Debido proceso en casos de delitos sexuales perpetrados en niños y niñas en el sistema penal ecuatoriano	4
1.1. Debido Proceso	5
1.1.1. Definición	5
1.1.2. Garantías del Debido Proceso.....	6
1.2. El derecho a la defensa	8
1.2.1. Definición	8
1.2.2. Garantías básicas del derecho a la defensa	10
1.3. La víctima dentro del proceso penal	13
1.3.1. Víctima.....	14
1.3.2. Derechos de las víctimas en el proceso penal	17
1.3.3. Delitos contra la integridad sexual y reproductiva	19
1.3.4. Victimización	23
Capítulo II: La cámara de Gesell como medio para receptar testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de delitos sexuales.....	27
2.1. Prueba.....	27
2.1.1. Medios probatorios	28
2.1.2. Testimonio anticipado	31
2.1.3. Testimonio anticipado rendido por niños y niñas.....	33
2.2. La cámara de Gesell como mecanismo para receptar testimonios anticipados.....	36
2.2.1. Definición: Cámara de Gesell.....	36
2.2.2. La aplicación de la cámara de Gesell en el derecho penal	37
2.2.3. El uso de la cámara de Gesell en el Ecuador	38
2.2.4. Protocolo para el uso de la cámara de Gesell	40
2.2.5. Protocolo de escucha especializada para niños víctimas de abuso sexual	45
Capítulo III: Contraste de los aspectos positivos y negativos al permitir el testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell en niños y niñas víctimas de delitos sexuales	48
3.1. Aspectos Positivos.....	49

3.1.1.	El derecho a la no revictimización	51
3.1.1.1.	El derecho a la no revictimización en la legislación ecuatoriana	54
3.1.2.	El interés superior del niño	55
3.1.2.1.	El interés superior del niño en la legislación ecuatoriana	62
3.1.3.	El derecho al acceso a la justicia	65
3.1.4.	El derecho a ser escuchado	68
3.2.	Aspectos Negativos	71
3.2.1.	El debido Proceso	72
3.2.2.	El derecho a la defensa del procesado	77
3.2.3.	El principio de contradicción	81
3.2.4.	La garantía del Juez Natural	85
3.2.5.	La figura de contar con un perito de parte	87
3.3.	Contraste	90
Conclusiones y Recomendaciones.....		95
Bibliografía		98

INTRODUCCIÓN

1.1. OBJETIVOS

La finalidad de la presente disertación es determinar si la cámara de Gesell es el mecanismo idóneo para la recepción de testimonios anticipados rendidos por niños y niñas víctimas de infracciones penales en específico de delitos de naturaleza sexual, identificando de esta forma las ventajas y desventajas que dicha cámara provoca dentro del proceso penal, teniendo en cuenta como ventajas la protección de la víctima garantizando el derecho a la no revictimización y el interés superior del niño y como desventajas las posibles vulneraciones del debido proceso y del derecho a la defensa del procesado.

1.2. METODOLOGIA

Los métodos utilizados para el desarrollo de la presente disertación, son el método cualitativo; método que no estudia la realidad en sí, sino lo que busca es explicar cómo se construye dicha realidad y como esta debe ser comprendida. (Herrera, La investigación Cualitativa, 2008)

El método cualitativo es sumamente útil para poder comprender e interpretar los problemas sociales, en consecuencia, el tema de la presente disertación que es la cámara de Gesell como mecanismo idóneo para la recepción de testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de delitos sexuales frente a las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa, se puede evidenciar un problema social, que nace a partir de los delitos de naturaleza sexual perpetrados a menores de edad, en donde el legislador al precautelar los derechos del niño, niña y adolescente, que son el interés superior del niño y el derecho a la no revictimización, crea la figura del testimonio anticipado mediante el uso de la cámara de Gesell, creando un conflicto de intereses entre las partes procesales ante las posibles vulneraciones del derecho a la defensa y del debido proceso.

Además, se utilizará el método descriptivo, con el cual se pretende establecer la evolución que el derecho ha tenido al brindar ciertas protecciones a las víctimas y más aún cuando están son niños y niñas víctimas de delitos de naturaleza sexual. Así también establecer los elementos que permiten una verdadera participación de la víctima en conjunto con la

utilización de mecanismos de protección hacia las víctimas como la cámara de Gesell dentro del proceso penal sin menoscabar los derechos de la parte procesada.

Dentro de la metodología jurídica, se analizará desde el método jurídico, dogmático, mejor conocido como teórico, en donde se visualizará el problema jurídico, únicamente a la luz de las fuentes formales e históricas del derecho.

La presente investigación maneja herramientas que permitan la obtención de información, como fuentes primarias se utilizará doctrina que se encuentre en libros, artículos de revistas tanto jurídicas como psicológicas, y con respecto a los recursos electrónicos y páginas web, se utilizará publicaciones extraídas de los repositorios web.

1.3. ESTRUCTURA

El objetivo central de la presente disertación, radica en determinar si la cámara de Gesell es el medio idóneo para la recepción de testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de abuso sexual en armonía con las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa.

Por ello, la presente disertación se encuentra compuesta por tres capítulos y sus anexos, seguido de sus conclusiones y recomendaciones. De esa forma, el primer capítulo constituye en establecer un acercamiento conceptual y doctrinario sobre el debido proceso y el derecho a la defensa, además de establecer los derechos y garantías que toda víctima en general posee al momento de ser parte de un proceso penal.

Seguido, el segundo capítulo abarcará la prueba en materia penal, su importancia y las clases de pruebas que el Código Orgánico Integral Penal menciona, seguido de las pruebas testimoniales excepcionales, en las cuales se analizará a la cámara de Gesell como un medio de prueba testimonial excepcional, su origen, definición y evolución dentro del derecho penal hasta llegar a ser un mecanismo de recepción de testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de delitos sexuales.

Posteriormente, en el tercer capítulo, se analizará las ventajas y desventajas que la utilización de la cámara de Gesell provocó en el proceso penal, teniendo como ventajas el derecho a la no revictimización, derecho que se encuentra establecido tanto en instrumentos internacionales como en la Constitución del Ecuador y la garantía del interés superior del niño cuando dentro del proceso penal se encuentre involucrado el menor, derechos que han servido de norte para la expedición del Protocolo para el Uso de la

cámara de Gesell; y como desventajas la posible vulneración de las garantías básicas del debido proceso y del derecho a la defensa, tales como el derecho a contradecir, igualdad de oportunidades, a no contar con un perito de parte (figura nueva que propondré), entre otras, para posteriormente realizar un contraste y establecer si la cámara de Gesell constituye un mecanismo idóneo para la recepción de testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de delitos de carácter sexual.

Finalmente, con las consideraciones establecidas se concluirá si la cámara de Gesell al momento de receptar testimonios anticipados, en verdad protege los derechos de las víctimas, en este caso de niños y niñas víctimas de delitos de naturaleza sexual o atenta contra los derechos del procesado, todo ello en armonía con las garantías básicas del debido proceso y el derecho a la defensa.

Capítulo I: Debido proceso en casos de delitos sexuales perpetrados en niños y niñas en el sistema penal ecuatoriano

En todo proceso penal siempre debe velarse por los derechos y garantías de las partes procesales, sin embargo, en la actualidad se ha dado una mayor protección a la víctima dentro de los procesos penales por los distintos grados de afectación producidos no solamente por el delito sino por el trato inapropiado que recibe por parte del aparato estatal, y por la confrontación que tiene la víctima con el imputado provocado en ella daños a nivel personal, social y familiar.

Distintos estudios han evidenciado que la participación de la víctima en los distintos actos procesales, o la repetición de alguno de ellos, ha ocasionado problemas psicológicos, constituyendo una verdadera revictimización por el estrés que significa relatar lo sucedido de forma reiterada; por el trato inapropiado que recibe por parte del aparato estatal; y por la confrontación que tiene la víctima con el imputado.

Dichos problemas empeoran cuando las víctimas son niños, niñas y adolescentes, ya que por su especial vulnerabilidad necesitan de una mayor protección al momento de formar parte del proceso, y más aún cuando el bien jurídico que se encuentra vulnerado es el derecho a la integridad sexual y reproductiva. Esta protección se encuentra encaminada a garantizar de forma efectiva el derecho a no ser revictimizado y con ello se ayuda a garantizar otros derechos como el interés superior del niño, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a ser escuchado; minimizando las molestias, protegiendo su intimidad y garantizando su seguridad.

Ahora bien, dentro del proceso penal no existe únicamente la víctima como sujeto procesal, sino que, también existe otro sujeto que es merecedor de protección legal y constitucional, por lo que la doctrina sostiene que el procesado también tiene el derecho a controlar, participar y ser tratado en igual de condiciones que la víctima durante todo proceso. (Herrera, 2017)

En consecuencia, si prestamos atención, se puede observar que existe un enfrentamiento entre los intereses de la víctima y el procesado, cuya solución ha inclinado la balanza en pos de brindarle mayor protección y resguardo a la víctima, produciendo en muchas ocasiones un debilitamiento o flexibilización del debido proceso y más aún del derecho a la defensa en juicio del procesado.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, el objetivo del presente capítulo será analizar dos puntos importantes: los derechos y garantías del debido proceso que deben tomarse en cuenta en todo proceso penal y a las víctimas de delitos sexuales.

1.1. Debido Proceso

1.1.1. Definición

El debido proceso es un principio jurídico procesal según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso legal.

La doctrina ha coincidido que el término debido proceso tiene su origen en el derecho anglosajón, exactamente en el siglo XIII en la Carta Magna, en la cual se restringió el poder del Estado Monárquico Absolutista al reconocer por primera vez la necesidad del debido proceso legal, estableciendo que únicamente mediante un previo juicio legal y por sus iguales, el Estado podría restringir la libertad, el derecho de propiedad y de posesión de sus bienes. (Pérez, 2012)

Posteriormente el Estatuto 28 expedido por el rey Eduardo II decretó que “Ningún hombre, cualquiera que sea su estado o condición debe ser sustraído de su hogar, ni tomado, ni puesto en prisión, ni acusado o dársele muerte sin que se le dé una respuesta a través del debido proceso”, provocando un cambio significativo al suprimir el procedimiento arbitrario del rey por un procedimiento que admitía el desahogo de las pruebas. (Rodríguez, 2015)

En razón de estos hechos históricos, el concepto de debido proceso fue tomando fuerza y en el año de 1789 se expide la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en donde se reconoce la garantía del debido proceso, estableciendo que ningún hombre podrá ser acusado, detenido, ni arrestado, sino en los casos que se encuentran determinados en la ley. Este derecho se extendió prácticamente a todos los países de occidente, especialmente a los de América, en los cuales se incorporó el concepto del debido proceso en sus diferentes Constituciones.

Al desarrollar la evolución que ha tenido el debido proceso a lo largo de la historia, la doctrina ha sido unánime en indicar que el debido proceso es un derecho fundamental, aunque de naturaleza compleja, dado que abarca un conjunto de principios y garantías

que amparan los derechos de las personas durante el proceso judicial. Y en palabras de Jorge Zavala Baquerizo (2002), el debido proceso es aquel que se inicia, se desarrolla y se concluye respetando y haciendo efectivo los presupuestos, principios y normas constitucionales, legales e internacionales que han sido aprobadas previamente con la finalidad de alcanzar una justa administración de justicia.

En el Ecuador, la Constitución del 2008 en su artículo 76 ha reconocido el debido proceso como el derecho o facultad de exigir a cualquier autoridad pública los comportamientos prescritos en ella, en los instrumentos internacionales, en las leyes para el juzgamiento de cualquier ser humano que se encuentre en el territorio ecuatoriano. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

1.1.2. Garantías del Debido Proceso

El Ecuador en su artículo 76 de la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 5 han consagrado el derecho al debido proceso, reconociendo un amplio catálogo de principios y derechos básicos que deben tomarse en cuenta en todo proceso penal; y son:

Principio de legalidad y tipicidad: El principio de legalidad fue concebido desde la perspectiva de que ningún ciudadano puede verse obligado a aquello que la ley no lo ha ordenado. Este principio es una garantía de igualdad y de seguridad jurídica, al establecer que nadie puede ser juzgado, ni sancionado por un acto que al momento de cometerse no se encuentre tipificado por la ley como infracción, ni se le aplicará una sanción que no se encuentre prevista en la Constitución o la ley. (Ulloa, 2013); con respecto al principio de tipicidad, se debe entender que tipificar una infracción significa describir una conducta y declararla legislativamente como contraria a Derecho, es decir que esa conducta es merecedora de una sanción. (Oyarte, 2016)

Presunción de inocencia: El derecho de presunción de inocencia significa que, al iniciar un procedimiento judicial, el procesado no es considerado responsable de la imputación, dicho en otras palabras, la persona procesada no es culpable del hecho o acto que se le imputa hasta que exista una sentencia condenatoria en su contra. (Oyarte, 2016)

Alberto Binder (1997) señala de forma precisa que, para comprender de mejor forma la presunción de inocencia, es mejor referirse a una formulación negativa, es decir “nadie

es culpable si una sentencia condenatoria no lo declara así”. El autor con gran acierto marca que, si bien, quien se encuentra involucrado sobre un proceso pesa una sospecha, esto no elimina la garantía de la presunción de inocencia hasta que el juez con todas las pruebas practicadas dentro del proceso penal juzgue sobre su responsabilidad.

Principio Indubio Pro Reo: Según las palabras de Julio Cesar Trujillo (S/F) el principio Indubio pro reo significa que cuando una norma es susceptible a varias interpretaciones se aplicará la más favorable; lo mismo se aplica que si al caso vienen dos o más normas, se ha de aplicar la más favorable al procesado. Conjuntamente, el principio indubio pro reo reconoce que, si existe duda en cuanto a la culpabilidad de una persona, el juzgador deberá pronunciarse en el sentido de ratificar la inocencia, garantizando de esta forma la seguridad jurídica y únicamente se podrá imponer una sanción si se comprueba la culpabilidad del procesado. (Saltos, 2009)

Legalidad de las pruebas obtenidas y actuadas: La Constitución del 2008 consagra en el artículo 76 numeral 4 que, “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”. (Zambrano, 2009). Esta garantía impone un claro límite al principio de libertad probatoria, pues este principio hace referencia a la legalidad de las pruebas obtenidas y actuadas, deduciendo así, que todo elemento de convicción que se incorpore al proceso debe respetar las normas constitucionales para su obtención y reproducción. (Anselmino, 2012). A partir de lo expuesto se deriva la regla de exclusión probatoria, lo que significa que, todo elemento que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional, deberá ser excluido para su valoración y no podrá formar parte del proceso.

Proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales: Según el tratadista Julio Cesar Trujillo (S/F) el principio de proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales se ha convertido en una guía para el legislador que al intentar regular el poder punitivo del Estado ha de procurar que exista una proporción entre las infracciones y sus sanciones; además es una guía para el juez al momento de aplicar las penas previstas en la ley.

La doctrina considera que este principio es de difícil aplicación, sin embargo, concuerdan que es posible precisarlo intelectualmente al distinguir las infracciones que merecen ser

criminalizas y las que no, y de las infracciones que sí merecen ser criminalizadas, prevenir sanciones más graves a las acciones que vulneren de forma más grave a los bienes jurídicos protegidos. (Trujillo, S/F); de esta forma, el cumplimiento del principio de proporcionalidad debe ser aplicado por los jueces dentro del ámbito de la administración de justicia, distinguiendo de forma clara que la pena debe ser proporcional al delito, es decir, que la pena no sea exagerada. (Cornejo Aguilar, 2017)

Principio de Inmediación: El principio de inmediación hace referencia a que el juez debe celebrar las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá encontrarse presente con las partes procesales al momento de evaluar los medios de prueba y demás actos procesales.

Principio de Contradicción: El principio de contradicción da la posibilidad a las partes procesales de presentar de forma verbal las razones y argumentos de los que se crean asistidos y poder replicar los argumentos de las otras partes procesales al permitírsele presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

Derecho a la defensa: Con respecto al derecho a la defensa, se entiende por este la posibilidad del procesado de intervenir durante todas las etapas del proceso, además de contar con una defensa técnica, conocer y contradecir fundadamente las peticiones presentadas por la contraparte, controlar la legalidad de las pruebas; y ofrecer pruebas de descargo controlando las de cargo,

Como se puede apreciar, el derecho a la defensa es una de las garantías más importantes que se desprenden del debido proceso, y al contrastarla con el testimonio anticipado rendido dentro de la cámara de Gesell constituye una de las garantías que la doctrina ha establecido como la más vulnerada; y es por ello que el derecho a la defensa se lo desarrollará en el siguiente apartado.

1.2. El derecho a la defensa

1.2.1. Definición

El término “derecho a la defensa” se consagra por primera vez en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos del 4 de julio de 1776 provocando un verdadero cambio sobre la concepción del procesado frente al proceso, al establecerse que en todo proceso criminal inclusive en aquellos en los que se sentencie a pena capital, el procesado

tendrá derecho a saber la causa y naturaleza de la acusación, a pedir pruebas a su favor, y a ser juzgado por un jurado imparcial, además, esta declaración incorporó que al procesado no se le puede obligar a testificar contra sí mismo, y que nadie puede ser privado de su libertad.

Es así que la promulgación del derecho a la defensa descartó la posibilidad de la toma de decisiones arbitrarias por parte de los operadores de justicia y se estableció como una garantía fundamental el permitir que todo ciudadano que se encuentre dentro de un proceso pueda defenderse de forma adecuada de todas las pretensiones que se le acusaba.

Además, es importante señalar que el concepto del derecho a la defensa a medida que iba expandiéndose, iba tomando fuerza en las diferentes legislaciones y tratados internacionales; es así que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, consagró en su artículo 11 el derecho a la defensa, estableciendo que toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley y en juicio público en el que se aseguren las garantías necesarias para su defensa.

Además, en el año de 1966 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas en su artículo 14 incluye el derecho a defensa en materia civil y penal donde establece que:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas;

- d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
- e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
- f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
- g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

Y por último el artículo 8 de la Convención Americana sobre derechos humanos de 1968 o Pacto de San José, bajo el concepto de garantías judiciales, incluye el derecho a la defensa determinándolo en una doble dimensión; la primera que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones; y la segunda dimensión, versa sobre las garantías judiciales mínimas sobre el procesado.

Si bien es cierto, el derecho a la defensa es aplicable a toda clase de proceso, cualquiera que sea: civil, laboral, administrativo, comercial, etc., sin embargo, este derecho tiene una importante relevancia en los procesos penales como consecuencia de la supremacía de los bienes jurídicos protegidos que se encuentran comprometidos. (Jauchen, 2007); ante ello, el derecho a la defensa en materia penal puede ser definido acorde Eduardo Jauchen (2007), como el derecho que concede la facultad de intervenir dentro del proceso al procesado en cada una de las etapas y actos procesales, desde el más prematuro inicio es decir, cuando el procesado ha sido señalado como responsable de un delito o al momento de ser detenido, hasta su terminación, esto es, cuando el procesado haya sido declarado culpable o se haya ratificado su estado de inocencia. (Jauchen, 2007)

1.2.2. Garantías básicas del derecho a la defensa

Se debe tener en cuenta que el titular del derecho a la defensa no es solo quien propiamente se defiende de una imputación o demanda, sino también de quien acciona, pues si este va a ejercer el derecho a la tutela judicial efectiva, lo hará precisamente, para defender sus derechos e intereses, por lo que del contenido de las garantías de este derecho se podrá evidenciar que también estas están destinadas a la parte actora. (Oyarte, 2016)

La Constitución del 2008 en su artículo 76 numeral 7 indica que dentro del derecho a la defensa se incluyen ciertas garantías básicas como:

Contar con el tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa:

Contar con el tiempo adecuado, es una cuestión básica dentro del proceso, dado que, quien desea presentar una denuncia o demanda tiene el tiempo necesario para hacerlo, sin embargo, quien se defiende de la imputación también debe tener el tiempo adecuado para hacerlo. De esta afirmación podemos establecer que hay tiempos para petitionar y tiempos para contradecir. (Oyarte, 2016)

Por otro lado, contar con los medios adecuados se refiere a varios aspectos, como acceder a los documentos y pruebas con una anticipación de tiempo suficiente para preparar la defensa y a ser informado con antelación de las actuaciones judiciales que se practicarán y poder participar de forma efectiva de ellas, entre otras.

A ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente: Según Rafael Oyarte (2016) toda persona tiene derecho a ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente, sin que exista justicia por tribunales de excepción o comisiones especiales creadas para efecto.

Con respecto a la independencia, cabe señalar que este principio se deriva de que el ejercicio de la jurisdicción y la decisión de las causas les corresponde a los órganos jurisdiccionales; es decir, es una función exclusiva de los órganos de justicia conocer, juzgar y hacer cumplir lo juzgado sin que exista ninguna injerencia por parte de los otros órganos del Estado. (Oyarte, 2016)

El autor Hernán Salgado en su obra “Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador” (1987) sostiene que el principio de independencia jurisdiccional no responde a la idea general sobre la separación de poderes, sino que este principio tiene la finalidad de que la Función Judicial realice sus funciones sin interferencias extrañas, pudiendo de esa forma resolver con criterio puramente apegado a derecho, sin que la política u otras influencias puedan entorpecer la correcta administración de justicia.

Con relación al principio de imparcialidad, Rafael Oyarte (2016) señala que este principio hace relación al principio de igualdad entre los justiciables, en otras palabras, no se puede realizar distinción alguna dentro de un proceso, razón por la cual el resultado que se

obtenga del litigio solo puede derivarse de la correcta aplicación del Derecho y no de otros factores ajenos a la juridicidad como el interés, compromiso o vínculo que se ligue a favor o en contra de una de las partes procesales.

A causa de que el juez o el tribunal pueda tener algún interés dentro del proceso y perjudicar o beneficiar en sus derechos, intereses o pretensiones a una de las partes procesales, el ordenamiento jurídico ha establecido formas en la que el juez debe apartarse del proceso, razón por la cual se establece que el juez se excuse por iniciativa propia o que cualquiera de las partes procesales que se sienta perjudicada ante la actuación del juez exija la recusación de este.

Y, por último, con respecto al principio de competencia se debe partir de la base de que la jurisdicción es el poder del Estado de juzgar, la competencia es la medida en que ese poder del Estado es otorgado a un tribunal determinado, por ello Binde (1993) explica que el principio de competencia es la facultad que tiene el juez para poder aplicar derecho a un caso concreto, según la distribución territorial o de materias que deben encontrarse determinadas por la ley.

A no ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia o Non Bis In Idem:

El principio Non Bis In Idem garantiza a toda persona que no sea juzgado más de una vez por los mismos hechos, es decir este principio se vuelve un impedimento procesal que niega la posibilidad de interponer una nueva acción y la apertura de un segundo proceso que tenga un mismo objeto. (De Leon Villaba, 1998). En el Ecuador, el principio Non Bis In Idem se encuentra consagrado en el artículo 76 numeral 7 letra i) de la Constitución del 2008 como una garantía al debido proceso y tiene como objetivo evitar que una persona sea sancionada dos veces por la misma causa.

A ser escuchado en igualdad de condiciones: La igualdad ante la ley es un derecho que poseen las partes procesales dentro de cualquier proceso, ya sea en los diferentes actos procesales que permitan a cada una de ellas alegar y fundamentar los argumentos que justifican las pretensiones y excepciones. Es importante señalar que el principio a ser escuchado en igualdad de condiciones hace referencia de forma clara al principio de igualdad procesal,

Derecho a argumentar, probar y contradecir: Este derecho incluye la facultad de conocer las acusaciones, imputaciones y, en general las peticiones que se encuentran

dirigidas a establecer la responsabilidad de una persona con el fin de aplicarle una sanción o bien para imponerle una obligación de dar hacer o no hacer, además, este derecho permite presentar pruebas y contradecir cualquier prueba que la parte contraria presente en su contra, así como la de interrogar a testigos, peritos, entre otros.

La publicidad del proceso: El principio de publicidad del proceso consiste en que los actos que se desarrollen dentro de los tribunales de justicia deben ser públicos, a excepción de los que por su naturaleza estén excepcionados por la ley.

Es así que la Constitución del 2008 en su artículo 76 numeral 7 literal d) consagra que todos los procedimientos serán públicos, salvo las excepciones previstas por la ley. Además, el Código Orgánico Integral Penal en concordancia con la Constitución del 2008, en su artículo 5 hace referencia a los principios procesales y en su numeral 16 expone que todo proceso penal es público salvo los casos de excepción previstos en este código; por último, el artículo 562 del Código Orgánico Integral Penal establece las audiencias que son de carácter reservado, correspondiendo aquellas audiencias concernientes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer, miembros del núcleo familiar y contra la estructura del Estado Constitucional.

Asistencia de un profesional: Según el Doctor Rafael Oyarte (2016) las personas tienen derecho a contar con la asistencia de un profesional para que ejerza una efectiva tutela de sus intereses y derechos, y este derecho implica la posibilidad de poder contar con un abogado que puede ser libremente designado, o de un defensor público.

A partir de las conceptualizaciones se puede concluir que, tanto el debido proceso como el derecho a la defensa, procuran garantizar de forma efectiva la protección de derechos y la igualdad de oportunidades tanto el procesado como la víctima al momento de realizar el ejercicio de la defensa, en la reproducción de pruebas destinadas a comprobar la existencia de sus pretensiones para conseguir una sentencia justa y equitativa.

1.3. La víctima dentro del proceso penal

Establecida la importancia que tanto el debido proceso como el derecho a la defensa tienen dentro del proceso penal, es importante proceder a analizar a la víctima dentro del proceso penal haciendo énfasis en niños y niñas víctimas de delitos sexuales. El análisis que se realizará se enfocará en la participación, el tratamiento y las consecuencias que el

proceso penal provoca en las víctimas de delitos sexuales y más aún cuando estos son niños y niñas.

1.3.1. Víctima

La participación, el tratamiento y la importancia que la víctima ha tenido dentro de los procesos ha ido variando de acuerdo a la época, creencias religiosas, sistemas políticos, leyes, y normas que imperaban en ese determinado momento o época. La autora Pilar Iñiguez (2004) relata que en la época primitiva lo que se decidía como correcto o incorrecto se fundamentaba en los dogmas y creencias religiosas; y cuando un miembro de la tribu resultaba víctima de un delito, este y su familia tomaban venganza de manera que castigaban al culpable y a su familia. Posteriormente al intentar poner un límite a la venganza entre privados se impuso la Ley del Tali3n, mejor conocida como “Ojo por ojo, diente por diente” en la cual se establecía que la pena impuesta debía ser igual al da3o cometido por parte de la víctima. (Iñiguez Ortega, 2004)

Siguiendo con la evoluci3n de la humanidad aparece la instituci3n de la compensaci3n, esta instituci3n prohibi3 que la víctima pueda tomar venganza por su propia mano, sustituyendo la pena por un pago; pago que significaba un resarcimiento que era otorgado al victimario como un derecho para negociar su indulgencia, por lo cual la víctima podía fijar el monto y la forma de pago. (Iñiguez Ortega, 2004).

