



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

**MAGÍSTER EN DERECHO PENAL MENCIÓN
PROCESAL PENAL**

TRABAJO DE TITULACIÓN

Principio de igualdad de armas en relación con el testimonio
anticipado en víctimas de delitos sexuales en el contexto
ecuatoriano y peruano

Autor (a): Jimbo Granda, Martha Elizabeth

Director (a): Ravelo Franco, Gabriel

CENTRO UNIVERSITARIO LOJA

2020



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

2020

Aprobación del director del trabajo de titulación

Loja, 14 de septiembre de 2020

Dra.

Silvana Esperanza Erazo Bustamante

Coordinador(a) de programa de posgrado

Ciudad.-

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación denominado: “Principio de igualdad de armas en relación con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales en el contexto ecuatoriano y peruano” realizado por Martha Elizabeth Jimbo Granda, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo. Así mismo, doy fe que dicho trabajo de titulación ha sido revisado por la herramienta antiplagio institucional.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

Mg. Gabriel Ravelo Franco.

Pasaporte: 118473154

Declaración de autoría y cesión de derechos

“Yo, Martha Elizabeth Jimbo Granda, declaro y acepto en forma expresa lo siguiente:

- Ser autora del Trabajo de Titulación denominado: “Principio de igualdad de armas en relación con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales en el contexto ecuatoriano y peruano”, del Programa de posgrados Maestría en Derecho Penal mención Procesal Penal, específicamente de los contenidos comprendidos en: Introducción; Capítulo I. Marco Teórico de la revictimización, el testimonio como medio probatorio, uso de Cámara de Gesell para evitar la revictimización, valoración probatoria, análisis de legislación y jurisprudencia ecuatoriana como peruana relacionada con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales, el debido proceso y delitos sexuales, aspectos generales, principio de igualdad de armas, derechos de las víctimas, derechos del procesado; y test de ponderación; Capítulo II. Diseño Metodológico; Capítulo III. Discusión de Resultados y Análisis; Conclusiones y Recomendaciones, siendo Mg. Gabriel Ravelo Franco, director del presente trabajo; y, en tal virtud, eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones judiciales o administrativas, en relación a la propiedad intelectual. Además, ratifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo son de mi exclusiva responsabilidad.
- Que mi obra, producto de mis actividades académicas y de investigación, forma parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja, de conformidad con el artículo 20, literal j), de la Ley Orgánica de Educación Superior; y, artículo 91 del Estatuto Orgánico de la UTP, que establece: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.
- Autorizo a la Universidad Técnica Particular de Loja para que pueda hacer uso de mi obra con fines netamente académicos, ya sea de forma impresa, digital y/o electrónica o por

cualquier medio conocido o por conocerse, sirviendo el presente instrumento como la fe de mi completo consentimiento; y, para que sea ingresada al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, en cumplimiento del artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

Autora: Martha Elizabeth Jimbo Granda

C.I.: 1105141392

Dedicatoria

El presente trabajo investigativo en primer lugar lo dedico a Dios por ser mi pilar fundamental de inspiración, y por brindarme vida y salud.

A mis padres Bolívar Jimbo y Martha Granda, por constituirse en el motor de mi vida como seres ejemplares de valores, por sus sabios consejos, por su abnegación y ayuda constante para seguir adelante frente a algunas adversidades.

A mi esposo Freddy Sarango por su amor incondicional y apoyo como compañero de vida, para cumplir mis metas de superación profesional.

A mis hermanos y sobrinos por su motivación.

Martha Elizabeth Jimbo Granda

Agradecimiento

Mi sincero agradecimiento a la Universidad Técnica Particular de Loja, por ser el centro de estudios que me brindó una preparación académica de calidad, de manera especial a toda la planta docente de la Maestría en Derecho Penal, mención Procesal Penal, por haber compartido sus conocimientos y experiencias, para formar profesionales eficientes y eficaces para el conglomerado social.

A la Dra. Silvana Erazo, Coordinadora de la Maestría en Derecho Penal, mención Procesal Penal, por sus directrices y lineamientos para poder culminar con éxito dicho programa de estudio.

Al Mgs. Gabriel Ravelo, Director del presente trabajo investigativo; por haberme dirigido con su alto grado de profesionalismo para el desarrollo de este trabajo de manera fructífera.

A la Dra. María Judith Mora, al Dr. José Álvarez, al Dr. José Luis Rodríguez y al Dr. Luis Villavicencio, por su colaboración brindada para la aplicación de las entrevistas, en relación a la temática de estudio.

La autora

Índice de contenidos

Aprobación del director del trabajo de titulación	II
Declaración de autoría y cesión de derechos	III
Dedicatoria.....	V
Agradecimiento	VI
Resumen	1
Abstract.....	2
Introducción	3
Capítulo uno	6
Marco teórico	6
1.1 Revictimización	6
1.2 El testimonio como medio probatorio	8
1.2.1 Aspectos generales	8
1.2.2 Uso de Cámara de Gesell para evitar la revictimización	9
1.2.3 Valoración probatoria.....	12
1.2.4 Análisis de legislación y jurisprudencia ecuatoriana relacionada con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales	13
1.2.5 Análisis de legislación y jurisprudencia peruana relacionada con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales	14
1.3 El debido proceso y delitos sexuales	16
1.3.1 Aspectos generales	16
1.3.2 Principio de igualdad de armas.....	20
1.3.3 Derechos de las víctimas.....	21
1.3.4 Derechos del procesado.....	25
1.4 Test de ponderación	27
Capítulo dos.....	31
Diseño metodológico.....	31
2.1 Metodología de estudio.....	31
2.2 Recursos humanos, financieros y materiales	33
2.2.1 Recursos Humanos	33
2.2.2 Recursos Financieros	33
2.2.3 Recursos Materiales	34
2.3 Cronograma de Trabajo	34
Capítulo tres	36
Discusión de resultados y análisis.....	36
3.1 Estudio comparativo de sentencias.....	36
3.2 Protocolo de la cámara Gesell	39
3.3 Contrastación de la hipótesis	44
Conclusiones y recomendaciones.....	47

Conclusiones	47
Recomendaciones	48
Referencias.....	49
Apéndices	55
Apéndice 1: Guía de observación de entrevista	55
Apéndice 2: Fichas de casos ecuatorianos	57
Ficha 1	57
Ficha 2	58
Ficha 3	59
Ficha 4	60
Ficha 5	61
Ficha 6	63
Apéndice 3: Fichas de casos peruanos.....	65
Ficha 7	65
Ficha 8	65
Ficha 9	66
Ficha 10	68
Ficha 11	69
Ficha 12	70
Ficha 13	71
Ficha 14	72
Apéndice 4: Entrevistas aplicadas.....	72

Índice de tablas

Tabla 1	32
Tabla 2	33
Tabla 3	34
Tabla 4	36
Tabla 5	40

Resumen

En los delitos contra la integridad sexual la prueba madre es el testimonio, ya que por lo general dichos delitos son cometidos sin la presencia de testigos más que la propia víctima, es así que, para que la víctima no sea sometida a revictimización, en algunos países como Ecuador se cuenta con el testimonio anticipado que se brinda ante la cámara Gesell.