En la Edad Media el poder monárquico de forma absoluta tomo el control al imponer sanciones a quienes hayan cometido un hecho delictivo provocando que la víctima pierda protagonismo. (Maila Martinez, 2013)

Finalmente, en los años noventa, en el Derecho Internacional la víctima inicialmente es catalogada como un “ocupante sin lugar”, impidiéndole participar dentro de los tribunales como ocurri3 en los Juicios de Nuremberg; sin embargo, el aparecimiento de la Corte Penal Internacional intent3 dar un puesto a la víctima, pero no lo logra gracias a que los sistemas de justicia, ni a nivel internacional, ni nacional se encuentran debidamente preparados para que las víctimas participen como un actor m3s dentro de los procesos penales. (Guerrero, 2007)

En la actualidad, el Estado tiene la facultad de expedir normas, definir tipos penales y las sanciones que se impondrán a las conductas; en consecuencia, se proclama que el Estado

sea el que acuse y administre justicia, asumiendo el conflicto entre los particulares y convirtiendo a la víctima simplemente en un testigo que facilita el conocer los hechos y llegar a la verdad. (Rodríguez Manzanera, 2007)

En efecto, así como la concepción de víctima ha ido evolucionando a lo largo de la historia, también lo ha hecho su definición, aunque no existe unanimidad para determinar un concepto claro sobre qué es ser víctima o quién o quiénes se puede considerar víctimas. La doctrina se ha encargado de brindar varias definiciones y como explica Luis Rodríguez Manzanera cada definición dependerá de cada teoría, tendencia y perspectiva de los autores.

De forma muy general la autora Mariana Yépez (S/F) considera que, víctima es toda persona que ha sufrido daños en su integridad física o mental o en su patrimonio; o cuando sus derechos han sido afectados sustancialmente. La autora añade al decir que el concepto de víctima es un tema más criminológico que jurídico, y expone que la víctima es aquella persona a quien se le ha causado un daño individual o colectivo, físico, mental, patrimonial o moral; en palabras más sencillas, es la persona que ha padecido de violencia a través del comportamiento de otro individuo.

Al proponer una definición e intentar regular los derechos de las víctimas, la Organización de las Naciones Unidas acertadamente ha propuesto tanto en el VI Congreso celebrado en Caracas en 1980, como en el Congreso realizado en 1985 en Milán, definir a la víctima desde un enfoque meramente jurídico:

Se entenderá por “víctimas”, las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencias de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, [...]

En el Ecuador, no existen antecedentes sobre el tratamiento de la víctima hasta la expedición de la Constitución Política de 1998; dicha Constitución fue la que consagró por primera vez a las víctimas y fue la pionera en brindarle protección al crear el Programa de Protección de Víctimas, Testigos y más participantes del proceso penal. (Yepez Andrade, S/F)

Posteriormente, la Constitución del 2008 es su artículo 78 inciso primero, expone que las víctimas de las infracciones penales gozaran 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, además el texto constitucional añade que el Estado adoptará mecanismos para una reparación integral que incluirá el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. (Constitución de la Republica: Art 78 Inc. 1)

El Código Orgánico Integral Penal¹ en su artículo 439 consagra a la víctima al igual que el procesado, la fiscalía y la defensa como sujeto procesal, sin embargo, la víctima no es considerada como un sujeto procesal sin el cual su participación no permita la existencia del proceso, ya que el artículo 11 del mismo cuerpo normativo señala que la comparecencia de la víctima es opcional porque el numeral 1 dispone que puede o no proponer acusación particular, y que no es obligatoria su participación dentro del proceso y si decide participar tiene la posibilidad de dejar de hacerlo en cualquier momento, situación que tanto la fiscalía, el procesado y la defensa no la tienen, ya que sin ellos no podría existir o continuar el proceso. (Yepez Andrade, S/F)

Además, el Código Orgánico Integral Penal si bien es cierto que no define de que debe entenderse como víctima, el artículo 441 señala las personas que pueden llegar a ser víctimas y son:

Artículo 441: Se consideran víctimas, para efectos de aplicación de las normas de este Código, a las siguientes personas:

1. Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción.
2. Quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal.
3. La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior.
4. Quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.
5. La o el socio o accionista de una compañía legalmente constituida que haya sido afectada por infracciones cometidas por sus administradoras o administradores.
6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción.
7. Cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos.

¹ Código Orgánico Integral Penal, artículo 439

8. Las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas indígenas en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

La condición de víctima es independiente a que se identifique, aprehenda, enjuicie, sancione o condone al responsable de la infracción o a que exista un vínculo familiar con este.

De lo dicho, tanto la Constitución del 2008 como el Código Orgánico Integral Penal han reconocido el papel protagónico que posee la víctima dentro de los procesos penales, si bien es cierto, aunque la legislación ecuatoriana no indique cual es el concepto de víctima, la doctrina ha sido unánime al indicar que víctima es toda persona que considere que un bien jurídico protegido o sus derechos fundamentales han sido vulnerados y estos deben encontrarse tipificados por la ley.

1.3.2. Derechos de las víctimas en el proceso penal

Dentro de un proceso penal debe existir un perfecto equilibrio entre los derechos que poseen las personas procesadas con los derechos que poseen las víctimas; ante ello el Estado debe garantizar a las víctimas, testigos, procesados y demás partícipes que actúen dentro de un proceso penal, otorgando un acceso a la justicia sin menoscabar su condición, y así poder brindar un trato justo y digno a todos por igual.

Al enfocarnos en los derechos que poseen las víctimas dentro de un proceso penal es necesario precisar qué son las garantías comunes del debido proceso y del derecho a la defensa; sin embargo, además de las garantías comunes al proceso, las víctimas poseen derechos específicos dentro del proceso penal y estos derechos específicos se encuentran regulados tanto en la Constitución del 2008 como en el Código Orgánico Integral Penal.

La constitución del 2008 establece en su artículo 78 que las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial por parte del Estado; dicha protección especial se resume en garantizar su no revictimización, especialmente al momento de obtener y valorar las pruebas, esta protección se extiende sobre cualquier amenaza y otra forma de intimidación a los que la víctima pueda ser expuesta. Además, la Constitución en el artículo mencionado establece la adopción de mecanismos de reparación integral, que incluyen el conocimiento de la verdad, la restitución, reparación, rehabilitación y satisfacción del bien jurídico vulnerado².

² Constitución del 2008, artículo 78.

De la misma manera el artículo 11 del Código Orgánico Integral Penal en lo que se refiere a los derechos que posee la víctima, guarda concordancia con el artículo 78 de la Constitución, y resalta el interés que posee la víctima dentro del proceso penal que no es únicamente la imposición de la pena, sino la reparación del daño causado por el delito cometido. (Yepez Andrade, S/F)

Los numerales 1, 6, 7, 9, 10 y 11 se refieren el acceso a la justicia, consagrando el derecho que tiene la víctima a proponer acusación particular, a decidir si es partícipe del proceso, y en caso de ser partícipe, tiene la posibilidad de dejar de hacerlo en cualquier momento, además de poder contar con la asistencia profesional de un defensor público o privado durante el proceso; a ser asistida por un traductor o interprete; a recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo a las necesidades durante el proceso penal; a ser informada por el fiscal de la investigación preprocesal y de la instrucción fiscal; y por último, aunque no haya participado en el proceso, a ser informada del resultado final.

El numeral 2 del artículo 11 del mismo cuerpo normativo consagra el derecho a la adopción de mecanismos para una efectiva reparación integral de los daños sufridos, este derecho incluye el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, indemnización, garantía de no repetición de la infracción, satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que justifique para cada caso en concreto.

El numeral 3 del artículo 11 señala la reparación por las infracciones ocasionadas por agentes del Estado o por quienes cuenten con autorización; los numerales 4 y 5 se refieren a la protección especial con la que cuenta tanto la víctima como su familia, resguardando de esta forma su intimidad y seguridad, y salvaguardando que la víctima no sea revictimizada al momento de obtener y valorar pruebas.

El numeral 8 del artículo 11 versa sobre el derecho que posee toda víctima a ingresar al Sistema Nacional de Protección y Asistencia de Víctimas y Testigos; y por último el numeral 12 se refiere a que la víctima sea tratada por igual y cuando el caso amerite se apliquen medidas de protección afirmativas con el objetivo de garantizar una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana.

De esta forma se evidencia que el derecho penal ecuatoriano no se encuentra exclusivamente orientado a los derechos del procesado, sino que incluye igualdad de

derechos y oportunidades a todas las partes procesales, y a todos los que intervienen dentro del proceso penal. Anteriormente en el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal, la víctima se encontraba invisibilizada, es decir sus derechos e intereses solo eran asumidos por la fiscalía, en cambio en la actualidad el panorama es distinto, la víctima además de jugar un papel importante, juega un papel preponderante dentro de los procesos penales, exigiendo a los administradores de justicia en todo momento no descuidar los derechos e interés que la víctima pueda tener dentro del proceso penal, sin perjuicio de los derechos y garantías del debido proceso que tiene el procesado.

1.3.3. Delitos contra la integridad sexual y reproductiva

Los delitos contra la integridad sexual son aquellos delitos que atacan la libertad y la voluntad sexual de una persona; es decir, se trata de delitos que atentan contra la integridad, la libertad para decidir contra su cuerpo, la privacidad y la identidad de las personas. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina, S/f)

Básicamente la integridad sexual y reproductiva del ser humano debe ser entendida como el derecho que tienen toda persona a no ser atacada por otra, a través de acciones que ocasionen una agresión sexual, y que de forma directa lesionen la libertad que tiene cada ser humano respecto de la determinación del ejercicio de su sexualidad.

Los delitos contra la integridad sexual han sido catalogados internacionalmente como uno de los más grandes problemas que de forma permanente y seria afecta a las personas, en especial a las mujeres, niños, niñas y adolescentes. Y según María Belén Alemis (2015) este fenómeno no distingue niveles económicos, contexto social o formación académica, la afectación producida por estos delitos no alcanza solo a la víctima, sino que produce conmoción en toda la comunidad. (Alemis, 2015)

Los delitos contra la integridad sexual y reproductiva en la legislación ecuatoriana se encuentran en el Código Orgánico Integral Penal, en el Título IV, Capítulo Segundo sobre los delitos contra los derechos de la libertad, en el cual, en la sección cuarta del mismo capítulo versan los delitos contra la integridad sexual y reproductiva. Con el fin de proporcionar un marco conceptual y teórico referente a este estudio, cabe mencionar únicamente los delitos contra la integridad sexual. Los tipos penales se encuentran tipificados desde el artículo 166 hasta el 174.

Los delitos tipificados en dichos artículos son: acoso sexual, estupro, distribución de material pornográfico a niños y adolescentes, abuso sexual, violación, utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual, contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos y oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos.

Acoso Sexual: El acoso sexual constituye una representación de la violencia por medio de conductas específicas y que son sancionadas. El acoso sexual se encuentra tipificado en el artículo 166 del Código Orgánico Integral Penal y explica que la persona que solicite algún acto de naturaleza sexual para sí o para un tercero, aprovechándose de situaciones de autoridad en el ámbito laboral, docente, religiosos o familiar, o de la condición de tutor, curador, ministro de culto, profesional de la educación o de la salud, de encargado del cuidado y atención de un paciente, o del vínculo familiar o cualquier otra forma de relación que implique una subordinación de la víctima, que se efectúa con amenazas de causarle a ella o a un tercero, un mal relacionado con las expectativas legítimas que pueda tener dentro de esa relación. (COIP, 2014)

Estupro El Estupro es un tipo penal de acción privada que sanciona la conducta de la persona mayor de dieciocho años de edad que empleando el engaño, tenga relaciones sexuales con otra de una edad mayor a catorce y menor de dieciocho años, la pena privativa de la libertad es de uno a tres años. (COIP, 2014)

Distribución de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes: Se encuentra tipificado en el artículo 168 del Código Orgánico Integral Penal y reprime a la persona que por cualquier medio difunda, venda o entregue a niñas, niños o adolescentes, material con contenido pornográfico; al responsable se le aplicará una pena de uno a tres años de privación de la libertad. (COIP, 2014)

Abuso Sexual: Debe ser entendido como una de las diferentes formas de violencia sexual que atenta contra la integridad y libertad sexual de las personas, el abuso sexual se encuentra tipificado en el artículo 170 del Código Orgánico integral Penal y explica que la persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de la libertad de tres a cinco años. (COIP, 2014)

Del artículo se desprende que para que exista abuso sexual, el abusador debe obligar a otra persona a ejecutar o él mismo ejecutar sobre el cuerpo de la víctima, actos de naturaleza sexual; sin embargo, para que el delito se configure no debe existir penetración ni acceso carnal, ya que al hacerlo el tipo penal cambiaría al delito de violación.

Violación: El delito de violación se encuentra tipificado en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal y consiste en el acceso carnal mediante la introducción del miembro viril, en la boca, ano o vagina de la víctima, o en la introducción por la vagina o el ano, de objetos u órganos distintos al miembro viril. (COIP, 2014)

Utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual: Delito tipificado en el artículo 172 del Código Orgánico Integral Penal que sanciona la utilización de niñas, niños o adolescentes, personas mayores de sesenta y cinco años, o personas con discapacidad, obligándolas a que exhiban su cuerpo con fines sexuales, el responsable será sancionado con pena de cinco a siete años de privación de la libertad. (COIP, 2014)

Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos: Este delito es conocido como Child Grooming y se encuentra tipificado en el artículo 173 del Código Orgánico Integral Penal y reprime la conducta de la persona que utilizando medios electrónicos o telemáticos, contacte a menores de dieciocho años para concertar encuentros; cuando esa propuesta implique la realización de actos orientados a lograr el acercamiento con fines sexuales o eróticos, se impondrá la pena de privación de libertad de uno a tres años; si se emplea alguna forma de intimidación, se aplicará la pena de tres a cinco años de privación de la libertad; si existe suplantación de identidad por parte del sujeto activo, con la finalidad de establecer comunicaciones con contenido sexual o erótico con personas menores de dieciocho años de edad o discapacitadas, se impondrá la privación de libertad de tres a cinco años al responsable. (COIP, 2014)

Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos: Delito tipificado en el artículo 174 del Código Orgánico Integral Penal y consiste en que la persona que utilice o facilite medios electrónicos o telemáticos con la finalidad de a través de ellos ofrecer servicios de naturaleza sexual con personas menores

de dieciocho años de edad, será sancionada con una pena de siete a diez años de privación de la libertad. (COIP, 2014)

Explicados los delitos contra la libertad sexual y reproductiva contemplados en el Código Orgánico Integral Penal, es importante proceder a mencionar los efectos que los delitos sexuales provocan en niños y niñas. Cesar Camposano (2018) explica que las víctimas de delitos sexuales generalmente sufren problemas físicos y psicológicos; además, añade que el impacto es mayor cuando los abusos sexuales son cometidos en la etapa infantil. El autor añade que los delitos sexuales cometidos a niños y niñas son más comunes e incluso existe la posibilidad de que los padres, conozcan el problema y por temor prefieren guardar silencio y no denunciar al abusador.

En consecuencia, los delitos contra la integridad sexual y reproductiva han sido tipificados en las diferentes legislaciones del mundo, y al momento de regularlos han puesto un mayor énfasis cuando las víctimas son niños, niñas y adolescentes, intentando de esa manera garantizar y brindar una máxima protección a este grupo vulnerable. Cesar Camposano (2018) explica que las consecuencias que sufren los niños y niñas al ser víctimas de delitos de naturaleza sexual son muy graves, por lo que es de vital importancia que la legislación ecuatoriana ahonde cada vez en los casos que han sido denunciados y establezcan políticas de prevención que contrarresten de forma efectiva este tipo de delitos.

En la mayoría de casos de delitos sexuales perpetrados contra niños y niñas no son detectados, dado que no suelen existir lesiones físicas que funcionen como indicios para determinar quién fue el responsable de ese hecho delictivo, tampoco suelen existir testigos, dado que quien comete un delito sexual suele cometerlo sin dejar rastro alguno. Es por ello que la UNICEF en su informe “Abuso Sexual contra niños, niñas y adolescentes: Una Guía para tomar acciones y proteger sus derechos” indica la importancia de escuchar al menor que ha sido víctima de un delito de naturaleza sexual, ya que su testimonio es la prueba más importante, poderosa y en la mayoría de los casos la única evidencia del delito cometido en su contra. Esta es la razón principal por la cual se debe escuchar a la víctima, prestarles la debida atención sin juzgarlos, y brindarles una verdadera protección. (UNICEF, 2016)

Es por ello que, a fin de respetar la dignidad del menor dentro de los procesos penales, es necesario que el Estado brinde una asistencia eficaz, que incluya un tratamiento profesional con la sensibilidad y tacto a lo largo del proceso penal, considerando las necesidades inmediatas y capacidad de entendimiento del menor.

1.3.4. Victimización

La victimización no ocurría cuando la víctima era considerada un “ocupante sin lugar”, ya que a la víctima se le limitaba su participación de opinar, informarse o participar dentro del proceso penal. (Alvarez & Smith, 2007), sin embargo, el Estado al asumir el conflicto entre particulares y permitir que la víctima participe dentro del proceso penal ha provocado un mayor grado de afectación y victimización hacia la víctima, en razón que ella debe contar y reconstruir los hechos provocando un impacto psicológico en ella. (Garrido, 2005)

Se puede establecer que la victimización ocurre cuando una persona se convierte en el sujeto pasivo dentro del proceso penal, en la que el sujeto activo ejecuta la acción penalmente prohibida y lesiona un bien jurídico protegido (Acuña, 2015), ante ello a Ruth Moscoso (2016) explica que en la victimización existe una intersubjetividad entre el autor, la víctima y la sociedad que se manifiesta en un conjunto de procesos psicológicos, físicos y sociales, que pueden ser expresados en tres niveles:

Antonio Beristaín (2008) explica que los tres niveles de victimización son

Primaria, secundaria y terciaria. Por victimización primaria entendemos la que se deriva directamente del crimen. Por victimización secundaria los sufrimientos que, a las víctimas, a los testigos y con frecuencia a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos, etcétera. Y la victimización terciaria procede, principalmente, de la conducta posterior de la misma víctima; a veces, emerge como resultado de las vivencias y de los procesos de adscripción y etiquetamiento, como consecuencia o valor añadido de las victimizaciones primarias y secundarias precedentes (Pág. 36).

Del razonamiento realizado por Antonio Beristaín se puede indicar que la victimización primaria se refiere principalmente al hecho criminal, por consiguiente, este tipo de victimización es aquella en la cual una persona o un grupo de personas se convierten en víctimas por la acción de otra u otras personas. (Acuña, 2015)

Por otro lado, la victimización secundaria o revictimización, en cambio es aquella en la cual, por la intervención de aparataje estatal, las víctimas sufren al tener que revivir una y otra vez el hecho traumático; en otras palabras, la victimización secundaria ocurre en el momento en que se lleva a cabo un proceso penal y la víctima es parte presencial de aquel proceso. (Acuña, 2015)

La doctrina coincide en definir a la victimización secundaria como las consecuencias psicológicas, sociales, jurídicas y económicas negativas que dejan la participación de la víctima en los procesos penales, debido a que supone un choque frustrante entre las expectativas de la víctima con la realidad institucional, involucrando una pérdida de comprensión acerca del sufrimiento psicológico y físico que ha causado el delito, provocando en la víctima inseguridad y generando una pérdida de fe en el sistema judicial. (ECPAT/Guatemala, 2010)

Siguiendo la misma línea, Antonio Albarrán (2003) explica que, la revictimización consiste en el agravamiento de la primera situación que atraviesa la víctima, es decir del hecho delictivo. Complementando la definición anterior, Mayra Herrera (2012) explica que la revictimización es el resultado que se produce de la relación establecida entre la víctima y el sistema judicial, que contribuye a agravar el daño que ha sufrido la víctima.

La Organización de las Naciones Unidas (1996) expresa que la revictimización no ocurre con la acción delictiva, sino con la respuesta de las instituciones del gobierno y los individuos hacia la víctima; además agrega que la revictimización es provocada por el sistema judicial penal, es decir, toda acción inapropiada que el Estado toma a través de la policía, los jueces, peritos, etc.

De esta forma el actuar del gobierno trae consigo consecuencias emocionales negativas hacia la víctima, consecuencias derivadas del contacto de las víctimas con el sistema judicial, y estas consecuencias negativas pueden ser sentimientos de ansiedad, confusión, depresión, indefensión, miedo, pena, pérdida de propio valor, sentimientos que vuelven a surgir frente a la experiencia victimizadora dentro del proceso penal. (Baca, Echeburúa, & Tamarit, 2006)

El concepto de victimización secundaria o revictimización en niños y niñas se refiere al proceso de convertir al menor nuevamente en víctima, al obligarla a sufrir un nuevo atentado contra su integridad, su autoestima, y su salud tanto física como mental,

(ECPAT/Guatemala, 2010) es por ello que la victimización secundaria o revictimización en el caso de niños y niñas se agrava, porque muchas veces el menor no ha desarrollado por completo todas sus capacidades cognoscitivas y el hecho de verse involucrados dentro de un proceso penal trae como resultado que su trauma aumente y no puedan convertirse en personas útiles para la sociedad. (Acuña, 2015)

En ese sentido las actuaciones judiciales no pueden ser rígidas al momento de tratar con niños y niñas, por lo tanto, las actuaciones que se practiquen dentro del proceso deben estar acorde a su edad, de manera que dichas actuaciones no ocasionen molestias, incomodidades, y aún más daño hacia el menor. (Acuña, 2015)

De lo establecido se puede establecer que la victimización secundaria es más dañina que la propia victimización primaria, debido a que la víctima al ser partícipe del proceso penal tiende a recordar los hechos y repetirlos una y otra vez, produciendo daños psicológicos irreparables.

Finalmente, la victimización terciaria es aquella que se realiza en contra de la población o de una determinada comunidad, dicho en otras palabras, la victimización terciaria supone que el hecho de afectación se involucra a una población determinada o población general (Acuña, 2015). Además, la UNODC ROPAN (2014) explica que la victimización terciaria es el resultado de la estigmatización y prejuicios sociales sobre las víctimas, ya sea de manera directa o indirecta.

De lo dicho anteriormente se desprende la naturaleza, el grado y las consecuencias que puede provocar el hecho delictivo en la víctima, y la mayor afectación que la víctima enfrenta es la victimización secundaria o revictimización que como se explicó anteriormente, es la que consiste en propiciar las condiciones externas y subjetivas para que la víctima re experimente el daño sufrido, provocando un resultado absolutamente opuesto al que se supone que el aparataje estatal desea y espera obtener. (ECPAT/Guatemala, 2010)

La tendencia hacia la revictimización es potencialmente dañina y estigmatizante en la víctima, y más aún cuando dentro del proceso penal la víctima ha consistido en niños o niñas abusados sexualmente. Dicha tendencia ha generado preocupación, y ante esto el Estado ha fundado propuestas legislativas que tienden a brindar a la víctima una mayor protección y una participación más protagónica durante el proceso penal.

Por ello, al intentar darle un mayor protagonismo, ampararla y protegerla de manera que su participación dentro del proceso penal no provoque una nueva afectación en su vida o en cualquier otro aspecto de su persona, el Estado ha tomado las medidas necesarias para reducir la revictimización, consagrando distintas modalidades especiales de recepción de testimonios y ha dispuesto de medios tecnológicos necesarios como la utilización de la cámara de Gesell para facilitar la participación de la víctima durante todo el procesado judicial, procurando de esta forma minimizar las molestias, proteger su intimidad y garantizar su seguridad.

Capítulo II: La cámara de Gesell como medio para receptar testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de delitos sexuales

2.1.Prueba

En razón que el desarrollo del presente plan de disertación versa si la cámara de Gesell es el mecanismo idóneo para la recepción de testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de delitos sexuales, resulta necesario explicar de forma breve la prueba y los medios probatorios en materia penal.

Con respecto a la prueba, la doctrina ha brindado múltiples definiciones y Gerardo Parajeles (2000) indica que es toda actividad producida por las partes procesales encaminadas al convencimiento del juez con la veracidad de los hechos que se afirman existentes en la realidad. Además, el autor añade que esta actividad conecta de una forma radical con la estructura del proceso y con la lógica de la sentencia.

Desde la posición de Eduardo Couture (2004) la prueba, desde el punto de vista procesal, es un medio de verificación de las proposiciones que los litigantes formulan dentro del proceso, para el autor dichas actuaciones son las que inclinarán la balanza de la justicia. Ana Romero (2016) añade que, las pruebas tienen por esencia llevar al conocimiento del juez, más allá de cualquier duda razonable los hechos y circunstancias que se encuentren inversas en juicio. (Romero, 2016)

Ante este primer acercamiento se puede establecer la importancia que tiene la prueba dentro de cualquier proceso, estableciendo dos características puntuales; la primera es que la prueba permite la demostración de la existencia de un hecho; y, segundo, el convencimiento al juez de la existencia de ese hecho.

Dentro del ámbito penal, José Aucancela (2016) considera a la prueba como aquel conjunto de justificativos dentro de la etapa procesal correspondiente que permiten comprobar tanto la existencia de la infracción como la culpabilidad de la o los acusados, otorgando de esta forma certeza y convencimiento al administrador de justicia sobre la veracidad de los hechos.

Dicho lo anterior, la prueba dentro de los procesos penales toma mayor relevancia al intentar descubrir la verdad material o real de un hecho, tomando en cuenta que el delito muchas veces es cometido con el fin de no dejar huella o señal alguna por parte del autor;

con lo cual se demuestra que las pruebas dentro del proceso penal son de vital importancia para el establecimiento y comprobación de la existencia de una infracción penal como de su culpabilidad. (Vayas, 2009)

Así mismo Lino Palacios (2000) explica que la prueba dentro de los procesos penales es el “conjunto de actos procesales cumplidos con el auxilio de los medios previstos o implícitamente autorizados por la ley, encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad de los hechos sobre los cuales versa la imputación” (pág. 12).

Por último, en el ámbito penal ecuatoriano, el Código Orgánico Integral Penal (2014) en su artículo 453 expresa que, “la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y responsabilidad de la persona procesada”.

En base a las definiciones acotadas por la doctrina y respaldándonos en el Código Orgánico Integral Penal, se concluye que la prueba es el núcleo central de cualquier proceso, porque es la herramienta que permite a las partes procesales recrear los hechos, demostrando de esa forma la existencia de un hecho y la responsabilidad de la o las personas que se encuentran siendo procesadas.

2.1.1. Medios probatorios

Al establecer que la prueba constituye la columna vertebral de todo proceso y más aun de los procesos penales, es importante indicar que las pruebas que se practican dentro del proceso penal únicamente pueden ser introducidas de acuerdo a los medios probatorios previstos por la ley.