Por ello, tanto la legislación ecuatoriana como peruana refieren que con el testimonio anticipado se cumple el debido proceso, principio de igualdad de armas; asimismo al momento de realizar el trabajo de campo, se ha logrado determinar que el testimonio anticipado de las víctimas de delitos sexuales mediante cámara Gesell al ser valorado por parte de los juzgadores superando el test de ponderación, evidencia la no existencia de una restricción ilegítima del principio de igualdad de armas, pero con el estudio de derecho comparado con nuestro hermano país de Perú, falta que el ordenamiento jurídico ecuatoriano contemple la posibilidad de una declaración ampliatoria respecto del testimonio anticipado.

Palabras claves: testimonio anticipado, delitos sexuales, igualdad de armas.

Abstract

In the crimes against the sexual integrity the mother evidence is the testimony, since generally these crimes are committed without the presence of witnesses more than the own victim, it is so that the victim is not submitted to revictimization; in some countries like Ecuador there is the anticipated testimony that is given before the Gesell camera.

For this reason, both Ecuadorian and Peruvian legislation refer to the fact that with the anticipated testimony the due process is fulfilled, principle of equality of arms; Likewise, at the moment of the field work, it has been determined that the anticipated testimony of the victims of sexual crimes through the Gesell chamber, when being evaluated by the judges passing the weighting test, evidences the non existence of an illegitimate restriction of the principle of equality of arms. However, with the study of law compared to our brother country Peru, it is missing that the Ecuadorian legal system contemplates the possibility of an amplifying declaration regarding the anticipated testimony.

Keywords: early testimony, sexual crimes, equality of arms.

Introducción

La presente investigación se orientó al estudio del principio de igualdad de armas en relación con el testimonio anticipado en caso de delitos sexuales. Desde un análisis de derecho comparado, el propósito consistió en determinar si la restricción de los derechos del procesado supera el test de ponderación.

El análisis señalado es pertinente por el impacto que ha conllevado la recepción de testimonios anticipados, ya que se ha instaurado como una práctica generalizada en el proceso penal. Así, resulta necesario profundizar en el estudio del impacto del testimonio anticipado respecto de los principios sustanciales para garantizar un debido proceso, entre los que se encuentra el principio de igualdad de armas, el derecho a la defensa del procesado y los derechos de las víctimas, principalmente el de no revictimización.

Por tanto, al estar en juego los derechos tanto de la víctima como del procesado durante un proceso penal, es de trascendental importancia, establecer si la restricción al principio de igualdad de armas en relación con el testimonio anticipado en las víctimas de delitos sexuales supera el test de ponderación en nuestra realidad procesal, con un enfoque de derecho comparado.

Uno de los mecanismos más efectivos para evitar la figura de la revictimización es el testimonio anticipado con el empleo de la Cámara de Gesell, ya que de esta forma se protege a la víctima para que no tenga que encontrarse frente a frente con su agresor y pueda contar los acontecimientos vividos a un profesional especializado. Es una estrategia destinada a viabilizar el ejercicio de su derecho de acción por la conculcación a la integridad sexual y reproductiva.

Para el propósito de la investigación, dentro de la literatura relevante se puede tener como idea general que el testimonio anticipado se cumple con respeto a las mismas garantías estipuladas para el testimonio en el juicio (Valdivieso Vintimilla, 2017, pág. 286).

Pese a ello, también se toma como punto de partida estudios previos en los cuales se ha llegado a mencionar que las diversas aplicaciones que los juzgadores pueden hacer respecto a la Cámara de Gesell produce incertidumbre en los usuarios del sistema de justicia y que lo ideal sería contar con pautas objetivas sobre su uso (Carretta Muñoz, 2018, pág. 138).

A partir de lo expuesto, la investigación estuvo orientada a responder a la siguiente interrogante ¿La restricción al principio de igualdad de armas, en el contexto del testimonio anticipado por parte de víctimas de delitos sexuales, supera el test de ponderación? En consecuencia, el objetivo general consistió en establecer si la restricción al principio de igualdad de armas en relación con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales en el contexto ecuatoriano y peruano, supera el test de ponderación.

La presente tesis se encuentra comprendida en la línea de investigación “las garantías del debido proceso” y, tal como se ha precisado, lleva adelante un ejercicio de ponderación de los derechos de las víctimas y de los procesados en el contexto específico de la valoración probatoria del testimonio anticipado. Para efectos del análisis de derecho comparado, se ha utilizado el ordenamiento jurídico peruano.

Las facilidades con las que se contó para el desarrollo del presente trabajo fue la accesibilidad de bibliografía de forma digital, accesibilidad de casos en las páginas web de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Constitucional de Perú y el uso de medios telemáticos como la herramienta *Zoom* para la aplicación de entrevistas a expertos en el tema. A pesar de las limitaciones con las restricciones de movilización por la pandemia del COVID 19, las opiniones de los expertos fueron recabadas a través de recursos digitales.

El método cualitativo fue determinante, por las puntualizaciones que debieron hacerse en torno al análisis del principio de igualdad de armas en relación con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales.

El presente trabajo investigativo se encuentra conformado por 3 capítulos desglosados de la siguiente manera: Capítulo I lo que es el Marco Teórico, en el cual se aborda la revictimización de manera general, el testimonio como medio probatorio en el cual se analiza aspectos generales, uso de Cámara de Gesell para evitar la revictimización, valoración probatoria, análisis de legislación y jurisprudencia ecuatoriana como peruana relacionada con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales, el debido proceso y delitos sexuales en el cual se considera aspectos generales, principio de igualdad de armas, derechos de las víctimas, derechos del procesado; y test de ponderación analizado en forma general; Capítulo II Diseño Metodológico que comprende métodos, técnicas e instrumentos empleados, recursos humanos, financieros, materiales y cronograma de trabajo; Capítulo III Discusión de Resultados y Análisis en base a criterios comparativos de sentencias y protocolos de Cámara Gesell en el contexto ecuatoriano y peruano, y en cuanto a criterios de los entrevistados sobre el tema de estudio.

Es relevante el tema de estudio porque se puede conocer tanto la realidad ecuatoriana como peruana, la aplicabilidad del principio de igualdad de armas en relación con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales y cómo influye en los jueces al momento de deliberar su decisión. Su realización fue conveniente ya que las víctimas de delitos sexuales se encuentran expuestas a posibles revictimizaciones; para evitar la revictimización se utiliza el testimonio anticipado a través de la Cámara Gesell, sin participación directa del procesado.

Así, resulta necesario analizar si dicho testimonio cumple con el principio de igualdad de armas mediante el registro en video que recoge lo ocurrido en la cámara de Gesell que luego puede ser observado por el tribunal penal, y si se cumple a cabalidad con el principio de contradicción, en cuanto si se permite al procesado controvertir dicho testimonio.

Capítulo uno

Marco teórico

1.1 Revictimización

La revictimización es concebida como un aumento del daño psíquico, que causa detrimento en la salud de las víctimas, como la impronta de una huella que puede ser más dolorosa que el delito padecido (Mantilla, 2015, pág. 10).

Algunos ejemplos de revictimización en el proceso penal son: horarios inflexibles, denominación a la persona por el número del proceso o del delito, mala información en torno a la ruta de atención, agresividad en el trato, dudas de la víctima, repetir la historia a diversos profesionales, exámenes médicos más invasivos que la propia lesión, dilación de la justicia, bajo cumplimiento de las sentencias y reparaciones, entre otros (Tapias S., 2015, págs. 53-54).

Adicionalmente, se observa que las mujeres que sufren actos de violencia de todo tipo están predispuestas a la revictimización, es decir, deben enfrentarse a otra clase de maltratos por las entidades de policía, judiciales y de salud. Con preocupación se observa que la mujer que se arriesga a denunciar un acto de violencia de género cualquiera que este sea, debe asumir largas esperas, interminables diligencias, recorridos por distintas oficinas, múltiples citaciones, interrogatorios denigrantes y precaria atención médica y psicológica (Sentencia N° 292-16-SEP-CC, 2016).

De igual forma, dentro de la revictimización también está el hecho de que las víctimas de delitos sexuales, especialmente mujeres, se encuentren con el riesgo o estigmatización de que sean las mismas instancias de control oficiales, las que se encarguen de atribuir a las víctimas un aporte para la ocurrencia del hecho, lo que evidentemente repercute en la actitud de las víctimas (Marchiori, y otros, 2016, pág. 8).

Los párrafos precedentes, nos llevan a la siguiente idea, respecto a la victimización secundaria:

La victimización secundaria constituye una falta de entendimiento del sufrimiento, del impacto y las consecuencias de la victimización primaria manifestada mediante una serie de conductas o actitudes. Supone un daño añadido posterior al de la victimización primaria. El daño se debe principalmente a una actitud negligente o a una falta de humanidad que hace que la víctima se sienta cuestionada, confundida o agobiada por los trámites, o que reviva de forma innecesaria el suceso traumático sufrido. Produce sentimientos de soledad, incompreensión, falta de ayuda y desconfianza hacia las instituciones y ahonda o prolonga en el tiempo los efectos de la victimización primaria (Varona Martínez, 2015, pág. 32).

De manera análoga, por victimización secundaria también se concibe a la victimización que ocurre a partir de la respuesta de instituciones e individuos para con la víctima, que pueden generar daños físicos, psicológicos, sociales, entre otros. La victimización institucionalizada puede suscitarse dentro del sistema de justicia penal, por posibles ausencias de perspectivas de la víctima en las personas a cargo de instruir procesos y procedimientos de justicia penal (Marchiori, Fortete, Bido, & Bouvier, 2016, pág. 160).

Así, son diversos los escenarios que pueden conllevar a la revictimización, pese a que las víctimas son especialmente protegidas en legislaciones de varios países. En este contexto, como parte de los esfuerzos por disminuir la impunidad en casos de violencia sexual, por ejemplo en El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua, ha habido una marcada proliferación de institutos médicos forenses para dotar de un modelo integrado de seguridad contra la violencia sexual (Contreras, Guedes, & Dartnall, 2010, pág. 60).

En cuanto a los acápites precedentes se hace énfasis de la revictimización que puede surgir en el contexto de la toma del testimonio, por cuanto la victimización primaria produce a las víctimas, secuelas difíciles de superar.

También se menciona que en muchos casos son las mismas instancias de control o instituciones a cargo de sustanciar los procesos de delitos sexuales, las que mediante la actitud negligente de sus funcionarios generan varios escenarios de revictimización.

1.2 El testimonio como medio probatorio

1.2.1 Aspectos generales

Para entender al testimonio como medio probatorio, es necesario acudir al artículo 501 del Código Orgánico Integral Penal, según el cual el “testimonio es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 501).

Entonces, las personas que pueden rendir un testimonio son aquellas que conocen aspectos relacionados con los hechos materia del litigio, y que han logrado captar información con cualquiera de los cinco sentidos.

Una vez entendido lo que es el testimonio, resulta relevante mencionar algunos aspectos característicos del mismo.

Es de destacar por lo tanto que el testimonio o prueba testimonial, en general, reúne tres características determinantes: es una prueba indirecta , es decir, no media identificación entre el hecho a probar con el hecho presenciado por el investigador o juez; es histórica , por cuanto a través de ella se reconstruyen hechos pasados, que pueden o no subsistir al momento de la declaración, pero que en todo caso comenzaron antes de ella; y, es personal, esto es, es un acto procesal que proviene de una persona física y concreta (Benavente Chorres, 2015, pág. 59 y 60).

De acuerdo al párrafo que antecede se puede denotar que el testimonio es indirecto, histórico y personal. Por tanto, los hechos conocidos por el testigo deben ser manifestados a viva voz ante los juzgadores y no ser suplidos con lecturas de documentos previos a la etapa del juicio.

Por otra parte, también existen aspectos relativos al testimonio, como la coherencia y corroboración. Por un lado, la coherencia se refiere a la perspectiva interna del relato, además toma en cuenta la congruencia de la historia, y deduce su credibilidad de una acción central que sea fácilmente identificable y relacionada a un contexto con una explicación admisible del comportamiento de los sujetos intervinientes; mientras que la corroboración, contempla la fiabilidad del testimonio a partir de una óptica externa (Ramírez Ortiz, 2020, pág. 214).

En este mismo sentido, se puede mencionar que para que un testimonio sea creíble debe reunir aspectos claves como coherencia y corroboración, así se podrá persuadir a los juzgadores respecto a que las manifestaciones expuestas son confiables.

1.2.2 *Uso de Cámara de Gesell para evitar la revictimización*

En los delitos de violencia sexual, existe la prohibición constitucional de revictimización en la prueba según lo emanado en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, por las secuelas traumáticas para la víctima; como excepción, jueces de garantías penales pueden recibir los testimonios urgentes de las personas enfermas, de las que van a salir del país, de las víctimas de violencia sexual, en fin de aquellos que demuestren que no pueden asistir al Tribunal de Garantías Penales en la etapa del juicio. Se realizarán en una diligencia que se llevará a cabo con la presencia de la defensa y se cumplirá con el mismo procedimiento y respeto a los principios que los fijados para el testimonio en el juicio (Vaca Andrade, 2014, pág. 66).

Al existir esta prohibición de revictimización, se ha considerado al testimonio anticipado como una práctica garantista de derechos, así tenemos que: “El testimonio anticipado se practicará con presencia de la defensa y cumplirá con el mismo procedimiento y respeto a similares garantías y principios que los fijados para el testimonio en el juicio, es decir bajo los principios de inmediación y contradicción” (Valdivieso Vintimilla, 2017, pág. 286).