Los medios probatorios han sido definidos como los vehículos de la prueba, es decir, los instrumentos de los que se valen las partes procesales para que el juez realice una verdadera apreciación judicial de cada una de las pruebas presentadas. (Cortés Domínguez, 2000)

Además, Jorge Aucancela (2016) indica que por regla general se puede ofrecer cualquier medio de prueba para lograr probar cualquier hecho, siempre que este medio de prueba no se encuentre expresamente prohibido o no permitido por la ley; lo mencionado hace

alusión al principio de libertad probatoria consagrado en el artículo 454 el Código Orgánico Integral Penal, que expresa lo siguiente:

“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. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Del artículo antes mencionado se desprende que, dentro del proceso penal, los hechos que son trascendentes para llegar a la toma de una decisión judicial, deben ser incorporados según las reglas establecidas, en este caso, por el ordenamiento jurídico ecuatoriano; y el Código Orgánico Integral penal en su artículo 498 menciona de forma taxativa los medios probatorios, que son: la prueba documental, la prueba testimonial y la prueba pericial.

La prueba documental: La prueba documental es uno de los medios probatorios que se encuentra caracterizado por contener información en letras, signos o contenida en datos electrónicos, que deben ser presentados de forma física y que deben referirse al tema materia de juicio (Borja, 2016). Porras Montero y Rivera (2016) por su parte establecen que la prueba documental es todo documento que pueda tener un carácter representativo o declarativo, que permitirá revelar un hecho dentro del proceso.

Contrastando con las definiciones antes mencionadas, Diana Lozano (2016) indica que las pruebas documentales son simplemente evidencias que pueden llegar a ser elementos de convicción y hasta podrían a ser considerados indicios; sin embargo, la autora añade que para que los documentos sean considerados válidos deben ser presentados en la etapa de juicio, después de demostrar públicamente su autenticidad y judicializarlos según la ley.

Los documentos se dividen en documentos públicos y documentos privados, los documentos públicos, son los que reúnen todos los requisitos que la ley exige para su aceptación, es decir, todo documento que ha sido emanado por una autoridad pública; y, los documentos privados son aquellos que exigen el cumplimiento de ciertas formalidades legales para su validez; así mismo, los efectos que producen estos documentos solo son exigibles para las personas que lo suscribieron y su contenido únicamente será exigible judicialmente cuando se ha verificado su autenticidad.

La prueba documental se encuentra prevista en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 499 y únicamente hace referencia a la prueba documental de los documentos públicos y privados.

La prueba Pericial: La prueba pericial ha sido definida por Climent Duran (2005) como aquella prueba que tiene por objetivo aportar con conocimientos; ya sean científicos, técnicos o especializados, intentando de esta forma permitir que el juez pueda entender y apreciar los hechos alegados dentro del proceso.

La persona que aporta con conocimientos especializados, es denominado perito; que a su vez es toda persona que en razón de sus estudios y conocimientos; ya sean científicos, técnicos o artísticos, se encuentra en la condición de informar al juez sobre el hecho relacionado con la materia que se encuentra en controversia. (Sanabria, 2016)

Dentro del mismo orden de ideas Baytelman y Duce (2008) explican que el fin de la prueba pericial es la declaración que realiza un perito, compareciendo a juicio oral y presentando su declaración ante el tribunal penal. Los autores añaden que la declaración que rinda el perito no puede ser reemplazada, sustituida o complementada de su informe pericial escrito, además la prueba pericial debe contener las formalidades expresadas en la ley, mismas que el tribunal penal observará al momento de practicar la prueba.

Héctor Borja (2016), explica que recibir el testimonio oral del perito persigue dos fines. El primero es que el tribunal penal pueda comprobar de primera mano el grado de estudio y el grado de capacidad informativa que posee el perito; y segundo, velar que se cumpla el principio de contradicción, al permitir a las partes procesales interrogar al perito en la etapa de juicio.

Recogiendo lo más importante, se puede concluir que la prueba pericial es un auxilio para la administración de justicia, al ser una prueba que busca dar respuestas técnicas o científicas para poder determinar la existencia de un hecho.

La prueba testimonial: Con respecto a la prueba testimonial, Orlando Rodríguez (2005) explica que en el pasado el testimonio era el medio de prueba más utilizado por la administración de justicia tribal, que servía para dirimir los conflictos que surgían dentro de los grupos sociales. El testimonio es un elemento esencial para la reconstrucción de

los hechos no documentados, dado que mediante la versión de quienes percibieron el hecho con sus sentidos podían ser fácilmente relatados ante el juez.

Además, José Becerra (1997) expresa que la prueba testimonial dentro de los procesos penales se convierte en una herramienta elemental que se origina en la declaración de los testigos, quienes por medio de su testimonio brindan ante el tribunal información verbal y directa respecto de los hechos controvertidos dentro del proceso.

La prueba testimonial se encuentra prevista en el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 501 y expresa que:

Es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal.

Del artículo mencionado cabe destacar que es indispensable que el testimonio se lo realice, con el objetivo de contribuir a la reconstrucción de los hechos e intentar llegar a la verdad histórica.

Luis Bedoya (2008) explica que a pesar de la importancia que tiene la prueba testimonial, dicha prueba presenta dificultades en lo que se refiere a su confiabilidad o poder persuasorio; pues el conocimiento que trasmite el testigo puede encontrarse viciado por prejuicios, intereses, problemas de percepción, o problemas de interpretación, el autor inclusive añade que el uso incorrecto del lenguaje puede dar lugar a que el conocimiento del testigo no sea transmitido de forma adecuada.

2.1.2. Testimonio anticipado

Explicada y establecida la importancia que la prueba testimonial, como parte de los medios probatorios, tiene en materia penal, es necesario precisar que dentro los medios de prueba testimoniales existen testimonios que pueden ser rendidos anticipadamente, y son los medios de prueba testimoniales excepcionales.

El testimonio anticipado es considerado un medio probatorio excepcional, y en palabras sencillas, es la prueba testimonial pero anunciada y practicada fuera de la etapa procesal correspondiente. Proceder al anuncio y a la práctica de la prueba de esta manera los principios que se rigen a la prueba porque se la realiza cuando una persona no puede presentarse a la audiencia por razones de enfermedad, que se encuentre físicamente

imposibilitado, de personas que van salir del país, y de víctimas o testigos protegidos, es decir, cuando el testimonio no puede ser practicado en la etapa de juicio, se otorga la posibilidad de que sea practicado con anterioridad a la etapa de juicio y ante el Tribunal de Garantías Penales. Lo mencionado es la diferencia principal que le otorga el carácter de anticipado a la prueba testimonial y su carácter excepcional, dado que todos los testimonios para poder tener un valor probatorio de conformidad con nuestro ordenamiento jurídico, deben ser practicados en juicio y ante los Tribunales de Garantías penales.

El testimonio anticipado en el Ecuador surge cuando el Estado empieza a preocuparse por la situación que atraviesa la víctima dentro del proceso penal, creando de esta manera mecanismos de recepción de testimonios que no dañen la integridad física ni emocional de la víctima. Lo que se busca con el testimonio anticipado es que se convierta en una forma de protección a las víctimas y más aún cuando estas son niños y niñas, ya que lo que se intenta proteger es su integridad en todas sus facetas, dándoles así la oportunidad de relatar los hechos de una manera más libre y sin presiones, evitando de esta forma su revictimización. (Valencia, 2016)

El testimonio anticipado no surge con la expedición del Código Orgánico Integral Penal, sino con el Código de Procedimiento Penal, el cual establecía que el juez de garantías penales podía recibir y receptar pruebas urgentes, de carácter excepcional; ya sea de personas enfermas, personas que van a salir del país, víctimas de violencia sexual y de aquellos quienes no pudieran asistir a la audiencia ante el Tribunal de Garantías Penales dentro de la etapa de juicio. El Código de Procedimiento Penal ya establecía que la recepción de testimonios de forma anticipada debía encontrarse en armonía con las garantías y principios del debido proceso y del derecho a la defensa.

En la actualidad el Código Orgánico Integral Penal consagra en su artículo 454 numeral 1, inciso 3ero el testimonio anticipado, aclarando que el testimonio producido de forma anticipada será excepcional y solamente podrá utilizarse en los casos previstos en el mismo código.

Tales casos excepcionales se encuentran claramente detallados en el artículo 502 numeral segundo del mismo cuerpo normativo:

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

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

En base a este artículo se puede determinar aquellos casos en los que se puede aceptar tales testimonios como un medio de prueba valido, además, el artículo 510 ibidem complementa a los artículos 454 y 502 al establecer que la víctima, previa justificación, podrá solicitar al juzgador rendir su testimonio, evitando la confrontación visual con la persona procesada, es decir, cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 502 la víctima podrá realizar su testimonio anticipado a través de videoconferencia, cámara de Gesell u otros medios apropiados para el efecto, sin embargo el Código Orgánico Integral Penal es claro al indicar que el testimonio rendido de forma anticipada no podrá vulnerar las garantías básicas del debido proceso, el derecho a la defensa y especialmente el derecho a contrainterrogar.

Por tanto, nuestro ordenamiento jurídico ha establecido un carácter excepcional para la recepción de los testimonios anticipados, y solo en casos específicos, entre los que se encuentran las víctimas de delitos de naturaleza sexual; de donde surge la necesidad de establecer procedimientos normativos y técnicos que permitan apreciar el testimonio anticipado con un verdadero valor probatorio, garantizando de esta forma los derechos de las partes, es decir, tanto de la víctima como del procesado.

2.1.3. Testimonio anticipado rendido por niños y niñas

El testimonio anticipado adquiere mayor relevancia cuando las víctimas son niños y niñas víctimas de delitos sexuales, y la autora Hilda Machiori (2003) al respecto indica que romper el silencio y participar dentro del proceso penal, en el menor acarrearía una nueva conmoción y estrés, provocándole la denominada revictimización, por ese motivo la autora propone la implementación de técnicas modernas de recepción de testimonios anticipados, con los resguardos necesarios para brindar una verdadera protección y respeto a la víctima. En el mismo sentido, Cesar Fortete (2008) añade que los niños y niñas que han sido víctimas de delitos sexuales constantemente son revictimizados

cuando deben formar parte del proceso judicial, ya sea en cada una de las fases o etapas del proceso penal; dicho en otras palabras, comparecer a rendir una versión o testimonio ocasionaría una nueva victimización que afecta mayormente a los grupos vulnerables.

Es por ello que la Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe – UNDOC ROPAN en su Opinión Técnica Consultiva N° 000/2014, dirigida al Ministerio Público de la República de Panamá, denominada “El uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá” explica que más allá del reconocimiento del derecho al testimonio anticipado en los casos que involucren a niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos, se debe destacar la necesidad que el Estado cuente con la infraestructura necesaria y las técnicas apropiadas para el ejercicio de este derecho.

En este contexto la Observación general N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas en sus conclusiones indica que:

El contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar. La persona que escuchará las opiniones del niño puede ser un adulto que intervenga en los asuntos que afectan al niño (por ejemplo, un maestro, un trabajador social o un cuidador), un encargado de adoptar decisiones en una institución (por ejemplo, un director, un administrador, un juez) o un especialista (por ejemplo, un psicólogo o un médico).

La experiencia indica que la situación puede adoptar forma de conversación en lugar de un examen unilateral. Es preferible que el niño no sea escuchado en audiencia pública, sino en condiciones de confidencialidad.

De esta observación se pueden evidenciar dos elementos importantes: A) la importancia de poder contar con un profesional adecuado y apto para realizar la entrevista con los niños y niñas que han sido víctimas; y B) que las instalaciones cuenten con la tecnológica y el espacio apropiado para que se escuche de forma eficaz y exista una protección de derecho hacia los niños, garantizando el debido proceso y el derecho a la defensa del procesado.

En el mismo orden de ideas, las “Directrices sobre justicia para los niños víctimas y testigos de delitos” recomienda la utilización de procedimientos que se encuentren debidamente adaptados a los niños, en donde se puedan incluir profesionales debidamente capacitados, salas de entrevista diseñadas para los menores, un protocolo donde se

establezca un límite al número de entrevistas que se van a realizar a la víctima, y en específico, evitar un innecesario contacto de la víctima con el proceso judicial, porque simplemente no basta con el reconocimiento de principios y derechos hacia los niños y niñas, sino que además el Estado debe implementar los medios necesarios para que se cumplan los mismos.

Por ello podemos agregar que la utilización de la informática jurídica se ha vuelto auxiliar en los procesos judiciales, conforme avanza la sociedad, se nota la necesidad urgente de acoplar la tecnología dentro del ordenamiento jurídico, y de adecuar los procesos judiciales a las necesidades que puede presentar la víctima.

Ante estos argumentos Andrés Valencia (2016) explica que hoy en día la tecnología se ha convertido en un elemento indispensable al desarrollar mecanismos de protección que permiten a la víctima brindarle un ambiente adecuado para que su participación no genere un nuevo trauma emocional en ella y que el proceso penal no sea una vivencia estresante que perjudique su salud tanto física como emocional.

Con respecto a los medios tecnológicos que brindan un ambiente adecuado para la recepción de testimonios de niños y niñas víctimas de delitos sexuales, intentando de esta manera asegurar el derecho a la no revictimización y el interés superior del niño, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 504 establece diferentes mecanismos tecnológicos para la recepción de testimonios:

Artículo 504.- Versión o testimonio de niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores. - Las niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores, tendrán derecho a que su comparecencia ante la o el juzgador o fiscal, sea de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Para el cumplimiento de este derecho se utilizarán elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares, por una sola vez. Se incorporará como prueba la grabación de la declaración en la audiencia de juicio.

En base al artículo mencionado se puede conocer cómo es el acercamiento de niños y niñas dentro de un proceso penal; es decir, conocer el modo en que los menores pueden ser escuchados por el juez; y si el caso lo amerita, el uso de elementos tecnológicos adecuados para evitar generar nuevos traumas al menor (Valencia, 2016), sin embargo, aunque este artículo no mencione a la cámara de Gesell, no se puede dejar de lado este medio tecnológico, dado que el artículo 510 numeral 1 del Código Orgánico Integral

Penal³ ya lo menciona y lo consagra como mecanismo de protección de derechos de las víctimas para recepción de testimonios anticipados.

Según Andrés Valencia (2016) la cámara de Gesell que el Código Orgánico Integral Penal menciona, es la herramienta que actualmente se considera como la de mejor aplicación para evitar la revictimización, sin embargo, es necesario tener en cuenta que esta herramienta no es nueva, sino que se la utilizaba con fines puramente psicológicos, en la actualidad se la utiliza en asuntos penales, de manera excepcional.

2.2. La cámara de Gesell como mecanismo para receptar testimonios anticipados

2.2.1. Definición: Cámara de Gesell

Para entender la aplicación de la cámara de Gesell en los procesos penales, es indispensable determinar el origen de este método; es decir quién lo creó, para qué lo creó y cómo funcionaba; para finalizar indicando cómo este método se introdujo en el ámbito del derecho y más aún, en los procesos penales.

La cámara de Gesell o The Gesell Chamber, lleva su nombre por su creador Arnold Gesell. Arnold Gesell fue un pediatra, psicólogo y médico estadounidense quién nació el 21 de junio de 1880 y murió 19 de mayo de 1961, fue un apasionado y una figura dominante en el estudio del desarrollo infantil, dado que dedicó su vida a observar la conducta de los niños dentro de su laboratorio. (Salgado, 2012)

Como resultado de su interés por la observación de los distintos aspectos del ser humano y al intentar determinar las actitudes de las personas y más aun de los niños, para que estos no sintieran presión alguna al encontrarse observados, Gesell construyó un instrumento parecido a lo que hoy se denomina la cámara de Gesell, que en palabras de Edgar Salgado (2012) fue:

un domo, del tamaño de un pequeño aposento, dentro del cual él, u otros investigadores, interactuaban con los niños para observar detenidamente su comportamiento ante distintos estímulos y situaciones (...), hasta que utilizó unos

³ Artículo 510.- Reglas para el testimonio de la víctima. - La recepción del testimonio de la víctima deberá seguir las siguientes reglas: 1. La víctima previa justificación podrá solicitar a la o al juzgador se le permita rendir su testimonio evitando la confrontación visual con la persona procesada, a través de video conferencia, cámara de Gesell u otros medios apropiados para el efecto, sin que ello impida el derecho a la defensa y en especial, a contrainterrogar.

espejos de una sola vía, es decir, que dejaban a las personas que se situaban afuera ver con toda facilidad lo que tenía lugar adentro, mientras que quienes estaban en el domo, no podían ver a los de afuera.

Gesell en su búsqueda por perfeccionar la observación de las conductas del ser humano, implementó las investigaciones realizadas por Edward Muybridge referentes a las imágenes móviles, que consistían en veinticuatro cámaras que capturaban fotos con el objetivo de obtener una mejor visión de las conductas humanas que para el ojo pudieran ser desapercibidas. (Salgado, 2012)

Finalmente, la unión de ambas técnicas fue lo que concibió lo que ahora se conoce como la cámara de Gesell, que en la actualidad es una cámara con un ambiente especialmente acondicionado, y que se encuentra conformada por un vidrio de visión unilateral que divide el ambiente en dos salas, las mismas que son denominadas como sala de observación y sala de entrevistas.

En un inicio, la cámara de Gesell era utilizada únicamente en los ámbitos de la psicología y la medicina, y era comúnmente utilizada como un instrumento de apoyo para el estudio de las conductas psicológicas de las personas; sin embargo, en la actualidad ha tomado nuevos rumbos al permitirse su utilización en diferentes ramas como son las de la educación, el marketing, el desarrollo humano y el derecho, dando la posibilidad que la persona pueda manifestarse sin ninguna presión por observadores ajenos que puedan influir en sus reacciones o decisiones. (Araujo, S/F)

2.2.2. La aplicación de la cámara de Gesell en el derecho penal

La cámara de Gesell aplicada en el derecho penal va encaminada a la realización de entrevistas o declaraciones, anticipos de prueba, pericias comúnmente de carácter psicológico, reconocimiento judicial de sospechosos, entre otros.

De la multiplicidad de usos que la cámara de Gesell tiene dentro del proceso penal, nos centraremos únicamente en el anticipo de prueba, dado que dentro de la cámara de Gesell los testimonios anticipados tienen la función de reducir la revictimización. Andrés Valencia (2016) al respecto añade que uno de los fines más importantes que la cámara de Gesell persigue al recepcionar testimonios anticipados es la reducción de tensión, angustia y estrés que pueden padecer las víctimas y testigos al momento de formar parte de un proceso penal.

Siguiendo la misma línea argumentativa, la cámara de Gesell al formar parte del proceso penal tiene como objetivo primordial la erradicación de las prácticas judiciales que atenten contra la integridad de las víctimas, como la reiteración de las declaraciones que son procedimientos que ocasionan en la víctima temor, contradicción, negativa a recordar y expresar lo sucedido, provocando ansiedad, falsedad de la realidad; mejor conocido como revictimización. (Monar, 2017)

Con respecto a la cámara de Gesell, UNODC ROPAN en su Opinión Técnica Consultiva N° 000/2014 añade que la premisa fundamental de su verdadera utilización e importancia es en el tratamiento de los niños y niñas y explica que:

La utilización de la Cámara Gesell tiene como premisa fundamental la no revictimización de la víctima y/o el testigo, en especial si quien brindará su testimonio mediante una entrevista es niño, niña o adolescente. Ese testimonio que ha sido recogido en la Cámara Gesell es grabado en formato de audio y video, es recogido por única vez y en base a esta grabación se puede realizar algún peritaje o introducirlo al juicio oral como prueba por su lectura.

Con motivo de evitar la revictimización, la cámara de Gesell permite brindar un testimonio de una forma privada para la víctima con el auxilio y la ayuda de un perito debidamente capacitado, quien deberá ser un psicólogo quien será el encargado de realizar preguntas claras, con una estructura simple, otorgando así la posibilidad de que la víctima pueda responder asegurándose de que la víctima ha entendido la pregunta.

2.2.3. El uso de la cámara de Gesell en el Ecuador

La Constitución del 2008 en su artículo 78⁴ establece que las víctimas de las infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, en la obtención y valoración de las pruebas, además el artículo añade que se les protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación; por último el artículo menciona que se adoptarán mecanismos para una verdadera reparación integral, que incluirá el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

⁴ Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

De lo establecido por la Constitución se evidencia que se establecerá un sistema de protección y asistencia a las víctimas, haciendo cumplir lo dicho el artículo 181 de la Constitución del 2008 que en su numeral primero determina las funciones del Consejo de la Judicatura y entre ellas podemos encontrar: 1. Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial.

Las políticas tomadas por el Estado ecuatoriano están destinadas a garantizar que la víctima se encuentre en condiciones adecuadas para el acceso a la justicia, permitiendo que se sienta motivada a denunciar el delito y a testificar dentro del proceso penal, sin menoscabar la tutela de los derechos que ésta posee; además, dentro de las políticas establecidas se ha implementado la utilización de la cámara de Gesell en las Unidades Judiciales con el objetivo de disminuir la revictimización y proteger y asistir a las víctimas dentro del proceso penal.

La cámara de Gesell se encuentra reconocida en el Código Orgánico Integral Penal en los artículos 466 numeral 9⁵ y 510 numeral 1⁶, donde se desprende que la cámara de Gesell tiene dos usos: el primero que se encuentra en el artículo 466 numeral nueve que es utilizado para la identificación de personas que se encuentran siendo investigadas, permitiendo a la víctima reconocerlas; y el segundo para la recepción de testimonios anticipados establecido en el artículo 510 del mismo cuerpo normativo. Del cual se desprende que la víctima previa justificación de la o el juzgador se le permitirá rendir su testimonio anticipado, evitando así la confrontación visual con la persona procesada, a través de video conferencia, cámara de Gesell u otros medios apropiados para el efecto, sin que ello le impida el derecho a la defensa y en especial a el derecho a interrogar.

En virtud de lo mencionado, se evidencia que la normativa ecuatoriana prevé la posibilidad de utilizar la cámara de Gesell en dos ocasiones; sin embargo, el problema que se evidencia ante la consagración de la cámara de Gesell, es que únicamente la legislación nombra dicho medio, pero no establece en qué delitos, en qué momento o

⁵ Artículo 466.- Identificación personal. - Cuando no sea posible identificar por otros medios a una persona investigada y sea necesaria la identificación por parte de la víctima o un tercero, se procederá con las siguientes reglas: (...) 9. De ser posible, todos los reconocimientos se lo harán a través de la cámara de Gesell, sujetos al debido proceso.

⁶ Artículo 510.- Reglas para el testimonio de la víctima. - La recepción del testimonio de la víctima deberá seguir las siguientes reglas: 1. La víctima previa justificación podrá solicitar a la o al juzgador se le permita rendir su testimonio evitando la confrontación visual con la persona procesada, a través de video conferencia, cámara de Gesell u otros medios apropiados para el efecto, sin que ello impida el derecho a la defensa y en especial, a contrainterrogar.

como debe utilizarse dicha cámara. Ante estas interrogantes la doctrina ha intentado brindar respuestas y ante la primera interrogación la doctora Paulina Araujo (S/f) explica que cualquier conducta tipificada como delito dentro del Ecuador ameritaría el uso de la cámara de Gesell.

No obstante, la Dra. Paulina Araujo (S/f) manifiesta que para la utilización de la cámara de Gesell el fiscal, el juez y el defensor no se deben centrar únicamente en la acción u omisión delictiva, sino en el sujeto pasivo al que se le han lesionado sus derechos fundamentales, así como las circunstancias en que se produjo la conducta ilícita; es decir cómo y donde ocurrió y las características integrales de la víctima. Ante la respuesta brindada por la Doctora Paulina Araujo podemos establecer que, dentro de la legislación ecuatoriana, la cámara de Gesell frecuentemente se la utilizado en delitos de naturaleza sexual, violencia intrafamiliar y trata de personas.

Además, hay que mencionar que el testimonio anticipado practicado dentro de la cámara de Gesell en la fase de investigación previa contribuye a buscar elementos investigativos, porque el testimonio queda grabado para su posterior uso. Por lo tanto, el testimonio anticipado rendido dentro de la cámara de Gesell tiene completa validez jurídica por cuanto sirve para conservar el testimonio para futuras reproducciones sin que exista necesidad de practicar nuevamente el testimonio, evitando así la revictimización y salvaguardando el derecho de las víctimas. (Cuesta, 2014)

En base a lo indicado, la cámara de Gesell sin duda ha facilitado investigaciones previas, instrucciones fiscales y reproducción de pruebas, además de servir como un instrumento para el suministro de valiosa información para el fiscal; además, su uso ha hecho realidad el derecho a la no revictimización.

2.2.4. Protocolo para el uso de la cámara de Gesell

Aunque la normativa ecuatoriana garantiza el uso de la cámara de Gesell, la misma no había detallado los procedimientos y las garantías a respetarse al momento de su uso, por lo cual resultó indispensable regular su uso y funcionamiento en armonía con el debido proceso y las demás normas procesales, es por ello que el 15 de julio del 2014, el Consejo de la Judicatura emitió la resolución N° 117-2014, en la cual se promulgaba el Protocolo para el uso de la cámara de Gesell.

Dentro de las disposiciones generales el “Protocolo para el uso de la cámara de Gesell” dispone que todas las personas que participen de una diligencia bajo el uso de la cámara de Gesell, deberán guardar reserva absoluta de la información que se obtengan⁷.

Además, en todo lo no previsto en este protocolo y que fuera aplicable, se sujetará a lo dispuesto en el Código orgánico de la Función Judicial; y, de forma subsidiaria a lo dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal⁸.

El protocolo para el uso de la cámara de Gesell se encuentra dividido en tres apartados.

1. Generalidades
2. Gestión administrativa, tecnológica y mantenimiento de la cámara de Gesell y;
3. Procedimiento para el uso de la cámara de Gesell

Dentro del apartado de generalidades, se desarrolla su objeto, ámbito de aplicación, principios, requisitos, usos, conformación y normas generales que deben tomarse en cuenta al momento de hacer uso de la cámara de Gesell para una diligencia judicial.

Con respecto al objeto, el protocolo para el uso de la cámara de Gesell tiene como objeto el procedimiento para el uso de dicha cámara en los diferentes órganos jurisdiccionales, a fin de optimizar el funcionamiento y la calidad del servicio de justicia a favor de las personas que lo requieran, intentando de esta forma disminuir la revictimización.

De acuerdo con el ámbito de aplicación se prevé que las normas previstas en este protocolo serán aplicables a todos los procesos judiciales, cuya práctica de diligencia requieran el uso de la cámara de Gesell, en armonía con los principios de inmediación, celeridad, confidencialidad y principios y reglas del debido proceso.

Acerca de los requisitos, el protocolo exige que para el uso de la cámara de Gesell se deben cumplir con tres requisitos, el primero es el consentimiento de la persona que hará uso de la cámara de Gesell, con respecto a ser observada y grabada; el segundo requisito es informar a las personas sobre el propósito y uso que se le dará a la información que la persona proporcionará dentro de la cámara de Gesell; y por último las diligencias que se

⁷ Disposición General Primera del “Protocolo para el uso de la cámara de Gesell”.