Por otra parte, en lo relacionado al testimonio anticipado es importante mencionar que la realización irreplicable del mismo obedece a las complicaciones que podría generar su postergación hasta el juicio oral, debido a las inevitables modificaciones del estado psicológico de las víctimas, por esto se ha dispuesto la obligatoriedad de registrar por medio audiovisual esta modalidad especial de declaración, esto con la finalidad de evitar la revictimización (Reyes Huaricapcha, 2019, pág. 54). La prueba anticipada, se considera como una garantía de los derechos del menor, para que el mismo pueda rendir su testimonio ante una persona experta, ya que de esta forma se trata de reducir el número de exploraciones (González Fernández, y otros, 2018, pág. 135).

Entonces, se considera al testimonio anticipado dentro de la presente temática, como una de las modalidades de tratamiento que se brinda a las víctimas de delitos sexuales, para evitar que las mismas tengan que enfrentarse cara a cara con su agresor y para no afectar nuevamente su nivel emocional. Es por ello, que con el testimonio anticipado se conoce la realidad de los hechos de boca de la víctima, cuyo relato lo realiza a un psicólogo. Este medio de prueba no debería desviarse de su curso, lo que implica tener en cuenta ciertos ejes fundamentales, idea que se la analiza de manera más pormenorizada en el acápite de discusión de resultados.

Al ser la Cámara Gesell uno de los mecanismos más usuales para la recepción del testimonio anticipado, se puede mencionar que:

El dispositivo de la Cámara Gesell (CG) fue creado por el estadounidense Arnold Gesell (1880-1961), que era un psicólogo que se dedicó a estudiar las etapas del desarrollo de los niños.

Básicamente, la CG consiste en dos habitaciones con una pared divisoria en la que hay un vidrio de gran tamaño que permite ver desde una de las habitaciones lo que ocurre en la otra –donde se realiza la entrevista-, pero no al revés. Gesell la creó para

observar las conductas de los chicos sin que éstos se sintieran presionados por la mirada de un observador (Araujo Granda, 2009, pág. 280).

La cámara Gesell ayuda a prevenir la victimización secundaria mediante una entrevista investigativa, que es ejecutada por un profesional en psicología o psiquiatría, con la participación de otros profesionales intervinientes en el proceso, detrás del espejo y en un contexto controlado al interior del tribunal (Oyanedel S. & Ortúzar F., 2018, pág. 696).

Además, la Cámara Gesell constituye una particular forma de asegurar el derecho a la tutela jurisdiccional de las víctimas de delitos sexuales, al adaptar las normas del proceso penal para que la incorporación de su testimonio al contexto del proceso, asegure su participación sin desconsideración y victimización (González Barbadillo, 2011, pág. 304).

Cuando se cuente con los recursos necesarios, las víctimas serán recibidas en una «Sala Gesell», disponiéndose la grabación de la entrevista en soporte audiovisual, cuando ello pueda evitar que se repita su celebración en sucesivas instancias judiciales. Se deberá notificar al imputado y a su defensa de la realización de dicho acto. En aquellos procesos en los que aún no exista un imputado identificado los actos serán desarrollados con control judicial, previa notificación al Defensor Público Oficial. Las alternativas del acto podrán ser seguidas desde el exterior del recinto a través de un vidrio espejado, micrófono, equipo de video o cualquier otro medio técnico con que se cuente. En este caso, previo a la iniciación del acto, el Tribunal hará saber al profesional a cargo de la entrevista el interrogatorio propuesto por las partes, así como las inquietudes que surgieren durante el transcurso de la misma, las que serán canalizadas teniendo en cuenta las características del hecho y el estado emocional de la víctima (Castaño Rejero, y otros, 2019, pág. 313).

En cuanto al derecho al careo se considera que debe ser limitado ante un interrogatorio de menores de edad, por cuanto si bien es cierto que el derecho a la confrontación es parte del derecho de defensa, el mismo no puede ser considerado absoluto

y su aplicación debe ser ponderada con relación a los otros intereses tutelados o protegidos. Por ende, se considera válido limitar la confrontación entre menores de edad e imputados, ya que de realizarse dicha confrontación, esto puede derivar en notables perjuicios para la indemnidad de los menores de edad; por tanto, se ha admitido que la declaración sea rendida en condiciones especiales para que la víctima no sea confrontada directamente con el procesado (Sánchez Escobar & Martínez Osorio, 2013, pág. 41).

Se puede denotar que el empleo de la cámara Gesell es concebido como un instrumento y una forma de no revictimización, ya que se brinda muchas garantías para las víctimas de delitos sexuales y de cierta forma se llega a ponderar los derechos de las víctimas y los derechos del procesado, a lo que evidentemente existe una marcada tendencia de prelación hacia determinado sujeto procesal, por la naturaleza del delito en cuestión, la idea de la ponderación de derechos de las partes procesales se encuentra más desarrollada en el apartado de discusión de resultados.

1.2.3 Valoración probatoria

La valoración probatoria se refiere a las comprobaciones que debe hacer el juez de forma racional acerca del acervo probatorio. Debe analizar cada medio de prueba individualmente, para determinar su existencia, validez y su eficacia probatoria, después realizar un análisis en conjunto, acompañado de la lógica y las reglas de la experiencia (Domínguez Angulo, 2016, pág. 62).

En cuanto a la valoración probatoria del testimonio anticipado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos destaca que diversos países han adoptado como una buena práctica el uso de dispositivos como la Cámara de Gesell que habilita a las autoridades y las partes a escuchar la declaración de la víctima desde el exterior, con el objeto de minimizar cualquier efecto revictimizante (Caso V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua, 2018).

En Ecuador, en el año 2014, el Consejo de la Judicatura mediante Resolución 117-2014 estableció el Protocolo para el uso de la Cámara de Gesell.

Mediante un estudio de derecho comparado entre la realidad ecuatoriana y peruana respecto a la utilización del testimonio anticipado por parte de víctimas de delitos sexuales, se ha podido determinar el nivel de aplicabilidad del principio de igualdad de armas en relación con el testimonio anticipado por parte de Ecuador como de Perú, en este sentido el Protocolo de la cámara Gesell de Perú permite que dicho testimonio sea aclaratorio en caso de dudas por parte de los jueces que analizan y valoran la prueba, idea que es destacada en el capítulo de discusión de resultados.

1.2.4 *Análisis de legislación y jurisprudencia ecuatoriana relacionada con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales*

Se considera al testimonio anticipado como un medio probatorio excepcional, el fiscal puede sustentar su pedido de recepción de este tipo de testimonio basado en lo estipulado en el artículo 502, numeral 2 del COIP por cuanto las víctimas de delitos sexuales son especialmente protegidas por nuestra legislación.

Según lo contemplado en el COIP: “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” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 454).

En este sentido, con el inciso anterior queda claro que todas las pruebas, incluido el testimonio anticipado, deben ser sujetas de ejercer una efectiva contradicción.

Dentro del contexto ecuatoriano respecto del tema central de la presente investigación, se puede hacer alusión al siguiente caso:

Los jueces del Tribunal de Garantías Penales, acogieron el pedido de Fiscalía y emitieron un fallo condenatorio de 9 años 4 meses de pena privativa de libertad contra el ciudadano (código 01). A más de ello, se dispuso al sentenciado pague una multa de 5000 dólares y que no se aproxime a la víctima y sus familiares, por ningún medio. La fiscal de

Esmeraldas, Patricia Nazareno Cabezas, en audiencia de juzgamiento realizada en la Unidad judicial Multicompetente de esa ciudad, solicitó la presencia de 8 testigos, entre ellos: agentes investigadores, trabajadora social, psicóloga clínica, familiares de la víctima y se recepte el testimonio anticipado de la menor; las pruebas documentales presentadas fueron: informe del reconocimiento médico legal, valoración psicológica (Fiscalía General del Estado, 2018).

El caso expuesto de forma breve en el párrafo precedente, da una noción general de los medios probatorios que suelen ser utilizados en casos de delitos sexuales.

1.2.5 Análisis de legislación y jurisprudencia peruana relacionada con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales

En el contexto peruano se puede destacar el siguiente acápite:

En el distrito judicial de Trujillo, el juez de la Investigación Preparatoria recibe la declaración del menor, luego que el fiscal ha asegurado las evidencias del caso. Pero, el problema planteado preocupa más con lo sucedido en la Corte de superior. Para entenderlo mejor, el fiscal de familia recibe la declaración de la menor (en acta de entrevista única); a partir de ese acto el fiscal penal tiene conocimiento de la identidad del agresor; a consecuencia de ese acto de investigación se requiere la medida de detención correspondiente, porque nació la imputación. Desafortunadamente, la Sala Penal de Apelaciones considera que en esa declaración debió estar presente el abogado del imputado, y si no se conocía el nombre del mismo, citar al defensor público porque éste garantiza la legalidad de dicha diligencia y permite el ejercicio de la contradicción, en desmedro del rol del Fiscal. Esto significa, que para los Jueces, aun cuando no se conozca la identidad del imputado, debe contarse con un abogado que presencie los actos del fiscal. Lamentablemente, por una interpretación sesgada al texto, la víctima debe ser nuevamente victimizada y declarar otra vez so riesgo de alterar su inicial declaración (Serrano de Cabanillas, 2014, pág. 72).

El párrafo precedente es un claro ejemplo de vulneración del derecho a la defensa, ya que para el desarrollo de todo acto en el cual estén involucrados derechos de las partes procesales, como mínimo se debe contar con la presencia tanto del fiscal como del abogado defensor ya sea público o privado del procesado.

El Código Procesal Penal peruano en su Art. 242 contempla lo siguiente:

Durante las diligencias preliminares o una vez formalizada la investigación preparatoria, a solicitud del Fiscal o de los demás sujetos procesales, podrá instarse al Juez de la Investigación Preparatoria la actuación de una prueba anticipada, en los siguientes casos:

Declaración de las niñas, niños y adolescentes en su calidad de agraviados por delitos comprendidos en los artículos 153 y 153-A del Capítulo I: Violación de la libertad personal, y en los comprendidos en el Capítulo IX: Violación de la libertad sexual, Capítulo X: Proxenetismo y Capítulo XI: Ofensas al pudor público, correspondientes al Título IV: Delitos contra la libertad, del Código Penal.

Las declaraciones de las niñas, niños y adolescentes serán realizadas con la intervención de psicólogos especializados en cámaras Gesell o salas de entrevistas implementadas por el Ministerio Público (Código Procesal Penal Peruano, 2006, art. 242).

Además, el Art. 245 del Código Procesal Penal peruano contempla el procedimiento a seguir respecto de la audiencia de prueba anticipada, mismo que de forma medular establece que las pruebas serán evacuadas con las mismas formalidades que para el juicio oral.

El testimonio rendido en cámara Gesell al ser un anticipo probatorio, debe ser llevado a cabo con toda minuciosidad, por cuanto el mismo es considerado una pieza clave en los

delitos sexuales, ya que por la naturaleza de estos delitos no suelen existir otros testigos más que la propia víctima.

1.3 El debido proceso y delitos sexuales

1.3.1 Aspectos generales

Se entiende por debido proceso como: “es el derecho fundamental que posibilita que el proceso sitúe a las partes, que buscan protección de sus derechos en una perfecta situación de igualdad, procurando convivencia pacífica en una comunidad que reclama de un sólido acto de juzgar” (Canales Cortés, Duartes Delgado, & Cuarezma Terán, 2018, págs. 20-21).

Sobre el sujeto obligado, **respecto** del debido proceso se dice que éstos son de responsabilidad de los agentes del Estado, como son los jueces, los fiscales y los funcionarios administrativos (Arts. 76, N° 1, y 172 CE), pero no se debe olvidar que los justiciables y sus abogados también están obligados a su respecto, lo que se desprende de los principios de lealtad procesal y de buena fe (Arts. 174, inc. 2°, CE y 26 COFJ) (Oyarte, 2016, pág. 46).

Al haber abordado una definición previa de debido proceso, es importante mencionar que para que se cumpla con el debido proceso es necesario que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y también defender sus intereses con igualdad procesal frente a otros justiciables (CEJIL Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, 2016, pág. 18).

En cuanto a los delitos sexuales se puede referir que lesionan la libertad sexual, entendida como aquella libertad que le permite a una persona autodeterminarse en cuanto a su sexualidad, sin que sufran abusos, vulneraciones o coacciones por parte de terceros. Este bien jurídico, sin embargo, no parece ser el interés protegido por aquellos delitos que se ejecutan en contra de los menores de edad, especialmente los impúberes, de modo que cuando hay casos de delitos sexuales que se suscitan en menores no son tanto los atentados

contra su libertad lo que se sanciona, sino que aquellos se dirigen en contra de su indemnidad sexual, al desarrollo libre de la misma; lo recién señalado no es aplicable para los delitos de violación y los abusos sexuales con violencia o intimidación, que efectivamente protegen la libertad sexual de la víctima (Balmaceda Hoyos, 2014, pág. 213).

La distinción sistemática del tipo de delitos analizados en el presente trabajo investigativo, sería aquella entre delitos que lesionan la libertad sexual de la víctima, por un lado, y por otro lado delitos que lesionan su indemnidad sexual. El criterio formal de esta distinción se debe a la edad de quien en cada caso puede ser la víctima del delito. Así, los delitos con víctimas con personas cuya edad sea igual o superior a los 14 años habrían de ser categorizados como delitos contra la libertad sexual y los delitos que sólo podrían tener como víctima a una persona menor de 14 años, deben ser considerados como delitos contra la indemnidad sexual. Ya que una persona menor de 14 años por su sola condición sería incapaz de un ejercicio autónomo de su sexualidad (Mañalich R., 2014, págs. 25, 26).