⁸ Disposición General Segunda del “Protocolo para el uso de la cámara de Gesell”.

practiquen dentro de la cámara de Gesell deberán ser específicas, programadas y estructuradas con antelación.

Respecto a la conformación de la cámara de Gesell, el protocolo indica que dicha cámara debe estar conformada por dos habitaciones, divididas por un vidrio espejo unidireccional que constituirá dos áreas:

Área de entrevista: Es el área destinada a ubicar a las personas que van a ser observadas; es decir sobre quienes se realizarán las diligencias de investigación.

Área de observación: Es el área destinada a ubicar a las personas que observarán y presenciarán las diligencias que se lleven a cabo en el área de entrevistas, esta área está adecuada para no ser vistos.

Referido a los usos destinados para la cámara de Gesell, el protocolo detalla dos usos, el primero es la sala de testimonios, que es la sala en la cual se realizarán diligencias como testimonios anticipados, evaluaciones psicológicas del procesado, declaraciones testimoniales, entrevistas y otras diligencias en las cuales se justifique su uso; y el segundo uso es la sala de identificación o reconocimiento del procesado.

Por último, con respecto a las normas generales, podemos destacar que el protocolo para su debido uso:

- Solo permite el uso de personas autorizadas.
- Las preguntas que se realicen dentro de la cámara de Gesell deberán formularse, de manera ordenada, una a la vez y deberán ser calificadas por la autoridad competente, a fin de evitar confusiones y discusiones, garantizando el bienestar psicológico de la persona que se encuentre rindiendo el testimonio, además dentro de las preguntas realizadas se prohibirá la formulación de preguntas lesivas, impertinentes, capciosas, sugestivas, y tendientes a revictimizar, conforme lo establecido en la Constitución y la ley.
- Los relatos obtenidos dentro de la cámara de Gesell únicamente podrán ser receptados mediante una sola ocasión.
- Las partes procesales que deben intervenir en la diligencia serán notificadas con la debida anticipación.

- En caso de encontrarse involucrados niños y niñas, éstos deberán encontrarse acompañados por su representante legal, curador, funcionario de la DINAPEN o una persona autorizada por la juez o el juez o el fiscal.
- Y, por último, las declaraciones brindadas por la víctima deben encontrarse grabadas siempre, sin perjuicio del secreto profesional y confidencial entre el perito y la víctima, lo que da lugar a que su testimonio se lo escuche por una sola vez, evitando así la revictimización.

El segundo apartado contiene lo que se ha denominado gestión administrativa, tecnológica y mantenimiento de la cámara de Gesell; al respecto Gabriela Cadena (2015) explica que este apartado contiene atribuciones y obligaciones otorgadas al Consejo de la Judicatura para que prevalezca el uso adecuado y eficaz de dicha cámara.

El tercer apartado contiene el procedimiento para el uso de la cámara de Gesell, en el cual se indica que existen tres momentos en los que se deben tomar en cuenta para la práctica de cualquier diligencia:

- Momento previo a la diligencia,
- Momento de la diligencia, y;
- Momento posterior a la diligencia.

Como se indicó en párrafos anteriores, el protocolo para la utilización de la cámara de Gesell señala dos procedimientos en los que se puede hacer uso de dicha cámara, sala de testimonios y sala de identificación o reconocimiento; dentro de este apartado únicamente indicaremos los tres momentos que se deben tomar en cuenta al utilizarlo como sala de testimonios.

En cuanto al momento previo de la diligencia, el protocolo enuncia de forma general los deberes de las personas encargadas de manejar la tecnología; es decir, audio, video de la sala, así como la obligación del secretario del proceso judicial a verificar los documentos para que se pueda ejecutar la diligencia con todas las partes procesales presentes, y la comparecencia de la psicóloga o psicólogo terapeuta o médico psiquiatra, para que informe a la víctima sobre la diligencia a practicarse. (Cadena, 2015)

Con respecto al momento de la diligencia, el protocolo establece un procedimiento especial y único para la recepción del testimonio, además se indicará que únicamente la

autoridad competente podrá dar inicio a la diligencia, para posteriormente conceder la palabra a fiscalía y a la parte defensora de manera ordenada y en el momento correspondiente, y en el mismo orden el fiscal o la parte defensora formulara las preguntas a la autoridad competente, donde esta dispondrá de la procedencia o no de las preguntas formuladas, que de ser procedentes, serán transmitidas mediante un intercomunicados al psicólogo, y este procederá a realizar las preguntas a la víctima, finalmente la autoridad competente dará por terminada la diligencia al no existir más preguntas y se elaborará un acta resumen de la diligencia a cargo de la secretaria del proceso, igualmente suscrita por la autoridad competente. (Cadena, 2015)

Finalmente, el momento posterior a la diligencia versa sobre las grabaciones obtenidas dentro de la diligencia, y el protocolo establece que el responsable de las tecnologías de la información del Consejo de la Judicatura deberá traspasar las grabaciones a un medio magnético y entregarlas a los responsables de las diligencias, con dos copias, para entregar uno a Fiscalía y el otro a los archivos de la unidad judicial respectiva a fin de crear una cadena de custodia y asegurar todas las precauciones técnicas a fin de proteger la información y posteriormente dicha grabación únicamente podrá ser reproducido dentro de los recintos judiciales.

De lo expuesto, el Protocolo del uso de la cámara de Gesell, resulta ser el documento guía sobre qué es lo que se tiene que hacer para una efectiva utilización de la cámara de Gesell, tanto para el personal del Consejo de la Judicatura, como para los operadores de justicia y sujetos procesales.

En consecuencia, el uso adecuado y apropiado de la cámara de Gesell permitirá obtener el testimonio anticipado de la víctima propiciando un escenario ideal de, pues se contará con un ambiente adecuado y acorde a las necesidades y el desarrollo cognoscitivo de la persona a la cual se le está desarrollando el testimonio anticipado por un lado y, por otro lado, se logrará reducir, incluso evitar el riesgo de producir una nueva victimización en concordancia con las garantías básicas del debido proceso y del derecho a la defensa. (Fiscalia General del Estado de Bolivia, 2012)

2.2.5. Protocolo de escucha especializada para niños víctimas de abuso sexual

La Fiscalía General del Estado, con el apoyo de UNICEF, han diseñado un protocolo con el objetivo de evitar la revictimización de los niños y asegurar la calidad del testimonio como prueba. Según UNICEF (2017) el protocolo se concibe en el marco de la campaña #AhoraQueLoVez, #DiNoMás y el convenio de cooperación entre UNICEF y la Fiscalía General del Estado.

Según Diario el Expreso, el protocolo permite darle valor a la palabra del menor y que sea tomada en cuenta dentro del proceso judicial (Diario El Expreso, 2019); y Joaquín González, representante de UNICEF considera que permitir y dar valor al testimonio del menor es crucial debido a que en la mayoría de casos de delitos contra la integridad sexual los únicos testigos son la víctima y el procesado y González advierte que el menor se encuentra en desventaja por su condición vulnerable. (UNICEF, 2017)

UNICEF (2017) indica que una buena entrevista, donde el niño o niña víctima se sienta tranquilo y cómodo, permite esclarecer los hechos sobre la base del respeto del menor, de esta forma se ayuda no solo al niño a recuperarse de una manera más rápida, sino que evita que el testimonio del menor sea manipulado y genere mayor daño en este. (UNICEF, 2017)

En consecuencia, el protocolo apunta a que únicamente se realice una sola entrevista oficial a las víctimas, y cuenta con una guía y un video explicativo en el cual se detalla la estructura de la entrevista, el lugar y el momento al realizarse, duración, estrategias para formular preguntas y uso de materiales de apoyo. (Diario El Expreso, 2019)

El “Protocolo Ecuatoriano de Entrevista Forense mediante escucha especializada a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual” es promulgado el 4 de enero del 2019 en el Registro Oficial especial número 699. Este protocolo de entrevista forense busca el respeto y la protección de los Derechos Humanos y constitucionales de los niños y niñas víctimas dentro del proceso judicial donde el testimonio del niño o niña víctima cobra notabilidad para la corroboración de los hechos, brindando un trato digno durante todo el proceso adoptando medidas necesarias para que goce de una atención especial y se garantice el derecho a la no revictimización. (Protocolo Ecuatoriano de Entrevista

Forense mediante escucha especializada a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, 2019)

La utilización del protocolo se utilizará desde una óptica integral e interdisciplinaria, enfocada principalmente en precautelar los derechos de los niños, niñas víctimas de violencia sexual, mediante la recopilación de información relacionada sobre el hecho; a través de la metodología de la escucha especializada que aporte con elementos para el proceso penal. (Protocolo Ecuatoriano de Entrevista Forense mediante escucha especializada a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual, 2019)

Con respecto a los principios a la estructura de la entrevista forense, el protocolo lo desarrolla en dos etapas. La primera es introductoria, destinada a el establecimiento de empatía entre el psicólogo y la víctima donde se construye la base para la “conversación”. Por medio de ella, el niño o niña aprende respecto de la práctica del proceso dentro de la cámara de Gesell⁹ y el psicólogo se prepara para adaptarse a las especificidades de cada niño.

Dentro de esta etapa el psicólogo entrevistador debe estar atento y receptivo a las señales verbales y no verbales que indiquen ansiedad, vergüenza, angustia, molestia, miedo, u otros indicadores que puedan afectar la capacidad o la voluntad del niño de participar de la diligencia. Además, es importante que el psicólogo reduzca el estrés inicial de la víctima para dosificar la duración de esta fase introductoria. El protocolo advierte que es necesario que siempre se respete los tiempos del niño.

La segunda etapa es el momento de la práctica del testimonio dentro de la cámara de Gesell en la que se busca conversar sobre los posibles hechos ocurridos y se considera la parte sustantiva o central de dicha diligencia.

Dentro de esta etapa los psicólogos entrevistadores deben encontrarse preparados para utilizar una serie de técnicas y estrategias para realizar la transición a la parte de la diligencia que trata sobre los hechos que se investigan, adaptando su enfoque a la historia y las necesidades observadas del niño que se encuentra siendo entrevistado, así como la información contenida en la denuncia.

⁹ La cámara de Gesell actualmente es un espacio físico utilizado en la Fiscalía General del Estado y el Consejo de la Judicatura, que cuenta con un ambiente especialmente acondicionado que permite la realización de entrevistas dentro del proceso preprocesal y procesal penal.

Una vez que la parte central de la diligencia, enfocado en los posibles hechos, esté completada, el psicólogo debe verificar con la sala de observación (cámara de Gesell), si algún profesional tiene alguna pregunta para el niño o niña.

Al concluir se da paso al cierre, y el objetivo del cierre es ayudar al niño o niña a prepararse para completar la entrevista, donde el psicólogo debe volver a llevar la conversación hacia temas neutrales referentes a los intereses del niño o niña. El protocolo advierte que, si la práctica de la diligencia ha provocado angustia o incomodidad al niño, el psicólogo puede optar por pasar más tiempo con él en la fase de cierre o puede poner al niño en contacto con un ser querido o familiar.

Capítulo III: Contraste de los aspectos positivos y negativos al permitir el testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell en niños y niñas víctimas de delitos sexuales

La doctrina ha establecido que dentro del proceso penal la utilización de la cámara de Gesell para receptor testimonios anticipados presenta tanto aspectos positivos como negativos. Con respecto a los aspectos positivos, éstos consisten en permitir el uso de la cámara de Gesell para proteger y garantizar en este caso al menor que ha sido víctima de un delito sexual para que rinda su testimonio de forma libre y sin presión alguna, intentando de esa manera evitar más daños psicológicos que los producidos por el delito mismo, haciendo que su testimonio se lo practique una sola vez para que en la etapa de juicio se lo reproduzca mediante medios audiovisuales; sin embargo, con respecto a los aspectos negativos varios autores concuerdan que permitir la cámara de Gesell para la recepción de testimonios anticipados colisiona con los derechos y garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, dado que se limita la participación del procesado dentro del proceso al momento de la realización de la diligencia.

Entonces, si nos fijamos con detenimiento, podemos observar que la utilización de la cámara de Gesell provoca un enfrentamiento entre los derechos tanto de la víctima como del procesado; enfrentamiento que suele provocar tensiones y cuya solución se ha inclinado en brindar un mayor resguardo a la víctima, provocando el consiguiente debilitamiento de las garantías y derechos del debido proceso y especialmente del derecho a la defensa, todo lo cual debe evitarse a fin de lograr un adecuado equilibrio, protegiendo en igual proporción los derechos de cada una de las partes procesales.

Por tales motivos es que a través del presente capítulo se abordará los aspectos positivos y negativos que devienen de permitir el uso de la cámara de Gesell para la recepción de testimonios anticipados, enfocando nuestro estudio, claro está, en niños y niñas víctimas de delitos sexuales, con el objetivo de analizar y contrastar qué derechos se protegen y qué derechos se vulneran al utilizar este medio especial para la recepción de testimonios anticipados, con el fin de poder concluir si definitivamente la cámara de Gesell es el medio idóneo para la recepción de testimonios anticipados rendidos por niños y niñas víctimas de delitos sexuales.

3.1. Aspectos Positivos

Diferentes instrumentos internacionales se han enfocado en la protección de las víctimas dentro de los procesos judiciales. Entre los más importantes encontramos: la Declaración de Derechos Humanos, que en su artículo 5 establece la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes hacia la víctima dentro de los procesos judiciales¹⁰, además el artículo 8 ibidem regula la tutela judicial propiamente dicha; es decir el acceso a un recurso efectivo para la defensa de los derechos¹¹.

De igual manera, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos sigue la misma línea creada por la Declaración Universal de Derechos Humanos al establecer la prohibición de tratos crueles y degradantes hacia la víctima dentro de los procesos judiciales, así como la tutela judicial efectiva¹².

Y, por último, la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y de Abuso de Poder; primer instrumento dedicado especialmente a la protección de víctimas frente a los abusos cometidos por parte del Estado, donde se establece que no únicamente los individuos de la sociedad civil pueden ejercer violencia hacia la víctima, sino que también el aparataje estatal, y que a través de sus actuaciones puede lesionar la integridad personal de la persona al momento que esta sea partícipe del proceso judicial¹³.

¹⁰ Artículo 5: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. [...]

¹¹ Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley

¹² Artículo 2: [...] 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. [...]

Artículo 7: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos [...]

¹³ Acceso a la justicia y trato justo: 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. [...] 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: [...] c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia. [...]

Es decir, si bien el accionar de un servidor público puede no ser un delito, sus conductas dentro de los procesos judiciales pueden llegar a violentar la integridad personal de la víctima. En esta parte resulta indiscutible la convergencia de varios derechos humanos como la igualdad material, el principio de no discriminación, la dignidad humana, la intimidad, la prohibición de tratos crueles y degradantes, la tutela judicial y el derecho a la no revictimización. (Moscoso, 2016)

Es por ello que por lo general las víctimas al entrar en contacto con el sistema de justicia sufren graves impactos psicológicos posteriores al hecho delictivo, ya que el Estado al no brindar una eficaz asistencia, no contar con los resguardos necesarios y no brindar un apoyo absoluto hacia la víctima ocasionan daños más graves que los ocasionados por el mismo delito, provocando la denominada “revictimización”.

La doctrina de forma unánime ha coincidido que las formas más comunes de revictimización se deben a la carencia de información dentro de los procedimientos judiciales; las reiteradas ocasiones en que la víctima debe declarar los hechos; la presencia del victimario dentro de la misma sala; las malas intervenciones por parte de los encargados en atender a las víctimas; los interrogatorios al no considerar los factores cognitivos y afectivos de la víctima y la incorrecta respuesta de las instituciones policiales y judiciales dentro de los procedimientos. (Gutierrez , Coronel, & Perez, 2009)

Frente a las situaciones mencionadas que sufren las víctimas al ser parte de los procesos penales, los Estados se han servido de medios tecnológicos como la cámara de Gesell con el objeto de disminuir la revictimización, siendo así que el principal aspecto positivo de la cámara de Gesell es precisamente la protección de los derechos de la víctima, siendo especialmente su derecho a la no revictimización; sin embargo, cuando las víctimas de los delitos sexuales son niños o niñas la protección aumenta, lo que se desencadena una serie de derechos, como el interés superior del niño; el acceso a la justicia; el derecho a que el menor pueda relatarlos hechos sin necesidad de tener contacto con el proceso y más aun con el procesado, entre otros. Es por ello que a continuación, se procederá analizar qué derechos se protege al receptar testimonios anticipados de niños y niñas dentro de la cámara de Gesell.

3.1.1. El derecho a la no revictimización

Con respecto al derecho a la no revictimización, el “Manual de Acciones para evitar la revictimización del niño víctima del delito”, publicado por el Gobierno Federal de México en 2009, establece que el riesgo de revictimización es aún más nocivo que los efectos dañinos provocados por el propio delito, ya que el accionar del Estado aumenta los daños provocados por las experiencias que los niños o niñas enfrentan una vez que inicia el proceso; además, el Manual indica que la revictimización existe porque el propio proceso penal se vuelve contra el niño o niña víctima que sufre ahora otro maltrato y el maltrato institucional.

De lo mencionado se evidencia que el Estado incurre en graves acciones y omisiones contra niños o niñas víctimas, generando en ellas un efecto revictimizante. La UNODC ROPAN (2014) explica que uno de los principales problemas es que los sistemas procesales se encuentran diseñados para adultos, en cuanto a su infraestructura, diseño, concepción, desconsiderándose de esta forma las necesidades especiales que requiere la infancia, por lo que las necesidades de los menores no han sido tomadas en cuenta, creando de esta forma una brecha que remarca una revictimización.

Sin embargo, Ruth Moscoso (2016) explica que desde finales del siglo XX se han producido varios esfuerzos internacionales por brindar un marco institucional e ideológico mínimo para la protección de niños y niñas víctimas de delitos sexuales; así tenemos las Guías de Santiago sobre la Protección de Víctimas y Testigos, donde se hicieron recomendaciones a los Fiscales Generales para que se promuevan condiciones adecuadas para una efectiva protección de víctimas y testigos¹⁴.

¹⁴ [...] 5. La víctima tiene derecho a vivir el ciclo del proceso en un clima sin presión para que pueda ejercitar los derechos que surgen de la nueva situación, responder adecuadamente a sus obligaciones para la mejor administración de justicia y para que no se produzca un proceso de revictimización que entorpezca la recuperación. El estatuto de la víctima durante el proceso se concreta en los siguientes postulados: a. Tiene derecho a ser oída y a participar en la fase de investigación, proporcionando pruebas e informando de las consecuencias del delito en términos respetuosos con su dignidad e intimidad. Debe extremarse el cuidado para que la víctima no coincida con el agresor cuando ambos se encuentren en cualesquiera dependencias a la espera de la práctica de cualquier actuación. La investigación no debe alterar la seguridad de la víctima y a lo largo de la misma debe valorarse la posible práctica de actuaciones de prueba anticipada para que, con garantía para todas las partes, se evite que el proceso, en su desarrollo, se convierta en causa de victimización secundaria o suponga un factor de presión sobre la víctima que le pueda llevar a abandonar el libre ejercicio de sus derechos. La víctima tiene derecho a ser informada del curso de la investigación en términos que no entorpezcan la eficacia y fin de la misma. Con independencia del sistema vigente en cada Estado, no debe descartarse la posibilidad de que la víctima tenga vías para aportar nuevos medios de conocimiento. [...].

Así también, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en las Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos del año 2005 reconoció de forma expresa la situación que los niños y niñas atraviesan dentro de los procesos penales, y estableció que los niños, por ser un grupo vulnerable, requieren de una protección especial apropiada para su edad, nivel de madurez y necesidades individuales especiales.

Por otro lado, la décima cumbre Iberoamericana aprobó las “100 Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad” y en su párrafo 11 establece qué víctimas se encuentra en condición de vulnerabilidad; así tenemos:

Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta. (Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008)

De la misma manera las reglas establecen que la condición de vulnerabilidad que atraviesan los niños y niñas genera obligaciones para los Estados, en especial la de mitigar los efectos negativos del delito, procurando que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia, evitando de esta forma su revictimización¹⁵. Además establece que en determinadas ocasiones podrá procederse a la grabación en soporte audiovisual del testimonio brindado por la víctima, con el objetivo de evitar que se repita su testimonio en sucesivas instancias judiciales; y por último, las Guías de Santiago sobre Protección de víctimas y testigos (2008) disponen que la actuación de los menores de edad dentro de los procesos judiciales deben regirse por un principio de excepcionalidad, procurando que la rendición del testimonio sea un mínimo de veces; incluso con tendencia a que sea una sola vez.

¹⁵ Las 100 Reglas de Brasilia en su párrafo 78 establecen que: En los actos judiciales en los que participen menores se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral, y en todo caso:

- Se deberán celebrar en una sala adecuada.
- Se deberá facilitar la comprensión, utilizando un lenguaje sencillo.
- Se deberán evitar todos los formalismos innecesarios, tales como la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares.

De lo mencionado se puede observar que las esferas internacionales han establecido mecanismos adecuados para evitar que el proceso judicial vulnere los derechos de las víctimas y mitigue los efectos que la revictimización ocasiona en ella. Estos mecanismos se dan por medio de la filmación o circuito cerrado de televisión en casos de juicios orales, sin violentar las garantías del debido proceso. A estos medios tecnológicos es importante añadir a la cámara de Gesell como medio para rendir el testimonio de la víctima frente al tribunal y al procesado.

Es por ello que la Oficina de Regional las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe (2014) de ahora en adelante UNODC ROPAN señala las esferas de acción que los operadores de justicia deben aplicar al momento en que se encuentren involucrados niños y niñas dentro de un proceso penal; así tenemos:

El derecho a un trato no revictimizante a las víctimas niños, niñas y adolescentes también puede ser interpretado bajo esta misma lógica (de la progresiva realización de los derechos humanos). De esta forma, se buscará comprobar cómo el ejercicio del derecho a la denuncia y a un proceso penal no revictimizante puede ser interpretado en tres etapas distintas: (1) como un instrumento para la realización del derecho de acceso a la justicia y a las garantías judiciales para los niños víctimas del delito; (2) como la realización efectiva del principio del interés superior del niño y del derecho del niño a ser escuchado; y (3) como la instrumentalización del derecho al más alto nivel de salud física y mental, en la medida que un proceso penal no revictimizante evita los efectos psicológicos y emocionales dañinos a la víctima de un hecho delictivo.

Desde estos elementos que la UNODC ROPAN menciona, se puede destacar tres puntos importantes:

- 1) El acceso a la justicia teniendo en consideración el debido proceso;
- 2) La aplicación inmediata del principio del interés superior del menor; y,
- 3) La no revictimización con el objetivo de evitar daños físicos y psicológicos.

Estos tres elementos son de vital importancia; además, la utilización de los medios tecnológicos como la cámara de Gesell, contribuirá a garantizar los derechos de los niños y niñas al momento de encontrarse inmersos en un proceso penal, y más aún cuando éstas sean víctimas de delitos sexuales.

3.1.1.1. El derecho a la no revictimización en la legislación ecuatoriana

Los derechos y garantías de las víctimas establecidas en los diferentes instrumentos internacionales, se plasmaron en la Constitución del año 1998, al establecer en su artículo 219 que una de las funciones del Ministerio Público consistía en velar por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes dentro de los procesos penales. De acuerdo con esta disposición se creó el programa de protección a testigos, víctimas y demás participantes en el proceso, cuidando de esta manera la seguridad e integridad física, psicológica y económica de las víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal.

De lo mencionado se observa, que los derechos y garantías de las víctimas dentro de los procesos judiciales, no es un tema que surge en la actualidad, sino con la Constitución de 1998 y las reformas del 2005 al Código Penal, en los cuales ya se mencionó un tratamiento especial y diferenciado a las víctimas de naturaleza sexual.

En la actualidad, la Constitución del 2008, en su artículo 66, numeral 3; reconoce y garantiza el derecho de las personas a la integridad personal. Este derecho incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual, además añade una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, por lo que el Estado deberá adoptar medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia. (Constitución, 2008)

Por su parte el artículo 78 del mismo cuerpo normativo consagra la protección especial de las víctimas dentro de las infracciones penales, garantizando su no revictimización, especialmente en la obtención y valoración de pruebas; además el artículo añade que a las víctimas se les brindará protección ante cualquier amenaza u otras formas de intimidación; y por último señala la adopción de mecanismos para una reparación integral que incluirá el conocimiento de la verdad de los hechos, la restitución, rehabilitación, la no repetición y la satisfacción del derecho violado.

Por otro lado, dentro del Código Orgánico Integral Penal se incluyeron sanciones y regulaciones exclusivas para el tratamiento de los delitos sexuales, así como normas diferenciadas que son de cumplimiento obligatorio en los procesos de investigación y enjuiciamientos (Moscoso, 2016). De esta forma a la víctima se le revistió de derechos y garantías que deben ser respetados por las partes procesales y por los administradores de justicia, derechos que se encuentran consagrados y desarrollados en el artículo 11 del Código Orgánico Integral Penal. (Moscoso, 2016)

El artículo 11 del Código Orgánico Integral Penal reconoce que el Estado debe adoptar mecanismos idóneos para la reparación integral de los daños que el delito ocasionó a la víctima, pero sin dilatar el conocimiento de la verdad y de los hechos, (Código Orgánico Integral Penal, 2014). Los numerales 4 y 5 mencionan que a la víctima dentro del proceso penal se le debe dar una protección especial, en donde se resguarde su intimidad y seguridad, además se reconoce de forma expresa el derecho a la no revictimización (Código Orgánico Integral Penal, 2014); y por último los numerales 6 y 7 mencionan que las víctimas pueden formar parte del Sistema Nacional de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal y se indica que la víctima debe ser siempre tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, se le debe aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen su protección dentro de la investigación y el proceso penal.

De lo mencionado, se puede observar que la intención del legislador ha sido la de reconocer y garantizar el derecho a la no revictimización, la protección ante amenazas e intimidación que la víctima pueda sufrir a partir del contacto directo con el proceso, la búsqueda de mecanismos de reparación integral, la satisfacción del derecho violado, el contar con una asistencia técnica e integral; y por último, la posibilidad de la víctima de estar informada en todas las etapas del proceso, con el objeto de garantizar la integridad de las personas y buscar una mayor participación de la víctima dentro del proceso penal.

3.1.2. El interés superior del niño

Otro aspecto positivo fundamental para permitir la recepción de testimonios anticipados dentro de la cámara de Gesell es el principio del interés superior del niño, porque cuando las víctimas son niños y niñas, el sistema penal no se encuentra diseñado en beneficio a ellos, desatendiendo de esta manera el principio del interés superior del niño y el derecho a la no revictimización. Es por ello que muchos sistemas de justicia han implementado con el auxilio de medios tecnológicos, procedimientos que garanticen los derechos y garantías del menor al momento de receptar testimonios anticipados.