Las legislaciones de los distintos países tienden a establecer algunas formas de regular estos delitos, ante lo cual existe cierto consenso al menos en tres ideas. La primera constante es la mayor incriminación de conductas con empleo de violencia física por sobre aquellas en que el delito se funda más bien en una situación de aprovechamiento; en segundo lugar, aquellas que suponen el traspaso de límites corporales de la víctima con significación sexual por sobre aquellas en que la conducta tiene una naturaleza distinta y, la última constante que parece existir, es la especial protección que debe darse a los menores de edad (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2015, págs. 147, 148).

Toda forma de sexo no consentido es un abuso sexual. Son diversos los elementos que pueden generar falta de consentimiento sexual como uso de amenaza o fuerza, si la víctima sufre de alguna discapacidad, condiciones dadas por el contexto o la familia si existen roles de poder (Romero Cabrera, 2014, pág. 13).

En lo concerniente a los delitos sexuales, también se comprende que son aquellos que lesionan o vulneran la libertad e integridad sexual y reproductiva, en el caso de los menores así los mismos hayan manifestado su voluntad respecto a que se realice algún acto de naturaleza sexual, se entiende que no existe tal voluntad por cuanto los menores no poseen un grado de discernimiento y madurez adecuada como para que puedan diferenciar lo bueno de lo malo.

Además, se debe tener en cuenta que en los casos de delitos sexuales que dejan huellas materiales, como la violación, el estupro, es de vital importancia que se compruebe procesalmente la existencia de la acción delictiva y de sus resultados, ya que de ello va a depender la existencia o no del cuerpo del delito y la decisión del fiscal de dictar la resolución con la que se inicia la correspondiente instrucción. En la diligencia de reconocimiento de la persona agraviada se pretende, según el delito que se trate, constatar que ha habido acceso carnal; en el caso de violación, qué ésta se ha llevado a cabo utilizando medios violentos que pueden dejar huellas en las partes afectadas, pues de la comprobación de este elemento objetivo depende la tipificación del delito, ya que también puede darse el caso que no ha habido violencia sino engaño o promesa, entonces habrá estupro en lugar de violación, debido a la naturaleza de esta clase de reconocimiento que deben realizarlo médicos legistas en partes íntimas del cuerpo de una persona, la ley ha considerado la posibilidad de que el examen corporal que deba practicarse por ejemplo en una mujer lo realicen personas de su mismo sexo; ni el fiscal ni el secretario deben intervenir en este tipo de reconocimientos, porque se cuida la intimidad de las personas (Vaca Andrade, 2015, pág. 413).

En las últimas décadas tanto la percepción social como la visión jurídica de los delitos sexuales han sufrido importantes transformaciones, y consecuentemente han influido sobre la determinación exacta del bien jurídico que se pretende proteger. En este contexto concurre la aceptación doctrinaria de dos puntos: que el Derecho Penal no es el guardián de preceptos morales que quedan librados a la decisión personal, por tanto, a la ley penal le corresponde establecer sanciones para conductas que atentan contra los derechos de las personas y en

el caso de los delitos materia del presente trabajo investigativo, el derecho de optar libremente en el ámbito sexual. Para un Derecho Penal moderno el bien jurídico que debe ser protegido es la libertad sexual. La Constitución del Ecuador lo ha consagrado así en el Art. 66 numeral noveno, respecto a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre sexualidad. Dentro de este marco general, la libertad sexual viene a tener un doble alcance: positivo, es decir, disponer libremente de su cuerpo, y negativo, capacidad de negarse a la ejecución de actos sexuales no deseados. La doctrina manifiesta que el Derecho Penal protege la indemnidad sexual, en el caso de personas que por sufrir alguna incapacidad mental o por su edad no comprenden el sentido de los actos sexuales (Albán Gómez, 2016, pág. 144).

Una vez analizada la parte pertinente a delitos sexuales, es necesario hacer mención a los derechos sexuales, a los mismos se los define como: “son derechos humanos universales basados en la libertad, dignidad e igualdad inherentes a todos los seres humanos. Dado que la salud es un derecho humano fundamental, la salud sexual debe ser un derecho humano básico” (Arcila Rivera, 2014, pág. 101).

Una vez analizados los delitos y derechos sexuales, es relevante hacer referencia a la salud sexual como un derecho humano que debe ser protegido desde los mismos órganos estatales, por tanto, al existir vulneración o lesión contra este derecho, se debe velar por brindar óptimas condiciones en el sistema judicial.

Sin embargo, así como existe la salud sexual, también hay actos de violencia sexual, mismos que pueden ser variados y producirse en diversas circunstancias y ámbitos.

Entre ellos, cabe señalar: a) el abuso sexual de menores; b) el abuso sexual de personas física o mentalmente discapacitadas; c) la violación por parte de desconocidos; d) la violación en el matrimonio o en las citas amorosas; e) la violación sistemática durante los conflictos armados; f) las insinuaciones o el acoso no deseados de carácter sexual, con inclusión de la exigencia de mantener relaciones

sexuales a cambio de favores; g) el matrimonio o la cohabitación forzados, incluido el matrimonio de menores; h) la denegación del derecho a hacer uso de la anticoncepción o a adoptar otras medidas de protección contra las enfermedades de transmisión sexual; i) los actos de violencia que afecten a la integridad sexual de las mujeres, incluida la mutilación genital femenina y las inspecciones obligatorias para comprobar la virginidad; j) el aborto forzado; k) la prostitución forzada y la trata de personas con fines de explotación sexual (Morillas Fernández, Patró Hernández, & Aguilar Cárcelos, 2014, pág. 626).

Como se puede observar, la tipología de violencia sexual es diversa, las víctimas y lugares en que pueden suscitarse también son varios. De lo que se puede evidenciar las personas más susceptibles de sufrir o padecer agresiones sexuales son las mujeres, menores de edad, discapacitados, mismos que se encuentran considerados como grupos vulnerables o de atención prioritaria de acuerdo a la Constitución de nuestro país.

1.3.2 Principio de igualdad de armas

Al principio de igualdad de armas, se lo concibe de la siguiente forma:

Para que la contienda se desarrolle lealmente y con igualdad de armas, es necesaria, por otro lado, la perfecta igualdad de las partes: en primer lugar, que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; en segundo lugar que se admita su poder contradictor en todo momento y grado del procedimiento (Ferrajoli, 2005, pág. 614).

Con el principio de igualdad de armas, se pretende que, en el marco del proceso penal, la Fiscalía y la defensa, cuenten con la posibilidad de acudir ante el juez con las mismas herramientas, sin privilegios ni desventajas, con la finalidad de lograr sus pretensiones procesales. Este principio es una de las características principales de los sistemas penales de tipo acusatorio, pues la estructura es adversarial, es decir las partes procesales son contendoras y en el que ambas deben poseer las mismas herramientas de ataque y

protección, frente a un juez imparcial (Luengas González, Amaya Ordúz, & Torres García, 2017, pág. 61).