El interés superior del niño, al tratar sobre uno de los principios rectores en materia de niñez y adolescencia. Hace importante tener que explicar y entender el alcance que este derecho provoca dentro del proceso judicial. El principio del interés superior del niño ha sido reconocido como internacional y universal, además, se ha convertido en una norma

de derecho internacional general al momento de tratar asuntos que involucren a niños, niñas y adolescentes. (Aguilar, 2008)

En el contexto internacional de los Derechos Humanos, Gonzalo Aguilar (2008) indica que la primera declaración que consagró los derechos de los niños fue la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños en el año de 1924; posteriormente, en el año de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos que de forma implícita contenía los derechos del niño.

Posteriormente, la Asamblea General de las Naciones Unidas ante la necesidad de brindar una verdadera protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes aprobó la Declaración de los Derechos del Niño en la cual en su segundo principio establecía lo siguiente:

Principio 2.- El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño (Declaración sobre los Derechos del Niño).

No obstante, el principio del interés superior del niño y la protección especial que merecen los niños, niñas y adolescentes no es lo único que la Declaración de los Derechos del Niño menciona, dado que, en el preámbulo se estipula que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho; ante ello, Farith Simón (2008) explica que dicho reconocimiento representa un avance, debido a que anteriormente los niños no eran considerados sujetos de derechos, sino objetos de derechos; es decir, los menores no tenían derechos fundamentales propios; y el rol que el Estado y la sociedad ejercían era meramente de protección, sin garantizar que los niños, niñas y adolescentes pudieran gozar de forma efectiva el goce de sus derechos.

Sin embargo, respecto a este reconocimiento Daniela Vásquez (2015) indica que el principio del interés superior del niño y las otras estipulaciones no eran vinculantes, ya que se encontraban recogidos en una declaración y no en un convenio o tratado; y es entonces que surge la necesidad de expedir la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento internacional vinculante que expone el principio del interés superior del niño como lo comprendemos y lo aplicamos en la actualidad. (Vasquez, 2015). Dicha convención reforzó la protección

de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, al reconocerles la calidad de sujetos plenos de derechos por dos motivos: a) porque los niños poseen todos los derechos propios del ser humano, y b) porque pertenecen a los grupos de atención prioritaria en los cuales merecen mayor atención y protección especial. (Aguilar, 2008)

Ante este cambio de paradigma Miguel Cilero (2001) comenta que la Convención sobre los Derechos del Niño permitió expandir la ciudadanía a la infancia, al reconocer que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derechos ante el Estado y la Comunidad; es decir, se refiere al cambio de la doctrina de la situación irregular a la doctrina de la protección integral en temas de niñez y adolescencia. Para entender de mejor manera este cambio en temas de niñez y adolescencia. Al respecto es importante revisar de forma breve a que se refieren dichas doctrinas.

La doctrina de la situación irregular se centraba en el trato de los niños, niñas y adolescentes para la solución de la situación irregular en la que se hallaban; en otras palabras, la doctrina de la situación irregular únicamente entra a ser considerada precisamente cuando existe una situación “irregular” como falta de protección; abuso; delincuencia; etc.; más dicha doctrina no se basa en asegurar que los niños, niñas y adolescentes gocen de sus derechos, sino que el Estado únicamente pueda intervenir cuando el menor se encuentre amenazado (Vasquez, 2015). La doctrina de la situación irregular según Daniela Vásquez (2015) era la doctrina principal para tratar el tema de niños, niñas y adolescentes y únicamente considera a los niños dentro del marco de situaciones específicas de carencia y necesidades que deben ser atendidas.

En contraparte a la doctrina de la situación irregular, nace la doctrina de la protección integral que es descrita como el paso de las necesidades de los derechos y el cambio más notorio que se puede evidenciar, es la concepción del niño frente al derecho; es decir, la doctrina de la protección integral exige que los niños sean tratados como sujetos de derechos y ya no como meros objetos de derecho (Winberg, 2002), y empleando las palabras de Miguel Cilero (2001) con respecto a la doctrina de la protección integral, “los niños son sujetos de derecho en el sentido de que como seres individuales tienen la titularidad de ellos”. (pág. 55)

Con respecto a la doctrina de la protección integral, la Convención sobre los Derechos del Niño dentro de sus artículos plasma un progresivo desarrollo en materia de niñez y

adolescencia, y establece los derechos que necesariamente el Estado debe garantizar hacia el menor con el objetivo de disminuir y erradicar cualquier posible vulneración que se pueda cometer en ellos. (Montecé, 2017)

Gonzalo Aguilar (2008) acota que la Convención sobre los Derechos del Niño marca un antes y un después en la protección de los derechos de los niños, en la cual el artículo 3 se ha convertido en uno de los pilares en los temas de niñez y adolescencia consagrando el principio del Interés Superior del Niño¹⁶.

Además, el artículo 12 de la referida Convención reafirma el compromiso que ha sido adquirido por los Estados parte al dar al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte. Lo dicho implica que el Estado deberá definir acciones y procedimientos para evitar provocar daños a los niños que resulten víctimas de cualquier delito y más aun de aquellos en los que el bien jurídico vulnerado sea la integridad sexual, en el cual su estado físico y psicológico se ve seriamente afectado durante el proceso de investigación, por lo cual se debe procurar su protección y su participación dentro de los procesos penales, sin afectar el derecho de defensa del procesado conforme lo disponen los instrumentos internacionales y la legislación nacional. (Sierra, 2013)

Sin embargo, el problema que podemos identificar es que la Convención sobre los Derechos del Niño en los artículos mencionados no brinda un concepto sobre qué es el principio del interés superior del niño; y ante esta falta de conceptualización ha sido el rol de la doctrina brindar un concepto y establecer cuales es el alcance que este principio debe tener.

Gonzalo Aguilar (2008) al explicar el principio del interés superior del niño, indica que no se está hablando de lo que nosotros pensamos que es lo mejor para el niño, ni de lo

¹⁶ 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas. 3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

que el juez cree que es lo mejor que le conviene al menor, sino que hablar sobre el principio del interés superior del niño significa decidir sobre los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en cualquier situación que los menores se encuentren.

Desde otro punto de vista, Gatica y Chaimovic (2002) argumentan que el principio del interés superior del niño debe ser entendido como un término relacional o comunicacional. Lo que significa que en cualquier caso de conflictos de derechos que se encuentren en igual rango, el derecho de prioridad del interés superior del menor prima sobre cualquier otro que pueda afectar los derechos fundamentales del niño, niña o adolescente, en consecuencia, ni el interés de los padres, ni de la sociedad, ni del Estado pueden ser considerados prioritarios en relación a cualquier derecho de los niños, niñas y adolescentes; es decir, con esta concepción, el niño, niña y adolescente empieza a ser respetado por los adultos y el Estado, tomándolo en cuenta como un sujeto pleno de derechos.

Siguiendo la misma línea conceptual, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva OC-17-2002, ha señalado que el principio del interés superior del niño se fundamenta en la entera necesidad de adoptar cualquier tipo de medida para lograr una verdadera protección integral de los niños, niñas y adolescentes, medidas que protejan la dignidad del ser humano en las características propias de los niños, niñas y adolescentes y en la necesidad de propiciar su completo desarrollo. (CIDH C. I., 2002)

Entonces, al intentar establecer cuál es el verdadero alcance del principio del interés superior del niño han surgido diferentes posturas acerca de si este deber de protección es absoluto; es decir, si el principio del interés superior del niño prevalece sobre todos los demás derechos, o si es relativo (Vasquez, 2015), ya que la propia Convención indica que hay ciertos derechos de los niños que se ceden frente a determinados intereses colectivos y a derechos individuales de terceros (Freedman, 2007).

Es importante destacar que el término “interés superior del niño” es muy ambiguo, y sus propias connotaciones han hecho que existan opiniones que consideran el mismo término como inadecuado, ya que resta valor a los derechos de los niños como tales. (Simón, 2008)

Isaac Ballesté (2012) manifiesta que el interés superior del niño ha sido identificado como un concepto jurídico indeterminado por la doctrina, lo cual no significa que no tenga

contenido, sino que debe ser interpretado de una manera dinámica y flexible; añadiendo que el carácter de indeterminado del término “interés superior del niño” ha sido un claro impedimento para interpretar de forma uniforme el mismo, pues debido a esto, las exigencias de seguridad jurídica no se han cumplido cuando se ha aplicado el principio. (Ballesté, 2012)

Esta caracterización del principio del interés superior del niño como indeterminado ha dado paso a la arbitrariedad, pues la falta de comprensión por parte de los administradores de justicia sobre dicho principio ha resultado en el abuso del mismo, ya que el principio en sí no es tan ambiguo y arbitrario como se le ha atribuido (Vasquez, 2015), porque en palabras de Miguel Cilero (2010), el interés superior del niño en términos simples debe entenderse como la más amplia satisfacción de los derechos a los que la Convención se refiere en el resto del tratado.

De esta manera, el marco para la duda sobre cualquier interpretación del principio del interés superior del niño se reduce notablemente, porque su aplicación no se deja a la arbitrariedad ni a la subjetividad de los administradores de justicia, sino que se lo enmarca dentro del goce de los derechos establecidos en la Convención de Derechos del Niño. (Vasquez, 2015)

Ante esta interpretación del principio del interés superior del niño, el Comité de Derechos del Niño (2013) en su observación numero 14 considera que “el objetivo del concepto del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención de Derechos del Niño y el desarrollo holístico (es decir, físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social) del niño”. (Comite de Derechos del Niño, 2013)

Además, el Comité sobre de Derechos del Niño considera que el principio del interés superior del niño es un concepto triple: derecho sustantivo, principio jurídico interpretativo y como norma de procedimiento:

- a) Un derecho sustantivo: El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se podrán en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños en concreto o genérico o a los niños en general
- b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados

en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

- c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho.

Es importante comprender las 3 dimensiones del principio del interés superior del niño con el fin de aplicar y evitar la arbitrariedad antes mencionada. La primera dimensión que el Comité de Derechos del niño menciona es que el principio del interés superior del niño es un derecho sustantivo; es decir, que el niño, niña o adolescente tiene el derecho a que se aplique, tenga en consideración y que resulte en un efectivo ejercicio del mismo. (Vasquez, 2015)

Como segunda dimensión el Comité menciona que el principio del interés superior del niño es un principio jurídico interpretativo fundamental; es decir que en casos que se encuentren involucrados niños, niñas o adolescentes y existan más de una interpretación o aplicación posible, se deberá interpretar lo más favorable para el interés superior del niño, salvaguardando así sus intereses y derechos. (Vasquez, 2015)

Por último, el Comité menciona que el principio del interés superior del niño es una norma de procedimiento, es decir que siempre se deberá garantizar una correcta aplicación del interés superior del niño, salvaguardando las garantías básicas del debido proceso.

En definitiva, entender y aplicar el principio del interés superior del niño de la manera antes mencionada provocó la eliminación de la ambigüedad del término y la arbitrariedad con la que los administradores de justicia la podrían estar aplicando, dado que ya no cabría dentro del pensamiento del Juez “padre de familia” quién sin un límite jurídico decide lo que piensa que es mejor para el niño, niña y adolescente, concentrándose únicamente en alguna situación de violación de derechos o carencia de protección o amenaza a su integridad; sino que por el contrario, ahora su decisión se encontrara dentro de un marco de derechos que deben ser respetados considerando siempre la opinión del niño, niña y adolescente en cuestión.

3.1.2.1. El interés superior del niño en la legislación ecuatoriana

El Ecuador, según Andrade (2012), tuvo uno de los más importantes avances con respecto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes al momento de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, lo que provocó que su ordenamiento jurídico se adaptara a todos los requerimientos que este tratado internacional requería.

El autor añade que la ratificación de esta convención convirtió al Ecuador en un referente regional en los derechos de la niñez y adolescencia (Andrade, 2012). Es así que Paola Acuña (2015) sostiene que la Constitución del año 2008 en su artículo 39 garantiza y protege a los niños, niñas y adolescentes considerándolos como un grupo de atención prioritaria, debido que por su condición requieren de una mayor protección y cuidado y sobre todo mayor garantías de cumplimiento de sus derechos por cualquiera de los organismos públicos, privados y de la sociedad¹⁷. (Constitución del Ecuador 2008)

La Constitución al hacer referencia a los niños, niñas y adolescentes, en su artículo 44 reconoce y garantiza los derechos de los niños, niñas y adolescentes al establecer que el Estado deberá hacer efectivo el goce de sus derechos a través de programas, políticas e instituciones; todo ello con el objetivo de que los niños, niñas y adolescentes tengan participación e inclusión en todos los ámbitos sociales y políticos. (Acuña, 2015). La sociedad y la familia, más que el Estado, son los principales encargados de que este grupo de atención prioritaria tenga un desarrollo integral; es decir, que los niños, niñas y adolescentes tengan un desarrollo completo en todos sus aspectos con el objeto de cumplir el principio del interés superior del niño, atendiendo sus procesos de crecimiento y satisfacción en todos los ámbitos de su vida¹⁸. (Acuña, 2015)

¹⁷ Art. 39. “El Estado garantizará los derechos de las jóvenes y los jóvenes, y promoverá su efectivo ejercicio a través de políticas y programas, instituciones y recursos que aseguren y mantengan de modo permanente su participación e inclusión en todos los ámbitos, en particular en los espacios del poder público.

¹⁸ Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia, i promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales

Por último, el artículo 175 del mismo cuerpo normativo señala que: “Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores”. Con respecto a la justicia especializada que hace referencia el artículo antes citado, se busca que el juez de niñez, tenga un vasto conocimiento sobre los derechos de los niños, naturalmente sobre el principio del interés superior del niño, y de la comprensión de los problemas sobre los cuales los niños pueden verse involucrados.

Por otro lado, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia explica que, frente a una situación de vulnerabilidad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, se actuará bajo la premisa de la protección integral y especial; en otras palabras, mediante políticas, planes y programas que atiendan tal situación de vulneración con el fin de proteger y garantizar sus derechos. (Andrade, 2012)

Pola Acuña (2015) sostiene que cuando nos referimos a la protección integral, nos enfocamos en el cumplimiento de los objetivos del principio del interés superior del niño, que es llegar a cubrir todas las vulneraciones a las cuales el niño, niña y adolescente se puede enfrentar, así pues, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2003), en su artículo 1, señala que:

Art. 1.- Finalidad. - Este Código dispone sobre la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes [...] con el fin de lograr su desarrollo integral y el disfrute pleno de sus derechos, en un marco de libertad, dignidad y equidad [...] conforme al principio del interés superior de la niñez y adolescencia y a la doctrina de protección integral.

Y, el interés superior del niño específicamente se encuentra regulado en el artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia y expone:

Art. 11.- El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la

opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla. (Código de la Orgánico Niñez y Adolescencia, 2003)

El artículo 11 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia demuestra que el principio del interés superior del niño trata sobre un ejercicio efectivo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, además de imponer a todas las autoridades administrativas y judiciales a través de sus decisiones.

Además, el artículo 14 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia establece que, al existir un conflicto de derechos, los derechos de los niños, niñas y adolescentes prevalecerán sobre los derechos de los demás, este artículo sugiere la inclinación de los derechos de los niños frente a los derechos de los demás y vincula que las normas del ordenamiento jurídico deben encaminarse a hacer efectivo el principio del interés superior del niño, prohibiendo la violación de sus derechos¹⁹.

Es importante señalar que el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia da un gran paso al garantizar y proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes, ya que los artículos que este código contiene, hacen referencia a que el Estado, la sociedad y la familia deben garantizar la protección integral de los menores con el fin de lograr un completo desarrollo y disfrute de sus derechos.

Siguiendo a la misma línea, la Corte Constitucional ha emitido varios criterios sobre el interés superior del niño y plantea que el interés superior del niño es un principio rector guía justiciable, de igual jerarquía a los otros; además su interconexión con los demás principios obliga a que el Estado cree normas para su cumplimiento y garantía material, remarcando su protección complementaria por ser un grupo de atención prioritaria²⁰. (Yanes, 2016)

¹⁹ Art.14.- Ninguna autoridad judicial o administrativa podrá invocar falta o insuficiencia de norma o procedimiento expreso para justificar la violación o desconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Las normas del ordenamiento jurídico, las cláusulas y estipulaciones de los actos y contratos en que intervengan niños, niñas o adolescentes, o que se refieran a ellos, deben interpretarse de acuerdo al principio del interés superior del niño.

²⁰ El interés superior del niño: “[...]interpretada en su integralidad e interconexión en un principio rector –guía, en los términos que ha desarrollado esta Corte, una garantía social que obliga al Estado a una actuación concreta y efectiva para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescente, y a la vez, es un principio constitucional, directamente aplicable y justiciable, pero en igualdad con otros principios y derechos de acuerdo a lo que establece el artículo 11 numeral 6 de la Constitución vigente (...) En definitiva, toda vez que el Estado y, particularmente el sistema de justicia, tiene una obligación positiva de tomar las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas con el fin de garantizar materialmente los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación integral de la normativa constitucional e

La Corte Constitucional recoge además varios elementos sobre la interpretación del interés superior del niño; el primer elemento es el hecho de otorgar un peso específico a la condición de vulnerabilidad en un ejercicio de ponderación; el segundo elemento es que la decisión que se tome debe darse con proyecciones temporales diversas; y por tercer elemento es que los derechos de los niños no dependen del cumplimiento de sus responsabilidades, sino que estas, las obligaciones, se creen para convertirlos en entes propositivos²¹. (Yanes, 2016)

De lo dicho se puede concluir que la protección de los niños y niñas se encuentra garantizado tanto en los instrumentos internacionales, como en la Constitución del 2008, estableciendo la obligación que tiene el Estado en promover de forma prioritaria el desarrollo integral de los niños y niñas atendiendo y tomando decisiones a favor del principio superior del niño; y, en el caso de niños y niñas víctimas de delitos sexuales se debe proteger el interés superior del niño, con el propósito de eludir los efectos nocivos y dañinos que se desprenden al momento de formar parte del proceso penal y, sobre todo, asegurar su salud tanto física como mental.

De lo dicho, al entrar en conflicto los derechos del niño y del procesado, se privilegia el de los niños y niñas, dado que los derechos que se protegen son principalmente el derecho del interés superior del niño y el derecho a la no revictimización.

3.1.3. El derecho al acceso a la justicia

El acceso a la justicia constituye la primera línea en la defensa sobre los derechos de las víctimas de violencia sexual, (CIDH, 2007), es por ello que el derecho al acceso a la justicia es un derecho que se encuentra consagrado tanto a nivel internacional como nacional. En el ámbito internacional los diferentes instrumentos internacionales han

internacional, los jueces están obligados a tomar medidas específicas, aun cuando la normativa no lo establezca formalmente, para poder garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. Específicamente, esta obligación respecto de las/os niñas/os consta en el Art. 46 numeral 4 de la Constitución vigente y 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no solo como medidas positivas sino como especiales de protección. (Corte Constitucional del Ecuador, 2014)

²¹ Decidir en razón del principio de interés superior del niño, implica dar un peso específico e importante en el proceso de toma de decisiones a la condición de niños, niñas y adolescentes como sujetos plenos de derecho, cuya personalidad se halla en desarrollo, implica también el orientar la decisión a lograr el mayor estatus de protección de sus derechos en el corto, mediano y largo plazo, tenida en cuenta la situación en la que se encuentran. Por último, requiere de quien adopte la decisión el considerar en conjunto los derechos y responsabilidades de niños, niñas y adolescentes, sin hacer por ello, que los primeros estén condicionados al cumplimiento de las segundas, sino que más bien, éstas sirvan para construir una personalidad equilibrada y una ciudadanía responsable. (SENTENCIA N.o 048-13-SCN-CC, 2013)

determinado los estándares mínimos para garantizar dicho derecho. En este sentido el acceso a la justicia se encuentra consagrado en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos²² y el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos²³.

Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha mencionado sobre dicho alcance, que el derecho al acceso a la justicia tiene y ha establecido que toda persona que ha sufrido una violación a sus derechos humanos tiene el derecho a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y el establecimiento de las responsabilidades correspondientes. (Caso Barrios Altos Vs. Perú, 2001); así mismo la Corte Interamericana ha indicado que el derecho al acceso a la justicia debe asegurar a la víctima o a sus familiares que en un tiempo prudente se haga todo lo necesario para llegar a conocer la verdad sobre lo sucedido; la debida sanción de los responsables y prevenir las prácticas degradantes hacia la víctima. (Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, 2006)

De lo establecido, el derecho al acceso de la justicia hace referencia al conjunto de derechos y garantías que los Estados tienen que asegurar a sus ciudadanos, sin ningún tipo de distinción, con el afán de que puedan acudir a la administración de justicia a resolver un conflicto y obtener una sentencia justa, y de conformidad con el ordenamiento jurídico. (Conde, 2009)

Así mismo, el acceso a la justicia es un derecho reconocido y consagrado para todas las personas. En el Ecuador, la Constitución del 2008 en el artículo 75 garantiza y establece el derecho de acceso a la justicia como un servicio que el Estado se encuentra obligado a brindar a la comunidad de manera gratuita en todas sus etapas. Además, el texto

²² Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Artículo 14: [...] Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. [...].

²³ Convención Americana de Derechos Humanos: Artículo 8: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter [...].

constitucional establece que este derecho debe ser eficiente, eficaz, transparente y responsable²⁴.

Con respecto al acceso a la justicia de niños y niñas víctimas de infracciones penales, el artículo 175 de la Constitución establece las condiciones en las cuales se debe adecuar la administración de justicia en materia de niñez y adolescencia, de la siguiente manera:

Art. 175.- Las niñas, niños y adolescentes estarán sujetos a una legislación y a una administración de justicia especializada, así como a operadores de justicia debidamente capacitados, que aplicarán los principios de la doctrina de protección integral. La administración de justicia especializada dividirá la competencia en protección de derechos y en responsabilidad de adolescentes infractores.

Entonces, es un deber del Estado garantizar el cumplimiento de lo consagrado en la Constitución, es decir hacer cumplir con las garantías del debido proceso sin afectar los derechos de los niños y niñas al ser partícipes de un proceso judicial, además el artículo 169 de la Constitución en su parte pertinente establece que se harán efectivas las garantías del debido proceso y no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades, este mandato constitucional indica que, se debe regular la actividad de los operadores de justicia para que en su accionar no vulnere las garantías judiciales de los niños y niñas, ni mucho menos el derecho al acceso de justicia. (Valencia, 2016)

Además de la normativa constitucional señalada, es importante indicar que, como parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la jurisprudencia vinculante emanada por la Corte Constitucional, la cual ha emitido varios criterios relacionados al acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, entre los cuales tenemos que:

El interés superior del Niño interpretado en su integralidad e interconexión en un principio rector –guía, en los términos que ha desarrollado esta Corte, una garantía social que obliga al Estado a una actuación concreta y efectiva para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescente, y a la vez, es un principio constitucional, directamente aplicable y justiciable, pero en igualdad con otros principios y derechos de acuerdo a lo que establece el artículo 11 numeral 6 de la Constitución vigente (...) En definitiva, toda vez que el Estado y, particularmente el sistema de justicia, tiene una obligación positiva de tomar las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas con el fin de garantizar materialmente los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación integral de la normativa constitucional e internacional, los jueces están obligados a tomar medidas específicas, aun cuando la normativa no lo establezca formalmente, para poder

²⁴ Art. 75: 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. (Constitución 2008)

garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia. Específicamente, esta obligación respecto de las/os niñas/os consta en el Art. 46 numeral 4 de la Constitución vigente y 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no solo como medidas positivas sino como especiales de protección. (Corte Constitucional del Ecuador, 2014)

De lo mencionado podemos concluir que el derecho al acceso a la justicia constituye una de las más altas obligaciones del Estado; sin embargo, el miedo a denunciar o el abandono del proceso por parte de la víctima se debe a la certeza de impunidad y al maltrato institucional que sufre la víctima dentro del proceso penal, provocando así una vulneración directa a su derecho al acceso a la justicia.; es por ello que para garantizar de forma efectiva este derecho y evitar los efectos revictimizantes de proceso en la víctima, se necesita el auxilio de medios tecnológicos como la utilización de la cámara de Gesell para la recepción de los testimonios.

3.1.4. El derecho a ser escuchado

Previo a mencionar el derecho de todo niño o niña a ser escuchado, es importante indicar que mientras más cómodo sea el entorno donde el niño o y niña rinda su testimonio más fácil será conseguir el testimonio idóneo sin revictimizar a la víctima. Para obtener ese resultado favorable, resulta necesario que el menor al momento de ser escuchado se lo haga en un ambiente que no sea intimidatorio ni amenazador, puesto que, si lo fuera, el fiscal a cargo no podría obtener un testimonio idóneo para esclarecer los hechos del caso. (Valencia J. 2016)

Lo mencionado tiene una especial relevancia al momento de adecuar los sitios destinados a recibir los testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de delitos sexuales. En ese sentido la UNODC ROPAN en su opinión consultiva aconseja que para toda actuación se haga de la manera correcta y efectiva creando espacios que permitan el desarrollo de un ambiente amigable y accesible a las víctimas, añadiendo, que la adecuación de un ambiente para garantizar el derecho a ser escuchado por parte del menor es un derecho subsecuente a la aplicación del interés superior del niño, ya que al tener un ambiente adecuado resultará más fácil que el niño o niña pueda rendir su testimonio de forma abierta, sin presión y sin temor a las actuaciones del aparataje estatal y especialmente de su victimario.

Con respecto a los ambientes adecuados, las legislaciones han contemplado el auxilio de los medios tecnológicos permitiendo la utilización de la cámara de Gesell, ya que la

utilización de este medio para la recepción de testimonios anticipados no persigue la obtención de la prueba sino también el efectivo cumplimiento del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados sin provocar mayor daño que el causado por el delito mismo.

Con respecto al artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño²⁵, la UNODC ROPAN (2014) explica que el derecho a ser escuchado tiene un doble alcance, el primero se refiere al derecho al niño a ser escuchado de forma efectiva en cualquier procedimiento judicial o administrativo que pueda ocasionar un daño mayor en su vida, y el segundo alcance versa sobre la implementación de políticas públicas destinadas a garantizar el derecho del niño a ser escuchado en adecuadas condiciones.

Sobre el derecho de los niños a ser escuchados durante un procedimiento judicial, el comité de los Derechos Niño de las Naciones Unidas en las Observaciones Generales del Comité de los Derechos del Niño, en la Observación General número 12 se establece que se dará una particular importancia y oportunidad al niño o niña al momento de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo. Intentando de esta manera evitar la vulneración de derechos y el interés superior del niño, y en su parte pertinente explica que:

No se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas del tribunal, la vestimenta de los jueces y los abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.

Asimismo, es importante recordar que el derecho consagrado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño genera para los Estados Parte la obligación de garantizar que los niños participen en la formulación de políticas destinadas a la promoción y protección de sus derechos. En ese sentido la Observación General número 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas dispone que:

²⁵ Artículo 12.- 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

[...] El ejercicio del derecho del niño o los niños a ser escuchados es un elemento fundamental de esos procesos. El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños. (Comite de los Derechos del Niño, 2009)

En consecuencia, esta consideración tiene una especial relevación al momento de adecuar los ambientes que se encuentren destinados a los procesos para los casos en que las víctimas sean niños o niñas víctimas de delitos sexuales. En este sentido, para que dicha adecuación sea efectiva y se logre crear verdaderos espacios que contemplen un ambiente amigable y accesible para los niños víctimas de infracciones penales. (UNODC ROPAN, 2014)

Por otro lado, dentro de la legislación ecuatoriana, el derecho a ser escuchado se encuentra consagrado en la Constitución del 2008 en su artículo 76 numeral 7 literal c), en donde se establece la garantía a ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

Por su parte, el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia en su artículo 257 recoge las garantías constitucionales del debido proceso y consagra el derecho a ser escuchado²⁶; así mismo el artículo 258 ibidem, al tratar sobre el testimonio del niño, niña y adolescente víctima de una infracción penal indica que en todo procedimiento judicial o administrativo el juez o la autoridad competente velará porque se respete el interés superior del niño, añadiendo que la declaración brindada por el menor deberá practicarse de forma reservada y en condiciones que respeten la intimidad, la integridad física y emocional del niño, niñas y adolescente.

Finalmente, el artículo 314, numeral 2 del Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia consagra el derecho a ser escuchado, y en su parte pertinente establece que en todas las etapas de proceso el menor tiene derecho a ser escuchado en óptimas condiciones²⁷.

De lo mencionado se concluye que el derecho a ser escuchado se encuentra inmerso dentro de las garantías del debido proceso y además se establece que para un correcto y efectivo funcionamiento se debe adecuar el proceso a las necesidades y la capacidad

²⁶ Art. 257.- Garantías del debido proceso. - En todo procedimiento judicial que se sustancie con arreglo al presente Código, las personas tendrán asegurada la inviolabilidad de la defensa, la contradicción, la impugnación, la inmediatez, el derecho a ser oído y las demás garantías del debido proceso.

²⁷ Art. 314.- Derecho a ser oído e interrogar. - 2. A ser escuchado en cualquier instancia del proceso [...].

cognoscitiva de la víctima, permitiendo de esa forma que los niños y niñas víctimas de una infracción penal puedan hablar y relatar de los hechos sucedidos. Por ende, si la administración de justicia pretende la reducción de los niveles de revictimización y evitar la impunidad, es necesario que se adecuen el ordenamiento jurídico a las necesidades que el niño o niña presente dentro del proceso, permitiendo que los testimonios anticipados rendidos dentro de la cámara de Gesell aseguren y protejan los derechos del menor. (Sierra, 2013)

A lo largo de este capítulo se ha evidenciado todos los aspectos positivos que la utilización de la prueba anticipada dentro de la cámara de Gesell brinda al momento de proteger los derechos de la víctima y en específico los derechos de los niños y niñas víctimas de una infracción penal que al ser un grupo vulnerable necesitan de mayor protección. Las Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad recomiendan la utilización de la prueba anticipada dentro de la cámara de Gesell por la protección y beneficios que genera en la víctima al permitir que se grabe en video el testimonio y que se pueda reproducir dentro de la etapa correspondiente por parte de los operadores de justicia sin aumentar el daño ocasionado por el delito hacia el menor.

3.2. Aspectos Negativos

El aparataje estatal protege a las víctimas de los delitos de naturaleza sexual y más aún si las víctimas son niños y niñas, lo cual es correcto, sin embargo, nada se dice con respecto al derecho de la parte procesada y es importante recordar que:

“... Inseparable del derecho de acción es el derecho de contradicción, y por ello ambos pueden ser considerados como dos aspectos de la relación jurídico procesal [...] El derecho de contradicción [...] se basa en varios de los principios fundamentales del derecho procesal, el de la igualdad de las partes en el proceso; el de la necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtir la decisión; el de la imparcialidad de los funcionarios judiciales [...] El derecho de contradicción está vinculado inseparablemente con el principio político del respeto a la libertad individual que orienta y fundamenta todo el sistema de la democracia política y con el no menos importante de la igualdad de las personas ante la Ley; porque sin él se sometería a los demandados a los efectos de una sentencia, que puede afectar su libertad jurídica, sin darles la oportunidad de defenderse y con marcada desventaja frente al demandante. Ese derecho a ser oído y a defenderse si así se desea, es un bien de inapreciable valor”. (Echandia, 2009)

En consecuencia, la parte procesada dentro del proceso penal tiene el derecho constitucional al debido proceso y al derecho a la legítima defensa, y permitir la

utilización de la cámara de Gesell para la recepción de testimonios anticipados provoca un debilitamiento de los derechos fundamentales del procesado. Por lo cual se evidencia que existe un enfrentamiento entre los intereses de las partes procesales, y además se observa que el Estado prioriza su protección hacia las víctimas de las infracciones penales que las del procesado, es por ello que al observar que existe un conflicto entre los derechos las víctimas y las garantías constitucionales sobre el debido proceso y el derecho a la defensa que el testimonio anticipado rendido dentro de la cámara de Gesell provoca, resulta imperiosamente importante realizar un análisis sobre los aspectos negativos que la utilización de este medio tecnológico provoca dentro del proceso penal y qué respuestas la legislación o la doctrina han brindado sobre dichas vulneraciones.

Entre los derechos, garantías y principios del proceso que se encuentran en conflicto al permitir la utilización de la cámara de Gesell tenemos:

3.2.1. El debido Proceso

El debido proceso en la legislación ecuatoriana se encuentra consagrado en la Constitución de Montecristi, siendo así que en su artículo 76 dispone que “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso [...]”.

Como se estableció en el primer capítulo, la garantía del Debido Proceso tiene su concepción en el derecho inglés, y según Juan Linares (1970) el Debido Proceso se lo puede utilizar desde dos fases.

- a. El debido proceso en su fase procesal, que se manifiesta como el conjunto de reglas y procedimiento tradicionales²⁸, a las cuales el legislador y el juez deben observar cuando se regula jurídicamente la conducta del individuo. (Linares, 1970)
- b. La fase sustantiva, en la cual la garantía del debido proceso viene a ser todo aquello que encierra las garantías necesarias para procesar de forma justa al procesado. (Linares, 1970)

²⁸ Se hace énfasis en la palabra tradicionales porque justamente el testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell lo que hace es introducir dentro del sistema procesal un novedoso y nuevo medio de prueba.

Estas garantías se encuentran contempladas en la Constitución del 2008 en los artículos 75, 76 y 77, donde se señalan las condiciones mínimas que se debe garantizar a aquellas personas que se encuentren dentro de un proceso.

Por lo tanto, para determinar, si una persona es culpable o no de una infracción penal, hay que atravesar distintas etapas judiciales que en conjunto se denomina “Proceso”, y que se refieren al conjunto de pasos preestablecidos y sistemáticos cuyo resultado trae consigo una sentencia. (Pintos, S/f); proceso que debe contener ciertas garantías mínimas del derecho a la defensa.

Según Osvaldo Gozaini (1998) en su libro “El Debido Proceso”, a través de la garantía del debido proceso no se trata de cumplir un trámite cualquiera o dar la apariencia ordenada y simplista de los procedimientos reglados, donde lo único importante sería más la forma que el contenido; sino la de garantizar que no se viole ni se prive a ningún ciudadano de la oportuna tutela de sus derechos fundamentales; y que la sentencia que el juez dicte se base en el fiel cumplimiento de los principios que se exigen en un Estado de Derecho. (Gozaini, 1988)

Las garantías básicas que la Constitución del 2008 establece como debido proceso, enunciándolas brevemente son:

Art. 76.- 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:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.
3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.
4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.
5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora.
6. La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza.
7. El derecho de las personas a la defensa

De la misma forma la garantía del debido proceso se encuentra consagrada en los diferentes instrumentos internacionales, incorporados en la Constitución del 2008, por ejemplo:

- a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 10 consagra que “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.
- b) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, consagra en su artículo 26 que, “Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas”.
- c) La Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto San José), en su artículo 8 establece en su numeral 1 que, “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Y en su numeral 2, añade que, “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad”.
- d) El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su parte pertinente del artículo 14 dispone que, “1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil [...].
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, y a las garantías mínimas del debido proceso [...].

Como se puede observar, tanto dentro de la legislación ecuatoriana como en los distintos instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, el derecho al debido proceso se encuentra consagrado, y protege de forma efectiva a las personas otorgándoles ciertas garantías que aseguran el correcto funcionamiento del proceso.

Con respecto a si la recepción de testimonios anticipados dentro de la cámara de Gesell es violatoria al debido proceso, es preciso señalar que los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, el encargado de llevar a cabo la diligencia de la toma del testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell es la autoridad competente, además de los demás intervinientes como son el psicólogo, fiscal, policía, abogado del procesado y de existir acusación particular.

Se debe tener en cuenta que la práctica del testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell se lo realiza en la etapa de instrucción fiscal, teniendo en cuenta que dentro de esta etapa se realiza únicamente la investigación del delito y demás actos investigativos, mismas actividades que tienen validez alguna para el proceso en la etapa de juicio.

La práctica del testimonio anticipado, es escuchada por la autoridad competente a través de la cámara de Gesell, es decir garantizando el derecho a la no revictimización, sin embargo, en ninguna condición se encuentra el procesado, notando así que no se garantiza el principio de contradicción, dado que el perito enviado por fiscalía es el quien orienta la entrevista dentro de la cámara de Gesell.

Teniendo en cuenta que la práctica de esta diligencia se da sin la presencia del procesado, dejándolo claramente en indefensión, cuando existen medios telemáticos para guardar la proporcionalidad en cuanto a garantías y asegurar el debido proceso.

Una vez establecida la proporcionalidad que existe entre la defensa de la víctima con la del procesado, se puede identificar la clara vulnerabilidad al debido proceso por no encontrarse en igualdad de condiciones dentro del proceso.

En consecuencia no se tienen en consideración las garantías básicas del debido proceso manifestadas en la Constitución de la Republica, dado que la víctima ya no rinde su testimonio en audiencia, dentro de esta etapa el Fiscal realiza el impulso de la acción solo,

en la cual la presencia de la víctima ya no es requerida, y en la etapa de juzgamiento solo se la realiza en base al testimonio receptado de forma anticipada en conjunto con las pruebas presentadas por Fiscalía, ya que únicamente existe el testimonio de la víctima y no de terceros, teniendo en cuenta que este testimonio fue tomado en la etapa de investigación previa, sin la presencia del procesado, negando de esta forma el principio de contradicción.

Para la realización de la toma de testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell, el Fiscal sustenta su acción basado en el artículo 502 del Código Orgánico Integral Penal, en el cual se establece que “La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. 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 receptar el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción”, y el artículo 444 ibidem, en la cual se establece que la solicitud la realizará el Fiscal²⁹, al Juez de Garantías Penales, quien será la persona encargada de determinar y notificar a las partes procesales la fecha y hora, para el cumplimiento de esta diligencia judicial.

De tal modo, que, dentro de esta diligencia, la autoridad competente es quien dirige, y será el encargado de calificar las preguntas que formulen tanto el fiscal como la parte defensora, que de ser procedentes mediante un intercomunicador serán transmitidas al profesional especializado (perito psicológico).

Teniendo en cuenta, la existencia del principio de inmediación y contradicción se demuestra de forma clara que, al permitir el testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell, se vulneran los principios, derechos y garantías establecidas en la Constitución y demás instrumentos internacionales.

En consecuencia, queda en evidencia la falta de proporcionalidad que existe dentro del proceso penal entre la víctima y el procesado, cuando los diferentes instrumentos

²⁹ Según el artículo 444 numeral 7 en el cual se establece que podrá solicitar al juzgador la recepción de testimonios anticipados aplicando siempre los principios de inmediación y contradicción.

internacionales, la Constitución y el Código Orgánico Integral Penal no solo garantizan el derecho a un juicio justo sino también le respeto al debido proceso en todas sus facetas.

3.2.2. El derecho a la defensa del procesado

En este apartado, es importante analizar los aspectos más relevantes del derecho a la defensa, que nos corresponde a la de todos los sujetos de derecho, para posteriormente analizar en forma más específica el principio de contradicción.

El derecho a la defensa hace referencia a la posibilidad del procesado de intervenir durante el proceso, de contar con una defensa técnica, de conocer y contradecir la imputación, de controlar la legalidad del ingreso de las pruebas, de ofrecer pruebas de descargo y controlar las de cargo, alegar sobre el mérito de todas las etapas para demostrar la carencia total o parcial de fundamentos en la pretensión acusatoria y de interponer recursos. (Fortete, 2008). El derecho a la defensa se encuentra consagrado en el artículo 76 numeral 7 de la Constitución de la Republica.

De esta forma se evidencia que, es imperiosa la necesidad de que toda persona tenga derecho a ejercer una defensa adecuada a sus intereses en cualquier tipo de proceso, ya sea esta, de carácter civil, laboral, administrativo, sin embargo, el derecho a la defensa adquiere mayor importancia cuando versa dentro de un procedimiento penal, se encuentra el juego el bien jurídico más importante, que es la libertad.

No obstante, dentro de los procesos penales existe la víctima, sujeto procesal que al igual que el procesado necesita de protección, y dicha protección aumenta cuando se trata de un niño o niña víctima de una infracción penal de carácter sexual. Al encontrarse niños o niñas dentro del proceso penal, el sistema ha creado ciertas clases de pruebas testimoniales, que como consecuencia de la gravedad del delito y del perjuicio que provoca en el menor, solo pueden practicarse una vez, pues por su naturaleza o características son irreproducibles; es decir los testimonios se convierten en actos irrepetibles. (Cafferata Nores, 1998)

Un ejemplo de estas pruebas irrepetibles, son los testimonios anticipados rendidos dentro de la cámara de Gesell, en donde el testimonio del niño o niña víctima de un delito sexual puede únicamente ser practicado una sola vez, por lo cual la práctica de esta prueba procura evitar la revictimización y garantizar el interés superior del niño, ya que al no

hacerlo trae consigo graves consecuencias y daños tanto físicos como emocionales en la víctima.

De lo establecido, se puede evidenciar que la práctica del testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell trasgrede de cierto modo el derecho a la defensa del procesado, ya que al existir un conflicto entre los derechos de la víctima y del procesado, que por la protección del Estado prioriza a las víctimas (niños y niñas) de delitos sexuales, existiendo de esta forma una mayor protección a los derechos de las víctimas, menoscabando el derecho a la defensa del procesado.

Por lo que se advierte que, dentro del proceso penal, los procesados ven recortado de manera injusta su derecho a la defensa, tanto desde el punto de vista material, como desde el punto de vista técnico; es por ello que en este punto el derecho a la defensa se lo analizará desde dos perspectivas, la defensa material y la defensa técnica.

La defensa material, defensa que es ejercitada por parte del propio procesado, mejor conocida como el derecho a ser escuchado en igualdad de condiciones o a declarar dentro del proceso. Además, es la posibilidad que tiene el procesado a expresarse libremente sobre cada una de las pretensiones que se lo acusa, también es conocida como el derecho que tiene el procesado a defenderse a lo largo del proceso. (Cafferata Nores, 1998)

Para el ejercicio efectivo de este derecho de defensa, es necesario que exista en primer lugar algo de qué defenderse, es decir que la defensa conozca de la imputación específica, por ello es que se exige la debida notificación sobre la práctica de prueba dentro de la cámara de Gesell. Esta notificación debe ser conocida por el procesado y la defensa, y esta debe ser clara, precisa y circunstancial del hecho concreto, para que las partes procesales puedan intervenir en el proceso, siempre con la debida anticipación.

Permitir la recepción de testimonios anticipados dentro de la cámara de Gesell, repercute de forma negativa contra el procesado, quien se ve privado de seguir la secuencia del testimonio rendido por la víctima y de poder ejercitar su derecho. En efecto, se lo priva de poder formular preguntas y/o de contra preguntar a las mismas (Herrera, ¿La utilización de la Cámara de Gesell en el proceso penal colisiona con el Derecho de Defensa del Imputado?, 2017); ya que su intervención se ve limitada por la autoridad competente en cumplimiento de los derechos de la víctima menor, para de esta forma no violentar el interés superior del niño. (UNICEF, 2016); así como también de controlar la

legalidad de la diligencia, por lo que afecta su derecho a confrontar a la víctima. (Herrera, ¿La utilización de la Cámara de Gesell en el proceso penal colisiona con el Derecho de Defensa del Imputado?, 2017)

Entiéndase que no se pretende que el procesado se enfrente de manera directa a la víctima, sino que se le otorgue la posibilidad de seguir de manera simultánea todas las instancias de la práctica del testimonio anticipado desde el otro lado del vidrio, y/o a través de un sistema de audio y video, que no provoque una vulneración de su derecho a interrogar a los testigos de cargo, conforme lo prevé el artículo 8 numeral 2 literal f) de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁰ y el artículo 14 numeral 3 literal e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³¹.

El segundo aspecto al que se hace alusión, se refiere a la defensa técnica del procesado³² en este apartado se estudiará la posibilidad y el derecho que todo procesado tiene de contar con un abogado, que puede ser elegido directamente por él o por el Estado al proporcionarle un defensor.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la Constitución ha consagrado el derecho a la defensa técnica, al disponer en su artículo 76 numeral 7, el derecho a la defensa de todas las personas, en la cual se incluyen ciertas garantías básicas de las cuales se desprende que toda persona tiene el derecho a ser asistido por el o un defensor público, además el texto constitucional indica que no se puede restringir el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensor.

³⁰ Artículo 8. [...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

³¹ Artículo 14. [...] 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

³² En el Ecuador la defensa técnica se encuentra consagrada en el artículo 327 del Código Orgánico de la Función Judicial en la cual se establece que: En todo proceso judicial necesariamente intervendrá un abogado en patrocinio de las partes excepto en los procesos constitucionales y en los que se sustancien ante las juezas y jueces de paz, sin perjuicio del derecho a la autodefensa contemplado en el Código de Procedimiento Penal. Quienes se hallen en incapacidad económica para contratar los servicios de un abogado tendrán derecho a ser patrocinado por los defensores públicos.

Esta defensa técnica a la cual nos referimos, resulta imprescindible que esté presente desde el comienzo del proceso, por ello es que en ningún momento se le puede prohibir al defensor seguir la práctica del testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell, ni tampoco negarle la formulación de las preguntas necesarias, ni interrumpir la comunicación entre el procesado y su defensor.

De lo establecido, es necesario indicar que las limitaciones a ciertos principios procesales no implican necesariamente la violación a los mismos; al contrario, como correcta lo ha sostenido la doctrina constitucional, los principios, derechos y garantías, no representan un todo absoluto; y bajo ciertas circunstancias, pueden ser objeto de limitaciones razonables, con lo cual las restricciones legítimas que sufran en ponderación a otros principios, derechos o garantías, se encuentran debidamente justificadas, siempre que se guarde un equilibrio debido, y todos ellos mantengan el núcleo esencial de la finalidad para la que han sido dispuestos³³.

Las secuelas y daños producidos en primer lugar por el delito cometido hacia el menor y en segundo por el contacto del niño o niña con el sistema de justicia, es la justificación para las limitaciones de principios, derechos y garantías antes expuestas. (UNICEF, 2016); recomendando que siempre se deberá cumplir con el especial derecho procesal que le asiste, como es permitir la recepción de testimonios anticipados dentro de la cámara de Gesell u otros medios no revictimizantes (UNICEF, 2016) establecidos en este caso en la Constitución del Ecuador y el Código Orgánico Integral Penal.

De lo mencionado, y con relación al derecho a la defensa del procesado, lo que siempre debe tenerse en cuenta es que el testimonio anticipado rendido por un niño o niña víctima de delitos sexuales debe tomarse con los recaudos necesarios para que no deba repetirse, y que, en todo caso, en la etapa de juicio se pueda reproducir a través de medios audiovisuales; sin embargo, desde este punto de vista se evidencia la vulneración del derecho a la defensa, ya que este implica no poder debatir ni controvertir la prueba durante el proceso. (Fortete, 2008)

Cesar Fortete (2008) indica que, para solucionar este inconveniente se debe imponer un procedimiento que implica adelantar el contradictorio, es decir, disponer que las partes

³³ Sánchez Escobar, Carlos Ernesto "La Cámara Gesell como dispositivo para realizar el interrogatorio de niños, niñas y adolescentes. Ventana Jurídica No. 12, Año VII, Volumen II, Escuela de Capacitación Judicial "Dr. Arturo Zeledón Castrillo". San Salvador, El Salvador, 2014, P 30.

procesales puedan participar de la diligencia y transmitir las preguntas e inquietudes que tengan al profesional a cargo del testimonio dentro de la cámara de Gesell. De esta forma se garantiza la no revictimización del menor en su integridad psicológica y el derecho a la defensa, ya que dentro de la diligencia participa del acto de recepción del testimonio, la víctima es interrogada en un medio adecuado y por un profesional especializado evitando su revictimización y el testimonio puede ser reproducido en la etapa de juicio garantizando el derecho a la defensa.

3.2.3. El principio de contradicción

Dentro de un tema tan amplio como es el derecho a la defensa, es importante analizar un aspecto específico del mismo, que es el principio de contradicción que según la autora Clara Olmedo (1982), es la garantía formal para que exista un fallo legítimamente pronunciado; además es la posibilidad de contestar todas las afirmaciones presentadas por la contraparte; y, por último, es el control de producción de la prueba.

En otras palabras, el principio de contradicción es la parte esencial del ejercicio efectivo del derecho a la defensa, principio que representa un elemento fundamental dentro de la estructura del proceso penal, mismo que ha sido enfatizado por la doctrina como una de las reglas esenciales del desarrollo del proceso, sin cuya concurrencia la idea de un juicio justo sería catalogado simplemente como una quimera.

Como expresa Cafferata Nores (1998), el sistema constitucional pretende que el conocimiento que se exige ante el Tribunal para poder tomar una decisión e imponer una pena, no debe ser fruto de una indagación unilateral; es por ello que el autor indica que el principio de contradicción tiene como base la plena igualdad de las partes procesales en orden a sus atribuciones procesales. (Cafferata Nores, 1998)

El principio de contradicción tiene lugar cuando se asegura que el procesado conozca cuál es el hecho por el cual se lo acusa y cuáles son las pruebas que ya se presentaron para fundamentar dicha acusación, así también, como la posibilidad de ser participe en la práctica de las pruebas y en el control de la prueba ya producida. (Pintos, S/f)

Por lo dicho, el principio de contradicción, además constituye un aspecto fundamental para el procesado, ya que hace referencia a su defensa en juicio, y es considerado como

uno de los más importantes; sin embargo, cabe mencionar que este principio no es absoluto para el descubrimiento de la verdad histórica.

El principio de contradicción dentro de la legislación ecuatoriana se encuentra garantizado en el artículo 168 numeral 6 de la Constitución de la República el cual establece que la sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral y de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

Además, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 5 referente a los principios procesales en su numeral 13 establece el principio de contradicción y expone:

Art. 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: [...].

13. Contradicción: 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; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra.

Y el artículo 454 numeral 3 Ibidem que versa sobre los principios indica que:

Artículo 454.- Principios. - El anuncio y práctica de la prueba se regirá por los siguientes principios: [...]

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

Y con respecto a los testimonios anticipados dentro de la cámara Gesell, el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 444 numeral 7 establece que la recepción de dichos testimonios debe estar acorde a los principios de inmediación y contradicción.

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

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

De lo dicho, el principio de contradicción es la facultad que tienen las partes procesales para cuestionar todo aquello que pueda influir al momento de sentenciar y que eventualmente resulte perjudicial a sus pretensiones, y con respecto al procesado, se evidencia que, como regla general tiene el derecho a contradecir e interrogar a cualquier

testigo que rinda un testimonio en su contra, sin embargo cuando dentro del proceso penal se encuentra involucrado un niño o niña víctima de infracciones penales, el Estado ha brindado de una mayor protección con el objeto de evitar la revictimización, es por ello que el testimonio anticipado rendido por niños y niñas víctimas de delitos contra la integridad sexual es uno de los supuestos constitucionalmente relevantes en los que se encuentra justificada la utilización de la Cámara de Gesell y que su utilización compromete los derechos y garantías que posee el procesado.

Ante estas circunstancias y en atención al interés superior del niño, Carina Martí Ferrer (2018) indica que resulta legítimo que el Estado deba adoptar medidas de protección hacia las menores víctimas de delitos sexuales; incluso la autora indica que se debería rechazar su presencia en juicio para ser personalmente interrogada; sin embargo, ante esta apreciación los derechos del procesado se ven claramente comprometidos en la forma en la que no pueden ejercer su derecho de contradicción. (Ferrer, 2018)

Ante ello, las protecciones que se otorguen a las víctimas, y más aún a los niños y niñas víctimas de delitos sexuales deben ser compatibles con la posibilidad de garantizarle al procesado a ejercer de forma adecuada su derecho de contradicción, a cuyo fin el Estado se encuentra en la obligación simultánea, a tomar precauciones que contrapesen o reequilibren los déficits de defensa que se derivan a consecuencia de la imposibilidad de interrogar de forma personal al testigo dentro del proceso penal. (Ferrer, 2018)

Al establecer claramente que no existe en igualdad de condiciones dentro del proceso penal, menos aún respeto por los principios de la administración de justicia y el debido proceso ya que existe el derecho a la no revictimización sobre el principio de contradicción. Dado que no se garantiza el principio de contradicción, aunque el abogado del procesado se encuentre en esta diligencia, ya que él no sabe lo que la víctima va a decir sin tener forma de probar lo manifestado. (Ramos, 2016)

Además, Patricia Ramos (2016) expresamente indica que un caso muy claro en el cual el principio de contradicción no se cumple es cuando la defensa técnica del procesado, es un defensor público, y el procesado no se encuentra presente para defenderse o brindar a su abogado la información necesaria para garantizar sus derechos y proteger el bien jurídico más importante de la vida del ser humano como es la libertad, ya que el defensor

público revisa el proceso tan solo minutos antes de que se instale la audiencia o se practique la diligencia previa su notificación.

En consecuencia, ya que tan solo se obtiene el testimonio propio y no de terceros, teniendo en consideración que el testimonio brindado por la víctima fue tomado en la fase investigativa sin la presencia del procesado, negando así el principio de contradicción en la audiencia de juicio. (Ramos, 2016)

Como se manifestó en líneas anteriores, cuando el procesado posee un defensor público al momento de la práctica del testimonio anticipado, queda en evidencia la clara vulnerabilidad al debido proceso y al principio de contradicción, además, teniendo en consideración la existencia del principio de inmediación y contradicción se demuestra de forma clara que permitir la recepción de testimonios anticipados dentro de la cámara de Gesell vulneran los principios declarados en las garantías establecidas en la Constitución, los principios de administración de justicia y las garantías y principios rectores establecidos en el Código Orgánico Integral Penal. (Ramos, 2016)

Sin embargo, ante esta apreciación surge otra interrogante, y es ¿desde dónde y cómo la defensa del procesado puede formular todas las preguntas que se consideren necesarias para defender sus intereses?