Para complementar lo manifestado en párrafos anteriores, es importante considerar el siguiente extracto:

Este Tribunal tiene declarado que la gratuidad de la asistencia jurídica (...) es instrumento y concreción de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (...), a la igualdad de armas procesales y a la asistencia letrada (...), y que no sólo consagra una garantía de los intereses de los justiciables, sino también de los intereses generales de la justicia, ya que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una Sentencia ajustada a Derecho y, por ello, indirectamente, coadyuva al ejercicio de la función jurisdiccional (Poder Judicial, Sala Constitucional, Escuela Judicial, 2014, pág. 45).

Sin embargo, también debe considerarse la existencia de presunciones legales que tienden a corregir la desigualdad material que puede darse entre las partes en cuanto al acceso a la prueba y a proteger la parte en situación de indefensión o de debilidad manifiesta, en este acápite bien cabría mencionar la presunción de inocencia del procesado (Hernández Jiménez, 2015, pág. 336).

Respecto al principio de igualdad de armas, al ser Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia social, debe velar porque los mecanismos de acceso a la justicia sean brindados a las partes procesales con equidad efectiva.

1.3.3 Derechos de las víctimas

En lo concerniente a víctima, tenemos que: “Es la persona que de manera individual o colectiva ha sufrido indirectamente un daño físico, psicológico o patrimonial o un menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales a consecuencia de conductas consideradas delitos en la legislación vigente” (López Betancourt, 2017, pág. 69).

En términos generales, la víctima puede ser definida como aquella persona que ha sufrido vulneración de sus derechos con alguna conducta delictual.

Entre las víctimas, por ejemplo, del delito de violación predominan los estudiantes de escuelas primarias o secundarias, amas de casa, tal como lo demuestran estadísticas de diversos países, adicional a ello, en muchos países las víctimas son en gran mayoría de nivel socioeconómico bajo, aquí también se incluyen a los países desarrollados o considerados potencias mundiales como Estados Unidos, con 71% de casos (Leoncini, 2014, pág. 52).

Del párrafo anterior, es destacable la idea de que gran parte de las víctimas de delitos sexuales son personas vulnerables ya sea por su condición socioeconómica, por su grado de discernimiento o por el grado de poder del agresor, como el caso de profesores respecto de niños o adolescentes o jefes respecto de empleadas domésticas.

El derecho de la víctima a que se le imparta justicia es el punto de inicio respecto del cúmulo de derechos, entonces lo que importa no es solamente la restauración del orden jurídico y el bienestar social; la víctima también sufre, pues es quien resiente los efectos del delito, por esto se le debe posibilitar la reparación del daño y la sanción por su afectación (Zamora Grant, 2016, pág. 154).

De forma general se reconocen los siguientes derechos a las víctimas de delitos, especialmente a las víctimas de violencia contra la mujer y otros miembros del núcleo familiar:

- A ser tratadas con compasión y respeto por su dignidad.
- A acceder a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, a través de procedimientos expeditos, justos, poco costosos y accesibles, sobre los que recibirán información.
- A la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas. Esto implica informar a las víctimas de su papel, el desarrollo

cronológico y la marcha de las actuaciones, así como de la decisión de sus causas; permitir que las opiniones y preocupaciones de las víctimas sean presentadas y examinadas en etapas apropiadas de las actuaciones siempre que estén en juego sus intereses; prestar asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; 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; evitar demoras innecesarias en la resolución de las causas y en la ejecución de las indemnizaciones a las víctimas.

- A recibir asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria, por conducto de los medios gubernamentales, voluntarios, comunitarios y autóctonos. Para el efecto, se informará a las víctimas de la disponibilidad de servicios sanitarios y sociales y demás asistencia pertinente, y se facilitará su acceso a ellos.

- A que en la asistencia a las víctimas se preste atención a aquellas que tengan necesidades especiales por la índole de los daños sufridos o debido a factores como raza, color, sexo, edad, idioma, religión, nacionalidad, opinión política o de otra índole, creencias o prácticas culturales, situación económica, nacimiento o situación familiar, origen étnico o social, o impedimento físico (Defensoría Pública del Ecuador, 2016, págs. 69, 70).

Las víctimas gozan de protección a nivel constitucional, por tanto, la normativa y la institucionalidad de nuestro país deben orientarse o enfocarse a brindar un trato óptimo a este sector social, sin olvidar o dejar de lado los derechos de los procesados.

Por ello, la Constitución en su artículo 78 establece que a las víctimas de infracciones penales se les garantizará su no revictimización, se les protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación; además, se adoptarán mecanismos de reparación integral consistente en el conocimiento de la verdad de los hechos, restitución, indemnización,

rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 78).

La justicia en general, Juez y Fiscalía, deben evitar la revictimización, en especial cuando se trate de delitos sexuales y de violencia contra la mujer, por el respeto hacia la dignidad de las personas.

Dentro de los derechos de las víctimas, está la reparación integral. En el incidente de reparación integral se velará para que la víctima no se exponga frente a su agresor, pues sus derechos como víctima son de especial protección, el juez debe evitar la victimización secundaria o victimización institucional, que es el sufrimiento causado por las personas que se dedican a ejercer labores en la administración de justicia, se trata de impedir el segundo proceso de trauma que sufre la víctima al momento de someterse al trámite que le plantea el aparato judicial; el juez deberá garantizar lugares de espera para las víctimas, para que las mismas queden aisladas de las áreas en las que se realizan las diligencias judiciales para así evitar el contacto con el agresor y se deberá garantizar a las víctimas el acompañamiento de personal idóneo. A la víctima se la debe revestir de toda la protección posible, para que el procedimiento no se constituya en una reproducción de los hechos que implicaron su afectación, sin embargo, propugnar un mejor tratamiento de la víctima no debe entenderse como la pretensión de reducir los derechos o el tratamiento para con el procesado (Peña Cabrera, 2015, pág. 107).

En cuanto a la reparación integral su objeto no solamente es borrar o disminuir las huellas del daño o la lesión que se produjo en la víctima, sino también evitar que se repitan los mismos hechos u otros similares; que se le brinde garantías de no repetición y, especialmente crear una conciencia sólida de no repetición. El tratamiento de la reparación integral por ser un tema muy delicado, debe partir desde la realidad vivida, sufrida y padecida por las víctimas, ya sean directas o indirectas; enfocarse más a lo humano, y no ver a la persona como simple sujeto del derecho (Cueva Carrión, 2015, pág. 37).