Ante esta interrogación, es necesario señalar que las partes procesales tienen derecho a conocer de forma oportuna y confrontar las pruebas, tanto las producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen de forma anticipada, es por ello que la parte procesada tiene el derecho a contradecir e interrogar a los testigos que brinden un testimonio en su contra.

Y conforme se ha establecido en el Protocolo para el uso de la cámara de Gesell, las preguntas que se realicen dentro de la cámara de Gesell deberán formularse, de manera ordenada, una a la vez y deberán ser calificadas por la autoridad competente, a fin de evitar confusiones y discusiones, garantizando el bienestar psicológico de la persona que se encuentre rindiendo el testimonio, además dentro de las preguntas realizadas se prohibirá la formulación de preguntas lesivas, impertinentes, capciosas, sugestivas, y tendientes a revictimizar, conforme lo establecido en la Constitución y la ley. (Protocolo para el uso de la camara de Gesell; Resolucion 117-2014, 2014)

De lo establecido se puede establecer que la autoridad competente deberá garantizar al procesado la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción, para lo cual es imprescindible dar a cada una de las partes procesales la oportunidad de estar presentes al momento de realizar la práctica de la prueba dentro de la cámara de Gesell y de efectuar las preguntas que consideren necesarias y oportunas, las cuales a través de un intercomunicador se trasladarán al psicólogo, psicólogo terapeuta o médico psiquiatra para que formule las preguntas a la víctima en un lenguaje que considere más conveniente y apto, protegiendo de esta manera los intereses de la víctima y asegurando de manera eficaz los derechos del procesado.

3.2.4. La garantía del Juez Natural

La Corte Constitucional Colombiana con respecto a la garantía del Juez Natural, indica que constituye el elemento medular del debido proceso, que tiene una finalidad más sustancial que formal, ya que protege y garantiza no solo el establecimiento de la jurisdicción encargada del juzgamiento previamente a la comisión de un hecho punible, sino la seguridad de un juicio imparcial y con todas las garantías para el procesado. (Corte Constitucional de Colombia, 2002)

La Corte Constitucional colombiana, al igual que otros órganos judiciales internacionales, coinciden en señalar que la exigencia de un juez competente, independiente e imparcial implica automáticamente la noción del Juez Natural. (Corte Constitucional de Colombia, 2001)

En la legislación ecuatoriana la garantía del Juez Natural la encontramos en la Constitución del 2008 en el artículo 76 numeral 3 ³⁴ y 7 literal k) ³⁵ en el cual se establece que todas las personas inmersas dentro de un proceso penal tienen la necesidad de ser

³⁴ Art. 76.- 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: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

³⁵ Art. 76.- [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

juzgadas por un juez competente y legítimamente prestablecido. (Corte Nacional de Justicia, 2018)

En relación a la competencia, la Corte Constitucional ecuatoriana en su sentencia No. 028-15-SEP-CC, de 4 de febrero de 2015, dictada dentro del caso No.1491-12-SP, señaló:

La doctrina conoce este derecho como la garantía a ser juzgado por un juez natural, según la cual, tanto el juzgador como su competencia deben encontrarse establecidos por la ley, es decir, tal determinación deberá ser anterior a los hechos a juzgar. Se trata de jueces o juezas designados para ocuparse de determinados y respectivos procedimientos, clasificados por motivo de las distintas variables. Por esta razón, la norma constitucional prohíbe el juzgamiento por tribunales de excepción o por comisiones especiales designadas para el efecto, lo cual evita desconocimiento, parcialidad e injusticias a las partes intervinientes de un proceso. (Corte Constitucional del Ecuador, 2014)

Esta garantía constitucional perteneciente al debido proceso guarda armonía con el artículo 8 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos en la cual se establece que toda persona tiene derecho a ser escuchada en cualquier proceso por un “Tribunal competente, independiente e imparcial”³⁶, así como en el artículo 14 numeral 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁷. Es importante mencionar que el cumplimiento de los tres requisitos permite garantizar una correcta determinación de los derechos y obligaciones de las personas. (Zambrano, S/f)

De esta forma se evidencia que, tanto en la normativa nacional como la internacional invocada se desprende que la garantía de ser juzgado por un juez independiente, imparcial y competente permite el correcto funcionamiento y desarrollo de un procedimiento que proporcionará un resultado justo, equitativo e imparcial, a fin de procurar garantizar los derechos de toda persona que se encuentra inmersa dentro de un proceso, así como el reconocimiento del derecho a la igualdad que tienen las partes procesales. (Corte Constitucional del Ecuador, 2014)

Con respecto a vulneración de la garantía del Juez Natural, al permitir la recepción de testimonios anticipados dentro de la cámara de Gesell, se considera que, si existe una

³⁶ Artículo 8. Garantías Judiciales: 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

³⁷ Artículo 14: 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

violación a las garantías del Juez Natural, al “delegar” la manipulación del niño a un técnico; es decir, el juez delega el interrogatorio a psicólogos o psiquiatras y sigue las alternativas desde el exterior de la cámara de Gesell, ya que se entiende que el juez y los demás auxiliares del proceso se convierten en meros espectadores de la práctica del testimonio anticipado. (Sala IV de la Cámara del Crimen de Argentina, 2005)

En estos casos, el juez queda relevado de interrogar, pero se debe advertir que no se deja de lado al Juez del proceso ni mucho menos, sino que delega la práctica del testimonio anticipado, se da a través de personas expertas en el tratamiento de menores; es decir, personas especializadas y con conocimientos específicos en el trato con niños y adolescentes de los cuales carece el juez. (Pintos, S/f)

3.2.5. La figura de contar con un perito de parte

El no contar con un perito de parte puede vulnerar derechos del procesado en dos momentos específicos, el primero al momento de la práctica del testimonio anticipado y el segundo es al momento de realizar el informe psicológico posterior a la diligencia dentro de la cámara de Gesell; es decir, privarle al procesado la posibilidad de intervenir dentro de la práctica del testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell con un psicólogo especializado de parte al momento de la formulación de las preguntas y posteriormente en la elaboración del informe psicológico, no solo viola su derecho a la defensa, sino que también limita la posibilidad de alcanzarse la verdad histórica.

Según Hernán Herrera (2017), durante la práctica del testimonio anticipado a la presunta víctima surgen innumerables circunstancias que pueden ser de utilidad para la defensa y que únicamente pueden ser percibidas por un profesional. De esta forma el autor indica que las valoraciones que el psicólogo oficial pueda incorporar al informe psicológico deben ser posibles de ser contrarrestadas por las demás partes procesales.

En ese sentido, contar con un perito de parte resultaría adecuado a los intereses de la víctima, ya que debe hacerse todo lo posible con el objeto de procurar que la víctima no sea expuesta por segunda vez a brindar su testimonio; además desde la perspectiva del aparataje estatal, la intervención de un perito de parte no ha de implicar un impedimento en su labor, sino por el contrario se incorporará otro especialista que colaborará en la investigación y la práctica de la prueba.

Con respecto al primer momento se puede evidenciar que dentro de la práctica del testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell entre los sujetos que intervienen en el desarrollo de la diligencia, se encuentra un psicólogo, quien es la persona que va a realizar la entrevista dentro de la cámara de Gesell, y es quien podría inducir a la víctima a la determinación de ciertos hechos permitiendo de esta manera que la persona a quien Fiscalía acuse del delito, lo sea, sin el testimonio real de los hechos, es por ello que si bien el testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell es factible para garantizar el derecho a la no revictimización en los delitos de carácter sexual, se necesita de una debida presencia de dos peritos uno dado por la fiscalía y otro dado por la parte a quien investiga.

Pero, María Cadena (2015) explica que ante esta situación nace una problemática, al momento de que en la investigación previa aún no existe una persona que haya sido imputada y pueda de forma legítima ejercer su derecho a la defensa y contradecir el testimonio anticipado rendido dentro de la cámara de Gesell. De igual forma los defensores públicos al no conocer a su defendido, no podrán ejercer el derecho a la defensa dado que no conocen la versión de los hechos; entonces, la persona que va a exigir la presencia de un perito de parte aún no existe, y al ser el testimonio dentro de la cámara de Gesell una prueba anticipada, trae como consecuencia que dicha diligencia no se podrá repetir en la etapa de juicio, sino que únicamente podrá ser valorada.

Con respecto al segundo momento, en cuanto a la elaboración del informe psicológico a la presunta víctima, cabe señalar que este tipo de exámenes suelen practicarse posterior a la práctica de la prueba del testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell y según Hernán Herrera (2017), a espaldas del procesado, ya que la mayoría de legislaciones en el mundo que aceptan la utilización de la cámara de Gesell para la recepción de testimonios anticipados, no autorizan a proponer un psicólogo de parte que intervenga en la práctica del testimonio anticipado. La negativa de contar con un perito de parte se encuentra argumentada sistemática e infundadamente en que la intervención conjunta de otro perito en la práctica de la diligencia podría provocar en la víctima la revictimización.

Mientras que, acertadamente el autor Hernán Herrera (2017) considera que la intervención de otro perito de parte en la práctica del testimonio anticipado, no necesariamente ha de perjudicar a la víctima, sino por el contrario puede resultar beneficioso para el esclarecimiento del delito investigado al hacer referencia al contenido de informes psicológicos realizados por los peritos dentro del estado argentino.

El autor al hacer referencia a informes psicológicos señala que muchos de estos adolecen de vicios o excesos que los vuelven esencialmente cuestionables; dado que, en varios casos, se pudo advertir que suelen explayarse en cuestiones de hecho ajenas a su oficio, las cuales deberían hallarse reservadas en virtud de normas deontológicas que rigen su profesión y del deber del secreto profesional. (Herrera, ¿La utilización de la Cámara de Gesell en el proceso penal colisiona con el Derecho de Defensa del Imputado?, 2017)

Añade que es común observar que se suelen repetir párrafos de diversos informes psicológicos efectuados a distintas personas en casos que difieren sustancialmente uno del otro, y resulta abusivo el uso de los iconos de “corte y pegue” por parte de los peritos. (Herrera, ¿La utilización de la Cámara de Gesell en el proceso penal colisiona con el Derecho de Defensa del Imputado?, 2017)

Por lo demás, los informes realizados por los peritos no suelen detallar ni acompañar una copia de los test proyectivos a los que la víctima fue sometida, ni son filmados o registrados auditivamente, con lo que también imposibilita un control por la defensa del procesado. (Herrera, ¿La utilización de la Cámara de Gesell en el proceso penal colisiona con el Derecho de Defensa del Imputado?, 2017)

Otra complicación que el autor detecta es que, tanto jueces como fiscales consideran que el informe que complementa a la práctica del testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell, al tratarse de un análisis de la víctima, suple la necesidad de realizar una pericia psicológica a la misma. El actuar de esa forma resulta temerario y de escasa validez científica y ética, ya que Hernán Herrera (2017), explica que sólo en una entrevista y sólo desde el discurso del niño o niña víctima de un delito sexual no sería posible inferir afectaciones en su psique o traumas; ni siquiera sería posible arriesgarse a afirmar si miente, confabula o ha sido inducido.

En razón de lo expuesto, el testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell al tener dos partes que pueden tener diferentes versiones de los hechos, se debería permitir que se nutra de las preguntas realizadas por las partes procesales por medio de dos peritos con el objetivo de ayudar al juez a poder determinar la verdad más aproximada de los hechos, y además, se considera que los informes realizados por los psicólogos encargados de realizar la práctica del testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell, deben ser cuidadosamente realizados, debiendo analizar y recoger únicamente los signos

observados a partir de las manifestaciones realizadas por el menor dentro del testimonio anticipado.

3.3. Contraste

En la actualidad, la cámara de Gesell es considerada un gran avance dentro del proceso penal, puesto que de manera general su uso garantiza el derecho a la no revictimización y de forma particular garantiza el interés superior del niño, cuando dentro del proceso penal se encuentran involucrados niños y niñas víctimas de infracciones penales y durante el desarrollo del presente capítulo se ha podido evidenciar los aspectos positivos que representa el permitir el testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell para el niño o niña víctima de la infracción penal y los aspectos negativos que la utilización de este medio probatorio provoca en la defensa del procesado.

Como se analizó, las ventajas de permitir la utilización de la Cámara de Gesell para la recepción de testimonios anticipados es evitar que la víctima se encuentre involucrada dentro del proceso y se impida que rinda su testimonio frente al Tribunal de Garantías Penales y al procesado, provocando de esta forma un mayor daño que el provocado por el delito mismo.

En virtud de aquello, es indudable el logro y protección que se ha brindado a las víctimas y más aún a los niños y niñas víctimas de delitos sexuales por parte del Estado³⁸, sin embargo, existe su contraparte, que es el procesado quien generalmente se lo ha invisibilizado dentro del proceso, a quien el Estado al igual que a la víctima se encuentra en la obligación de garantizar la observancia de sus derechos, los cuales se encuentran establecidos misma Constitución en los artículos 77 y 76.

La utilización de la cámara de Gesell para la recepción de testimonios anticipados desde su inicio ha generado múltiples cuestiones que generan controversia, de forma precisa, en lo referente a si su utilización viola las garantías constitucionales del debido proceso y del derecho a la defensa del procesado, dado que este medio de prueba brinda un

³⁸Constitución 2008. Artículo. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas [...].

tratamiento específico y particular a la víctima, que en este caso es el niño o niña víctima de una infracción penal³⁹.

Se tiene bien en claro que la principal función de la cámara de Gesell, es la de evitar o disminuir la revictimización de la víctima, pero siempre y cuando su uso no afecte el derecho al debido proceso y en especial el derecho de defensa del procesado, debido a que por más especializado que sea el trato que se brinde al menor, en ningún caso se le debe prohibir o restringir al procesado la posibilidad de ejercer una defensa de forma adecuada. (Pintos, S/f)

En consecuencia, con respecto a los aspectos positivos, la recepción de testimonios anticipados rendidos por niños y niñas víctimas de infracciones penales dentro de la cámara de Gesell provoca un equilibrio de los distintos derechos y garantías que se encuentran en juego dentro del proceso penal. En efecto, al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño a la legislación ecuatoriana, implicó la obligación que tiene el Estado en adoptar medios o procedimientos que aseguren que los niños, niñas y adolescentes sean escuchados en un marco de respeto y protección a sus derechos fundamentales, de modo tal que no sean revictimizados, en ese sentido, a lo que los niños deben recibir protección es contra los malos tratos, que también comprende, los institucionales⁴⁰.

Sin embargo, dentro de los aspectos negativos un problema que surgió en las primeras legislaciones como Argentina, México, Perú, Uruguay y Colombia al permitir la utilización de la cámara de Gesell para la recepción de testimonios anticipados y fue motivo de múltiples contradicciones, fue el establecer si el procesado tenía el derecho de encontrarse presente en la práctica del testimonio anticipado. Ello se debía a que gran parte de la doctrina consideraba inadecuado que el procesado se encuentre presenciando el testimonio del niño o niña, salvaguardando su derecho de defensa únicamente a través de la presencia de su abogado defensor. (Pintos, S/f)

³⁹ La protección que se otorga a la víctima, y más aún a los niños y niñas víctimas de delitos sexuales deben ser compatibles con la posibilidad de garantizarle al procesado a ejercer de forma adecuada sus derechos.

⁴⁰ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002, señaló que las medidas que debían adoptar los Estados partes debían asegurar la protección de los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales.

Dicha problemática quedó totalmente desechada, ya que en la actualidad la mayoría de legislaciones⁴¹ incluyendo la ecuatoriana, reconoce el derecho del procesado a que se encuentre presente durante la práctica del testimonio anticipado; siendo insuficiente la sola presencia del abogado defensor. Por ello se le reconoció al procesado el derecho subjetivo individual, de carácter público, de intervenir durante el proceso en todo momento por sí solo o por medio de su abogado.

No obstante, a pesar de que la práctica del testimonio anticipado rendido por parte del niño o niña víctima de un delito sexual dentro de la cámara de Gesell se la lleva a cabo fuera de la etapa de juicio, no por ello se debe afirmar que el procesado se encuentra privado de sus derechos; en especial el derecho al seguimiento de cada uno de los temas que se puedan suscitar dentro de la práctica de la prueba.

Además, en cuanto a la vulneración del derecho al debido proceso y el derecho a la defensa que provoca el testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell, cabe señalar que tanto el Tribunal como las partes procesales pueden seguir la práctica del testimonio anticipado desde el exterior de la cámara de Gesell, y que tanto la defensa de la víctima como la del procesado pueden, en todo momento, ejercer su derecho a controlar las pruebas, pudiendo incluso, sugerir preguntas, cuya formulación y aceptación queda a criterio de la autoridad competente⁴².

En resultado, las partes procesales podrán cuestionar y tendrán la posibilidad de realizar y esclarecer sus inquietudes sobre cualquier aspecto referente al testimonio, siendo la autoridad competente quien evaluará la conveniencia y pertinencia de las mismas, siempre teniendo en miras el interés superior del niño para trasladarlas al perito que se encuentra realizando la práctica del testimonio anticipado. (Pintos, S/f)

Nelson Pintos (S/f) al respecto recomienda que, para que exista un buen funcionamiento de la cámara de Gesell, esta debe estar equipada con todos los aparatos de sonido y video

⁴¹ Legislaciones como la de Argentina, México, Perú, Uruguay y Colombia.

⁴² El Protocolo para el uso de la Cámara de Gesell en su parte pertinente indica que en el momento de la diligencia las preguntas que formulen el fiscal o la defensora o el defensor público deberán ser dirigidas a la autoridad competente, quien dispondrá de la procedencia o no de las preguntas formulados y en caso de que las preguntas procedan, la jueza o juez mediante el intercomunicador transmitirá las preguntas al psicólogo, quien a su vez transmitirá a la víctima.

para que, tanto las partes procesales como el Juez puedan seguir y controlar el testimonio de la víctima.

En consecuencia, la recepción de testimonios anticipados dentro de la cámara de Gesell, pese a algunas críticas, protege de forma efectiva a la víctima y garantiza de la mejor manera posible el debido proceso y el derecho a la defensa del procesado. Ya que dicho medio probatorio permite a las partes procesales participar de la práctica de este medio de prueba, la misma que será resguardada a través de la videograbación, la cual podrá ser reproducida dentro de la etapa de juicio sin la necesidad de que el niño o niña deba concurrir de forma reiterada a los Tribunales. (Fortete, 2008)

Es por ello que la utilización de la cámara de Gesell para la recepción de testimonios anticipados constituye una garantía de protección de los derechos de las víctimas evitando de esa forma su revictimización y salvaguardando el interés superior del niño cuando dentro del proceso; además, permitir su utilización respeta los derechos y principios establecidos en la Constitución, es decir la debida aplicación del debido proceso y del derecho a la defensa.

Como podemos advertir, todas las justificaciones sobre el permitir el uso de la cámara de Gesell para la recepción de testimonios anticipados de niños o niñas víctimas de infracciones penales son las mismas; es decir, hacer primar el derecho a la no revictimización y garantizar el interés superior del niño.

Es importante tener presente que, gracias a un largo proceso de concientización, dentro del proceso penal se ha garantizado el interés superior del niño, trayendo como consecuencia la implementación de nuevos procedimientos que evitan provocar nuevos daños a los niños y niñas víctimas de delitos de carácter sexual sin violentar las garantías básicas del debido proceso y del derecho a la defensa del procesado, todo según las normativas vigentes a nivel Constitucional y de los tratados internacionales a los que el Ecuador se ha adherido e incorporado dentro de su Constitución. (Cueva, 2016)

Por último, en la actualidad es todo un reto y una necesidad para el Estado y los administradores de justicia garantizar el derecho a la no revictimización en víctimas de delitos de naturaleza sexual. Esta necesidad resulta más apremiante cuando se trata de niños y niñas víctimas de delitos sexuales, que, ante la necesidad de eliminar la práctica

de ciertos actos procesales, como la repetición de testimonios que ocasionan en la víctima mayores efectos que los padecidos por el delito mismo.

En conclusión, la cámara de Gesell es el mecanismo más idóneo y humanizado para salvaguardar los derechos de la víctima en armonía con las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa, derechos que resultan ciertamente limitados, sin embargo, su restricción obedece a una necesidad de equiparar quien es el más débil dentro del proceso penal y por ello se le debe garantizar y proteger a fin de cumplir el derecho a la no revictimización y el interés superior del niño.

Conclusiones y Recomendaciones

A través de la investigación realizada en la presente disertación sobre si la cámara de Gesell es el mecanismo idóneo para receptar testimonios anticipados de niños y niñas víctimas de delitos de carácter sexual se puede concluir y recomendar que:

1. Dentro del proceso penal, es innegable que debe evitarse el enfrentamiento entre la víctima y el procesado, es por ello que el Estado ha adoptado mecanismos efectivos que garantizan la protección de las víctimas y más aun de niños y niñas, traducándose esto en la necesidad de implementar un tratamiento especial para la obtención y valoración de pruebas.
2. Debido a ello, se implementa la figura del testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell, cuyo uso se encuentra contemplado en la Constitución⁴³, en el Código Orgánico Integral Penal, el Protocolo para el Uso de la Cámara de Gesell” y el “Protocolo Ecuatoriano de Entrevista Forense mediante escucha especializada de los niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual”.
3. Para ello, la cámara de Gesell constituye un mecanismo, una herramienta técnica científica, que auxilia a la protección de la víctima, dado que contribuye a proteger de manera eficaz el derecho a la no revictimización; y cuando las víctimas son niños y niñas, a garantizar el interés superior del niño, ya que al permitir la recepción de testimonios anticipados dentro de la cámara de Gesell, los niños y niñas pueden relatar los hechos de una manera más libre, sin presión, de forma personal y directa a un perito especializado, en donde las partes procesales podrán seguir el testimonio anticipado desde el otro lado de la habitación.
4. El Estado al brindar una atención especializada a las víctimas de las infracciones penales, limita el accionar de la parte procesada, restringiendo de forma clara garantías básicas como son: las del debido proceso, el derecho a la defensa, principio de contradicción, la garantía del juez natural, entre otras; sin embargo, tal restricción obedece a una necesidad de equiparar quien es el más débil dentro

⁴³ La Constitución en el artículo 78 señala de forma expresa que las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial y se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de pruebas.

del proceso penal y por ello se le debe garantizar y proteger a fin de cumplir el derecho a la no revictimización y el interés superior del niño.

5. Pero al mismo tiempo permitir la recepción de testimonios anticipados dentro de la cámara de Gesell es necesario velar, preservar y garantizar los derechos y garantías del procesado, sin provocar un deterioro de los mismos en pos de la protección de las víctimas que son niños y niñas.
6. Entonces, al existir un conflicto de derechos, por un lado, los derechos de las víctimas y por otro lado los derechos del procesado, generada por la protección prioritaria que el aparataje estatal ha brindado a las víctimas en este caso niños y niñas víctimas de delitos sexuales, la solución se ha inclinado a brindar un mayor resguardo y prioridad para la protección de las víctimas y con respecto a la práctica del testimonio anticipado dentro de la cámara de Gesell, el interés superior del niño primará sobre los demás derechos que se encuentren en colisión, de esta forma, los administradores de justicia pueden aceptar la recepción de testimonios anticipados dentro de la cámara de Gesell limitando las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa, bajo el argumento de que dentro de un ejercicio de ponderación el derecho de los niños y niñas siempre primará sobre el resto.
7. Sin embargo, la prioridad que el aparataje estatal mediante la Constitución y demás leyes ha dado a las víctimas, no significa que los administradores de justicia actúen de forma arbitraria e inobserven procedimientos establecidos dentro de la legislación ecuatoriana, provocando que el procesado quede en total indefensión y se le quite el bien jurídico más importante que está en juego, que es su libertad.
8. En consecuencia, el Estado debe garantizar y proteger los derechos tanto de las víctimas como de los procesados de forma igualitaria, garantizando tanto el derecho a la no revictimización y el interés superior del niño como las garantías del debido proceso y el derecho a la legítima defensa al momento de permitir medios probatorios de carácter excepcional.
9. Si el testimonio anticipado rendido por niños y niñas víctimas de delitos sexuales dentro de la cámara de Gesell se lo lleva a cabo, dando la debida participación de

las partes procesales, aunque las garantías básicas dentro del proceso se encuentren limitadas no será factible considerar que las garantías del debido proceso y el derecho a la defensa han sido vulneradas.

10. En caso de delitos de naturaleza sexual, y más aún en aquellos que la víctima sea un niño o niña, es recomendable la utilización de la cámara de Gesell; puesto que en la mayoría de veces la única prueba que justifica o intenta dar sustento al actuar del sistema judicial, está dada precisamente por la declaración del menor, es por ello que es muy importante entender que el testimonio anticipado rendido dentro de la cámara de Gesell, lo único que busca es el esclarecimiento de la verdad que lleva a que el niño, niña víctima de delitos de carácter sexuales tenga que recordar los hechos angustiosos y se intenta que sea lo menos traumático.
11. El testimonio anticipado rendido por niños y niñas víctimas de delitos sexuales dentro de la cámara de Gesell se debe normar de conformidad con la realidad de cada legislación, en este caso a la realidad ecuatoriana, en la cual dicho procedimiento para el uso de este medio de prueba excepcional debe observar las garantías básicas del debido proceso y el derecho a la defensa consagrados en la Constitución de la República.
12. Además, se recomienda la incorporación y utilización de la figura de contar con un perito de parte, figura que no ha de perjudicar a la víctima, sino por el contrario puede resultar beneficioso para el esclarecimiento del delito investigado, dado que se podrá incorporar otro profesional que colaborará en la investigación y la práctica de la prueba.
13. Como ultima conclusión y respondiendo al a la pregunta que se planteó en el objetivo general acerca si la cámara de Gesell es el mecanismo idóneo para la recepción de testimonios anticipados, estamos en la posibilidad de decir que este mecanismo es idóneo ya que el niño o niña víctima de delitos de carácter sexual no deberá pasar por momentos que afecten y traumen al menor, dado que minimiza el número de intervenciones realizadas por el aparato estatal y reduce el impacto que el proceso judicial puede provocar pero siempre y cuando no se vulneren los derechos del procesado.

Bibliografía

- Acuña, P. (2015). *El principio del interés superior del niño frente a la nueva imputabilidad del Código Orgánico Integral Penal*. Ambato.
- Agudelo, M. (2005). El Debido Proceso. *Opinión Jurídica*, 89-105.
- Aguilar, G. (2008). *El Principio del Interés Superior del Niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales.
- Albarrán, A. (2003). *Psicología de la victimización criminal*. España: Urra, J.
- Alemis, M. B. (2015). *Protocolo único de examen por delitos contra la integridad sexual*. Resistencia: ConTexto Libros.
- Álvarez, M., & Smith, B. (2007). Revictimización. Un Fenómeno Invisibilizado en las Instituciones. *Revista Medicina Legal de Costa Rica*, 65.
- Americanos, O. d. (1969). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Costa Rica: OEA.
- Amparo directo 209/92. Claudio Juárez Rangel., Amparo directo 209/92. Claudio Juárez Rangel. (Segundo Tribunal Colegiado Del Noveno Circuito. 20 De mayo De 1993).
- Andrade, E. (2012). *Documento Introductorio a la Doctrina de Protección Integral de Niñez y Adolescencia*. Quito: RAU.
- Anselmino, V. (2012). Las garantías constitucionales y la regla de exclusión probatoria en el proceso penal. *Anales*, 106-119.
- Araujo, P. (2014). *Consultor Penal COIP*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Araujo, P. (S/F). *Artículos Jurídicos de aporte a la colectividad*. Obtenido de Funciones de la Cámara de Gesell en la investigación penal: <http://www.araujoasociados.net/index.php/articulos/101-camara-de-gesell-en-ecuador>. Recuperado el 8 de mayo del 2019 a las 13:56.

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (29 de 11 de 1985). *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder*. Obtenido de Resolución 40/34: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>. Recuperado el 25 de mayo del 2019 a las 18:56.
- Asamblea Nacional. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial 449.
- Asamblea Nacional. (2012). *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Quito: Registro Oficial 737.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial 180.
- Aucancela, J. (2016). *La valoración de la prueba testimonial en los procesos de violencia intrafamiliar y su influencia en las resoluciones dictadas por los jueces de la unidad judicial especializada en violencia contra la mujer y la familia del cantón Riobamba*. Riobamba.
- Baca, E., Echeburúa, E., & Tamarit, J. (2006). *Manual de Victimología*. Valencia: Tirano lo Blanch.
- Ballesté, I. (2012). *el interés superior del Niño: Concepto y Delimitación del término*. Educatio Siglo XXI 30.
- Baytelman, A., & Duce, M. (2008). *Litigación Penal. Juicio oral y prueba*. México: FCE-INACIPE.
- Becerra, J. (1997). *El proceso civil en México*. México: Porrúa.
- Bedoya, L. (2008). *La prueba en el proceso penal colombiano*. Fiscalía General de la Nación.
- Beristain, A. (2008). *Transformación del Derecho Penal y la Criminología hacia la Victimología*. Lima: Ara Editores.
- Berliner, L., & Elliott, D. (2002). The process of victimization: The victims' perspective. *Child Abuse and Neglect*, 28-40.

- Binder, A. (1997). *Política Criminal: de la formulación a la praxis*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Borja, H. (2016). *La falta de eficacia probatoria en materia penal*. Quito.
- Bovino, A. (1998). *Publicidad del juicio penal: la televisión en la sala de audiencias*. Buenos Aires: Editorial Del Puerto.
- Cadena, M. (2015). *Procedimientos y aplicación de la cámara de Gesell en el Ecuador, en relación al testimonio anticipado (urgente) en los delitos de violación*. Quito.
- Cafferata Nores, J. (1998). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Consensos y Nuevas Ideas.
- Cafferata Nores, J. (2000). *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L.
- Cafferata Nores, J. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Editorial Advocatus.
- Camargo, P. P. (2002). *Acciones constitucionales y contencioso administrativas*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Camargo, P. P. (2005). *El Debido Proceso*. Bogotá: Leyer.
- Campozano, C. (2018). *Estudio del abuso infantil dentro de la legislación ecuatoriana*. Guayaquil.
- Caso Barrios Altos Vs. Perú, Serie C No. 75 (CIDH 14 de 03 de 2001).
- Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, Serie C No. 160, (CIDH 25 de 11 de 2006).
- CIDH. (2007). *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*.
- CIDH, C. I. (2002). *Opinión Consultiva OC-17-2002*.
- Cílerio, M. (2001). *Los derechos del niño: De la proclamación y la protección efectiva*. Buenos Aires: UNICEF.

- Clariá Olmedo, J. (1982). *Derecho Procesal I. Conceptos Fundamentales*. Buenos Aires: Editorial De Palma.
- Climent Duran, C. (2005). *La prueba Penal*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- Comité de Derechos del Niño. (29 de 05 de 2013). *Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. Obtenido de Observación General N° 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf. Recuperado el 26 de febrero del 2019 a las 00:38.
- Comité de los Derechos del Niño. (25 de mayo de 2009). *Observación General N° 12*. Obtenido de Convención sobre los Derechos del Niño: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2011/7532.pdf>. Recuperado el 26 de febrero del 2019 a las 00:52
- Conde, M. d. (2009). El acceso a la justicia de niños, niñas y jóvenes. *Revista IDH*, 191-207.
- Consejo de la Judicatura. (2014). *Protocolo para el uso de la cámara de Gesell; Resolución 117-2014*. Quito.
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (22 de julio de 2005). *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*. Obtenido de https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/E2005_20.pdf. Recuperado el 27 de abril del 2019 a las 11:38.
- Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas. (10 de agosto de 2005). *Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos*. Obtenido de Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos: http://www.aimjf.org/download//Leyes_ES/Sexual_Right_and_sexual_violence/Directrices_sobre_la_justicia_en_asuntos_concernientes.pdf. Recuperado el 27 de abril del 2019 a las 12:48.
- Constitución del Ecuador. (2008). *Constitución de la República*.

- Cornejo Aguilar, S. (25 de abril de 2017). *Proporcionalidad y Legalidad de la Pena*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/proporcionalidad-y-legalidad-de-la-pena>. Recuperado el 18 de febrero del 2019 a las 10:38.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-429/01; Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7 parcial, del decreto 262 de 2000 (Corte Constitucional de Colombia 02 de 05 de 2001).
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-200/02; Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 40 y 43 (parcial) de la Ley 153 de 1887 (Corte Constitucional de Colombia 19 de 03 de 2002).
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1149-07-RA (Corte Constitucional del Ecuador 8 de junio de 2009).
- Corte Constitucional del Ecuador, N° 1242-10-EP; Sentencia N° 076-13-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 13 de septiembre de 2010).
- Corte Constitucional del Ecuador, No.028-15-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 04 de 02 de 2014).
- Corte Constitucional del Ecuador, Caso No 0072-14-CN; Sentencia N° 0 004-14-SCN-CC (Corte Constitucional del Ecuador 23 de 06 de 2014).
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 108-14-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 23 de julio de 2014).
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 108-14-SEP-CC (Corte Constitucional del Ecuador 23 de 07 de 2014).
- Corte Nacional de Justicia, Resolución N° 09-2018 (Corte Nacional de Justicia 09 de 2018).
- Cortés Domínguez. (2000). *Derecho Procesal Civil*. Madrid: Colex.
- Couture, E. (2004). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Montevideo: Editorial B de F.
- Couture, E. (2010). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo: B de f.

- Cruz, O. (2015). *Defensa a la defensa y abogacía en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cuesta, D. (2014). *Propuestas para evitar la revictimización de las víctimas en delitos de violación*. Quito.
- Cueva Carrión, L. (2013). *El Debido Proceso*. Quito: Ediciones Cueva Carrión.
- Cueva, D. (2016). *La Utilización De La Cámara De Gesell Durante Indagación Previa Para Evitar Revictimización E Impunidad*. Obtenido de La Utilización De La Cámara De Gesell Durante Indagación Previa Para Evitar Revictimización E Impunidad:
<http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/4701/1/TUAEXCOMMDP027-2016.pdf>. Recuperado el 15 de mayo del 2019 a las 14:40.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. (2008). *Las Reglas de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (100 Reglas de Brasilia)*. Brasilia:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>. Recuperado el 15 de marzo del 2019 a las 22:30.
- De León Villaba, F. (1998). *Acumulación de sanciones penales y administrativas: Sentido y alcance del principio "NON BIS IN IDEM"*. Barcelona: Bosch.
- Diario El Expreso. (02 de 05 de 2019). *Entrevista especializada, recurso a favor de niños víctimas de abuso sexual*. Obtenido de la herramienta permite darle valor a la palabra del niño y que sea tomada en cuenta en el proceso judicial.:
<https://www.expreso.ec/actualidad/escucha-especializada-ninos-victimas-abuso-sexual-II2802659>. Recuperado el 20 de julio del 2019 a las 15:20.
- Echandía, D. (2009). *Nociones General del Derecho Procesal Vicil*. Bogotá: Temis.
- Echandía, D. (2015). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis.
- ECPAT/Guatemala, A. p. (2010). *Revictimización: Que Es Y Como Prevenirla*. Obtenido de Revictimización: Que Es Y Como Prevenirla:
<http://ecpatguatemala.org/wp-content/uploads/2016/12/revictmizacion.pdf>.
 Recuperado el 15 de marzo del 2019 a las 11:38.

- Encinas, A. (10 de septiembre de 2015). *La ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes deja atrás la visión proteccionista*. Obtenido de <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/versiones/15159-analisis-de-la-ley-general-para-la-proteccion-de-ninas-ninos-y-adolescentes.html?showall=1>. Recuperado el 27 de abril del 2019 a las 11:38.
- Estados Unidos Mexicanos. (diciembre de 2009). *Acciones para evitar la revictimización del niño víctima del delito*. Obtenido de Manual para acompañar a niños a través de un proceso judicial: http://www.inm.gob.mx/static/Autorizacion_Protocolos/SSP/Tomo%20IV_Acciones_para_evitar_la_revictimizacion_del_niNo.pdf. Recuperado el 12 de abril del 2019 a las 17:50.
- Expediente D2972159, Sentencia T-274-12 (Corte Constitucional Colombiana 11 de abril de 2012).
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón*. Madrid: Editorial Trotta.
- Ferrer, C. (2018). Garantía del principio de contradicción ante la imposibilidad de declarar la víctima del delito contra la indemnidad sexual. *Pensamiento Penal*.
- Ferrer, J. (2003). Derecho a la prueba y racionalidad de las decisiones judiciales. *Jueces para la democracia*, 27-34.
- Fiscalía General del Estado de Bolivia. (2012). *Dirección de protección a víctimas, testigos y miembros del ministerio público, "Guía de uso de la cámara de Gesell"*. Bolivia.
- Floric, M., & Broyles, M. (2012). *Sexual abuse*. New York: The Rosen Publishing Group.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, u. U. (octubre de 2015). *Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia*. Obtenido de Abuso sexual infantil. Cuestiones relevantes para su tratamiento en la justicia: https://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf. Recuperado el 3 de marzo del 2019 a las 12:28.
- Fortete, C. (2008). Modalidades especiales de recepción del testimonio: victimización secundaria y derecho de defensa. *Amaro x - 2007*.

- Franco, J. (2016). *La revictimización dentro del proceso ordinario y el delito de abuso sexual en el Código Orgánico Integral Penal*. Ambato.
- Freedman, D. (2007). Funciones normativas del interés superior del niño. *Filosofía del Derecho Internacional y de la Política Global*.
- Garrido, V. (2005). *¿Qué es la Psicología Criminológica?* Madrid: Biblioteca Nueva.
- Gatica, N., & Chaimovic, C. (2002). *La justicia no entra a la escuela. Análisis de los principales principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño*. La semana jurídica.
- Gimeno, M. A. (2000). El testimonio de niños. Manual de Formación Continuada del Consejo General del Poder Judicial. *La prueba en el proceso penal*, 143.
- Gozaini, O. (1988). *El Debido Proceso*. Buenos Aires: Editorial Platense.
- Griffin, A. (03 de 07 de 2015). *Resolución de Conflictos*. Obtenido de Jurisdicción y Competencia en el Código Orgánico General de Procesos: <https://www.pbplaw.com/es/jurisdiccion-competencia-cogep/>. Recuperado el 18 de febrero del 2019 a las 15:44.
- Guerra, L. (2018). *La aplicación del principio non bis in Idem en los actos de Competencia Desleal con énfasis particular en el sector de las Telecomunicaciones*. Quito.
- Guerrero, V. (2007). *La víctima: de ocupante sin lugar a lugar sin ocupante*. Colombia: Universidad Javeriana: En Hoyos G.
- Gutiérrez, C., Coronel, E., & Pérez, C. (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria. *Liberabit. Revista de Psicología*, 53.
- Heinz Gossel, K. (2007). El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho. En E. Donna, *Obras Completas, Colección de Autores de Derecho Penal* (pág. 63). Buenos Aires: RubinzalCulzoni Editores.
- Herrera. (2008). *La investigación Cualitativa*. S/C: S/E.
- Herrera. (S/d de S/m de 2017). ¿La utilización de la Cámara de Gesell en el proceso penal colisiona con el Derecho de Defensa del Imputado? *Pensamiento*

- Penal*, 1-22. Obtenido de ¿La utilización de la CÁMARA GESELL en el proceso penal colisiona con el Derecho de Defensa del Imputado?: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina45985.pdf>
- Herrera, M. (2012). *Victimización secundaria en adolescentes víctimas de delitos sexuales en su paso por el sistema procesal penal en Chile: Una aproximación narrativa*. Santiago de Chile. Recuperado el 27 de abril del 2019 a las 11:38.
 - INTERIOR, M. D. (S/F de S/F de S/F). *Cámaras de Gesell protegen a víctimas y testigos en el Distrito Manta*. Obtenido de Cámaras de Gesell protegen a víctimas y testigos en el Distrito Manta: <http://www.ministeriointerior.gob.ec/camaras-de-gesell-protegen-a-victimas-y-testigos-en-el-distrito-manta/>. Recuperado el 1 de mayo del 2019 a las 18:38.
 - Iñiguez Ortega, P. (S/F de S/F de 2004). *La víctima: Aspectos Sustantivos y Procesales*. Obtenido de Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-victima-aspectos-sustantivos-y-procesales--0/>. Recuperado el 03 de mayo del 2019 a las 19:18.
 - Jauchen, E. (2007). *Derechos del Imputado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
 - Langon Cuñarro, M. (2008). *Introducción a la Criminología*. Montevideo: Carlos Álvarez Editor.
 - León de la Vega, A. (S/F de S/F de 2011). *Sistema acusatorio en el proceso penal*. Obtenido de <https://www.notinet.com.co/serverfiles/servicios/archivos/codigos/propenal/383-404.h,el> Recuperado el 20 de febrero del 2019 a las 22:23
 - Linares, J. (1970). *El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
 - López, J. (25 de Julio de 2011). *El interrogatorio en el juicio penal*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/el-interrogatorio-en-el-juicio-penal>. Recuperado el 19 de febrero del 2019 a las 20:32
 - López, M. (2015). El Debido Proceso en el Siglo XXI. En M. Carbonell, & O. Cruz, *Historia y Constitución* (págs. 313-335). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- Lozano, D. (2016). *Criterios de valoración de la prueba en los delitos de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en el DMQ*. Quito.
- Machiori, H. (2003). Consideraciones sobre el relato de niños víctimas. *Revista de derecho penal integrado*, 385.
- Maila Martínez, A. (2013). *La víctima del delito y justicia restaurativa en el proceso penal ecuatoriano*. Quito: S/E.
- Merino, W. (2012). *Caución negada por Antecedente Judicial*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Argentina. (S/f de S/f de S/f). *derechofacil.gob.ar*. Obtenido de Delitos Contra la Integridad Sexual: <http://www.derechofacil.gob.ar/leysimple/delitos-contr-la-integridad-sexual/>
- Ministerio de Justicia, D. H. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito.
- Monar, E. (2017). *Propuesta De Un Método Para El Manejo De Información Digital Segura En Cámara De Gesell*. Riobamba.
- Montecé, A. (2017). *Aplicación del principio del interés superior del niño*. Santo Domingo.
- Moscoso, R. (2016). *El derecho constitucional a la no revictimización de las mujeres víctimas de violencia sexual durante la fase de obtención de la prueba en el proceso penal*. Quito.
- Moscoso, R. (2018). *El derecho constitucional a la no revictimización de las mujeres en el Ecuador*. Quito: Universidad y Sociedad.
- Neagu, I. (2010). *Tratado de procedimiento penal*. Bucarest: Ed. Universul Juridic.
- O.N.U, A. G. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos, Resolución 217 A III*.
- O.N.U, A. G. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Resolución 2200*.

- Ortega Meneses, A. (S/F de S/F de S/F). *La competencia en los delitos contra la salud en su modalidad narcomenudeo*. Obtenido de La competencia en los delitos contra la salud en su modalidad narcomenudeo: <http://tesis.uson.mx/digital/tesis/docs/23110/Capitulo2.pdf>. 18 de mayo del 2019 a las 20:45.
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pabón Parra, A. (2005). *Delitos sexuales: la sexualidad humana y su protección penal*. Ediciones Doctrina y Ley.
- Palacio, L. (2000). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Parajeles, G. (2000). *Introducción a la teoría general del proceso civil*. S/C: Investigaciones Jurídicas.
- Pensamiento penal y Criminología. (2003). Directrices sobre justicia para los niños víctimas y testigos de delitos. *Derecho Penal Integrado*, 100.
- Pérez, E. (2012). *El debido Proceso: Una mirada desde la perspectiva del juez cubano*. Obtenido de Contribuciones a las Ciencias Sociales: <http://www.eumed.net/rev/cccss/19/epf.html>
- Pintos, N. (S/d de S/m de S/f). *La Cámara de Gesell como medio de prueba en los delitos de abuso sexual a menores de edad*. Obtenido de La Cámara de Gesell como medio de prueba en los delitos de abuso sexual a menores de edad: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12037/Pintos%2C%20Nelson%20Fernando.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Recuperado el 18 de junio del 2019 a las 23:48
- Ponce Sanz, E. (2009). *El interrogatorio y el Contrainterrogatorio en la Praxis Judicial de Huaura*. Perú.
- Porras Montero, S., & Rival Leal, R. (2016). *Efectos del Ofrecimiento y de la Admisión de la Prueba en las Sentencias de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa*. San José.
- Prieto Monroy, C. (2003). El proceso y el debido proceso. *Vniversitas*, 811-823.

- Públicos, A. I. (2008). *Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos*. Santiago de Chile.
- Quispe Farfán, F. (2001). *El derecho a la presunción de inocencia*. Perú: Palestra Editores.
- Ramírez, L. (2018). El debido proceso: derecho fundamental. En Varios, *El debido proceso como un derecho humano* (págs. 11-43). Nicaragua: Instituto de Estudio e Investigación Jurídica.
- Ramos, P. (S/d de S/m de 2016). *El testimonio anticipado y el debido proceso en los juicios penales de violación sexual*. Obtenido del testimonio anticipado y el debido proceso en los juicios penales de violación sexual: <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/5148/1/TUPAB020-2016.pdf>. Recuperado el 25 de marzo del 2019 a las 22:43.
- Registro Oficial 449. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Asamblea Nacional.
- Registro Oficial Edición Especial 699. (2019). *Protocolo Ecuatoriano de Entrevista Forense mediante escucha especializada a niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual*. Quito.
- Registro Oficial Suplemento 180. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Asamblea Nacional.
- Rodríguez de la Cruz, L. (1996). *Abuso Sexual Infantil*. Lima: Enrique Guzmán y Valle "Facultad de Humanidades".
- Rodríguez Manzanera, L. (2007). *Victimologia*. México: Editorial Porrúa S.A.
- Rodríguez, O. (2005). *El testimonio penal y sus errores, su práctica en el juicio oral y público*. Bogotá: Temis.
- Rodríguez, P. (2015). *El debido proceso, sus orígenes, su evolución y su reconocimiento en el nuevo sistema de justicia penal en México*. Obtenido de Biblioteca Cejamerica: http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/4917/alter_2_art._3.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Recuperado el 20 de febrero del 2019 a las 14:55.

- Rojas Sánchez, J. (9 de septiembre de 2014). *La doble victimización*. Obtenido de La doble Victimización.
- Romero, A. P. (2016). *Ciencias Penales*. Obtenido de La prueba pericial en el sistema acusatorio: http://www.cienciaspenales.net/files/2016/11/10_ana-pamela.pdf. Recuperado el 3 de marzo del 2019 a las 18:34
- Sala IV de la Cámara del Crimen de Argentina, Ratifican constitucionalidad de la “Cámara Gesell” (Sala IV de la Cámara del Crimen de Argentina 11 de 04 de 2005):
<http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/jurisprudencia/articulo.asp?id=155>.
Recuperado el 07 de junio del 2019 a las 20:55. Recuperado el 28 de junio del 2019 a las 21:32.
- Salgado. (2012). Pioneros de los métodos de investigación visual en Psicología. *Revista Costarricense de Psicología*, vol. 31, S/p.
- Salgado, H. (1987). *Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador*. Quito: IL-DIS.
- Saltos, J. (2009). *El Debido Proceso Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Sanabria, D. (2016). *La prueba nueva en el Código Orgánico General de Procesos y su vulneración al derecho a la legítima defensa y contradicción consagrados en la Constitución de la república del Ecuador*. Ambato.
- Sánchez Velarde, P. (2004). *Manual de derecho procesal penal*. Lima: IDEMSA.
- Santos, J. (2009). *El Debido Proceso Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Sentencia N.O 048-13-Scn-Cc, Caso N.O 0179-12-Cn Y Acumulados (Corte Constitucional ecuatoriana 04 de septiembre de 2013).
- Sentencia N° 001-18-Scn-Cc, Caso N° 0002-16-Cn (Corte Constitucional del Ecuador 28 de 03 de 2018).
- Sentis Melendo, S. (1957). *El Juez y el Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

- Sgroi, S. (1982). *Validation of Chil sexual abuse*. New York: Lexington books.
- Sierra, G. (abril-mayo de 2013). *Cámara de Gesell como herramienta investigativa en los abusos sexuales de niños y niñas. Caso Honduras*. Obtenido de Cámara de Gesell como herramienta investigativa en los abusos sexuales de niños y niñas. Caso Honduras: https://www.uv.es/gicf/4A3_Sierra_GICF_07.pdf. Recuperado el 15 de mayo del 2019 a las 19:45
- Simón, F. (2008). *Derechos de la niñez y adolescencia de la Convención sobre los Derechos del Niño a las legislaciones integrales*. Quito: Cevallos.
- Suarez Sánchez, A. (2001). *El Debido Proceso Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Suarez, C. (1999). *El derecho a la defensa a la luz de la reforma del procedimiento penal*. Talca: Ius et praxis.
- Torres, E. (2016). *El sistema de protección de víctimas y testigos, en el proceso penal ecuatoriano. Análisis Crítico*. Quito.
- Trujillo, J. (S/F). *Constitucionalismo Contemporáneo, teoría, procesos, procedimientos y retos*. Quito: Editorial Nacional.
- Ulfe Herrera, E. C. (2015). Tecnología Que Evita La Revictimización En Niños, Niñas Y Adolescentes: Cámara Gesell. *Revista semestral de divulgación científica*, 58-66.
- Ulloa, A. (28 de febrero de 2013). *Principio de Legalidad, ejemplo de la dualidad argumentativa del derecho penal contemporáneo*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/principio-de-legalidad-y-derecho-penal-contemporaneo>. Recuperado el 3 de febrero del 2019 a las 14:53
- UNICEF. (S/D de noviembre de 2016). *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: Guía para tomar acciones y proteger sus derechos*. Obtenido de UNICEF Argentina: [https://www.unicef.org/ecuador/proteccion-AbusoSexual_contra_NNyA-2016_\(1\).pdf](https://www.unicef.org/ecuador/proteccion-AbusoSexual_contra_NNyA-2016_(1).pdf). Recuperado el 13 de mayo del 2019 a las 20:40

- UNICEF. (2016). *Guía para el Uso de la Cámara Gesell en la toma del Anticipo de Prueba Testimonial de niñas, niños, adolescentes y otras Poblaciones en Condición de Vulnerabilidad*. San Salvador.
- UNICEF. (24 de 10 de 2017). *Ecuador construye un protocolo de escucha especializada para niños víctimas de abuso sexual*. Obtenido de Ecuador construye un protocolo de escucha especializada para niños víctimas de abuso sexual:
https://www.unicef.org/ecuador/20171024_Comunicado_de_Prensa_Fiscalia_Seminario_Nacional_final_UNICEF.pdf. Recuperado el 20 de julio del 2019 a las 17:45
- UNODC ROPAN, O. R. (2014). El uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá. *Opinión Técnica Consultiva N.º 001/2014, dirigida al Ministerio Público de la República de*. Panamá.
- Vaca, R. (2001). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vaca, R. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Valencia, J. (2016). *El anticipo de prueba como medida para disminuir la revictimización de las niñas, niños y adolescentes, en aplicación del principio del interés superior del menor*. Quito. S/E
- Vásquez, D. (2015). *La aplicación del principio del Interés superior del niño en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado en el Ecuador*. Quito. S/E.
- Vásquez, D. (2015). *La aplicación del principio del Interés superior del niño en el procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado en el Ecuador*. Quito. S/E.
- Vayas, G. (2009). *Medios probatorios admitidos en la legislación adjetiva penal del Ecuador*. Quito. S/E

- Viviano, T. (septiembre de 2012). *Abuso Sexual: Estadísticas para la reflexión y pautas para la prevención*. Obtenido de Abuso Sexual: https://www.mimp.gob.pe/files/programas_nacionales/pncvfs/libro_abusosexual.pdf. Recuperado el 20 de abril del 2019 a las 20:38
- Winberg, I. (2002). *Convención sobre los derechos del niño*. Buenos Aires: Rubinal - Culzoni.
- Yanes, L. (2016). *El interés superior del niño en los procesos de niñez y adolescencia en la ciudad de Ambato*. Quito. S/E
- Yépez Andrade, M. (15 de mayo de 2017). *Principio NON BIS IN IDEM (Primera Parte)*. Obtenido de Derecho Ecuador: <https://www.derechoecuador.com/principio-non-bis-in-idem---primera-parte->. Recuperado el 18 de febrero del 2019 a las 17:50.
- Yépez Andrade, M. (S/F). *La víctima en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: S/E.
- Zambrano, A. (2009). *La prueba Ilícita en el proceso penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zambrano, A. (S/f de S/f de S/f). *Principios Constitucionales Y Convencionales Para La Justicia Penal*. Obtenido de Principios Constitucionales Y Convencionales Para La Justicia Penal: https://www.derechoecuador.com/Files/images/Documentos/ndp-principios_justicia_penal.pdf. Recuperado el 5 de febrero del 2019 a las 13:25.
- Zanetta, M. (2015). *La cámara de Gesell en la investigación de delitos sexuales*. Córdoba.
- Zavala Baquerizo, J. (2002). *El debido proceso penal*. Quito: Edino.

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo, **ANDRES FERNANDO NEGRETE BASANTEZ** C.I. **172044162-3** autor del trabajo de graduación intitulado: **“LA CÁMARA DE GESELL COMO MECANISMO IDÓNEO PARA LA RECEPCIÓN DE TESTIMONIOS ANTICIPADOS DE NIÑOS Y NIÑAS VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES FRENTE A LAS GARANTÍAS DEL DEBIDO PROCESO Y EL DERECHO A LA DEFENSA”**, previa a la obtención del título profesional de **ABOGADO** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA**:

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de Universidad.

Quito, 13 de septiembre de 2019

Andrés Negrete Basantez

C.I. 172044162-3