Así las cosas, en cuanto a derecho a la reparación y a la indemnización la Corte Interamericana:

Ha determinado que (i) las reparaciones tienen que ser integrales y plenas, de tal manera que en lo posible se garantice restitutio in integrum, esto es, la restitución de las víctimas al estado anterior al hecho vulneratorio, y que (ii) de no ser posible la restitución integral y plena, se deben adoptar medidas tales como indemnizaciones compensatorias. Así mismo, (iii) la CIDH ha determinado que la reparación debe ser justa y proporcional al daño sufrido, (iv) que debe reparar tanto los daños materiales como inmateriales, (v) que la reparación del daño material incluye tanto el daño emergente como el lucro cesante, así como medidas de rehabilitación, y (vi) que la reparación debe tener un carácter tanto individual como colectivo, este último referido a medidas reparatorias de carácter simbólico [...] En relación con la indemnización, la Corte Interamericana ha establecido que (a) la indemnización debe estar orientada a procurar la restitutio in integrum de los daños causados por el hecho violatorio de los derechos humanos; (b) que en caso de imposibilidad de una restitución íntegra debe proceder el pago de una “justa indemnización” que funja como compensación de los daños; (c) que la indemnización debe compensar tanto los daños materiales como los morales; (d) que los perjuicios materiales incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante; y que (e) el daño moral “resulta principalmente de los efectos psíquicos que han sufrido los familiares”, cuya reparación debe ajustarse a los principios de equidad (Lefkaditis & Ordóñez Gómez, 2014, pág. 35).

Por ello, la reparación integral a más de ser un derecho de las víctimas, es considerada también como una pena ya que es exigible en el caso del derecho penal en todos los procesos en que exista sentencia condenatoria.

1.3.4 Derechos del procesado

El artículo 440 del COIP estipula:

Se considera persona procesada a la persona natural o jurídica, contra la cual, la o el fiscal formule cargos. La persona procesada tendrá la potestad de ejercer todos los derechos que le reconoce la Constitución, los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 440).

En el artículo 76, numeral 7 de la Constitución de nuestro país, se encuentra estipulado el derecho de las personas a la defensa con las siguientes garantías: derecho a la defensa, contar con el tiempo y medios adecuados, ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones, ser interrogado con la presencia del abogado defensor, ser asistido de forma gratuita por un traductor, principio de contradicción, prohibición de doble juzgamiento, juez imparcial, motivación, impugnación procesal (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 76).

En el artículo 5 del COIP se consideran como principios procesales: legalidad, favorabilidad, duda a favor del reo, inocencia, igualdad, impugnación procesal, prohibición de empeorar la situación del procesado, prohibición de autoincriminación, prohibición de doble juzgamiento, intimidad, oralidad, concentración, contradicción, dirección judicial del proceso, impulso procesal, publicidad, inmediación, motivación, imparcialidad, privacidad y confidencialidad y objetividad (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 5).

Oír a una persona investigada implica permitir que se defienda con propiedad, asistida por abogado, con conocimiento de todos los elementos que puedan obrar en su contra en el expediente; oírle es permitir su presencia en los interrogatorios de testigos que puedan declarar en su contra, permitirle tacharlos, contrainterrogarlos con el fin de desvirtuar sus declaraciones inculpativas por contradictorias o por falsas; oír a un procesado es darle la oportunidad de desconocer, de restar valor a los documentos que se pretenden utilizar en su contra (Salmón & Blanco, 2012, pág. 113).

En cuanto al derecho de oír al procesado, con el testimonio anticipado de las víctimas en cámara Gesell, a criterio de muchos abogados en libre ejercicio, éste es vulnerado

sobremanera; asunto que se analiza de manera más pormenorizada en el capítulo de discusión de resultados.

Adicional a ello, se suelen observar errores fundamentales en el manejo de la carga de la prueba, que contravienen los principios estipulados en el COIP, la Constitución y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. Si se considera lo que dispone el COIP en el artículo 5.3, en cuanto a que el procesado no tiene ninguna obligación de aportar pruebas que demuestren su inocencia. El artículo en mención indica sobre la duda a favor del reo, que el juzgador para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal del procesado, más allá de toda duda razonable. Son evidentes dichos errores del manejo de la carga probatoria cuando los jueces dictan prisión preventiva, argumentando que los procesados no han presentado las pruebas suficientes de su arraigo social (Krauth, 2018, pág. 15).

Si bien es cierto se debe brindar protección a la víctima, esto no significa que se deben desconocer o irrespetar los derechos que tiene el procesado o imputado.

1.4 Test de ponderación

En lo relacionado al test de ponderación se destaca que debe considerarse:

- (i) el grado de afectación de uno de los derechos en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada;
- (ii) la importancia de la satisfacción del derecho contrario, y si la satisfacción de este está en proporción con la restricción del otro (ponderación en sentido estricto) (Clérico, 2018, pág. 179).

En ese mismo sentido, existe el criterio de interpretación jurídico expuesto por Robert Alexy: la ponderación de los derechos. El test de razonabilidad de Alexy indica que frente a una colisión de derechos se debe aplicar dicho test que consiste en interpretar la debida aplicación de un principio sobre otro, analizando la idoneidad de la solución objetiva,

necesidad del sacrificio de un principio en beneficio de otro y proporcionalidad de la solución propuesta. La idoneidad se refiere a categorías lógicas de interpretación, mientras que la necesidad de sacrificio de un principio debe ser fundamentada desde el punto de vista objetivo y racional, ya que se debe verificar que no hay otra solución posible a dicho conflicto, y en la proporcionalidad se debe determinar cuál es el peso abstracto de cada principio fundamental desde el punto de vista de los valores establecidos en la sociedad (Lizcano Amézquita, 2014, pág. 346).

En contraste con el párrafo precedente, Atienza aporta la siguiente idea sobre la ponderación:

En efecto, en la ponderación que lleva a cabo un órgano judicial (dejo pues, de lado la ponderación legislativa) se pueden distinguir dos pasos.

En el primero –la ponderación en sentido estricto- se pasa del nivel de los principios al de las reglas: se crea, por tanto, una nueva regla no existente anteriormente en el sistema de que se trate. Luego, en un segundo paso, se parte de la regla creada y se subsume en ella el caso a resolver. Lo que podría llamarse la “justificación interna” de ese primer paso es un razonamiento con dos premisas. En la primera se constata simplemente que, en relación con un determinado caso, existen dos principios (o conjuntos de principios) aplicables, cada uno de los cuales llevaría a resolver el caso en sentidos entre sí incompatibles. En la segunda premisa se establece que, dadas tales y cuales circunstancias que concurren en el caso, uno de los dos principios derrota al otro, tiene un mayor peso. Y la conclusión vendría a ser una regla general que enlaza las anteriores circunstancias con la consecuencia jurídica del principio prevaleciente: por ejemplo, si se dan las circunstancias X, Y y Z, entonces la conducta C está permitida (Moreso, 2017, págs. 208-209).

Para el doctrinario Manuel Atienza la ponderación consiste en una actividad racional, mediante la cual se puede pasar de dos principios a cierta regla que da preferencia a uno de los principios, es decir, uno de éstos es el que vence (Núñez Vaquero, 2017, pág. 247).

Además, respecto de la figura de la ponderación se considera lo siguiente:

El resultado de una ponderación es una regla que identifica una serie de propiedades como relevantes y que califica jurídicamente el caso. Esto se hace mediante el bien conocido juicio de proporcionalidad, el cual incluiría el test de necesidad, idoneidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. En breve: el test de necesidad intenta establecer si la limitación de un principio es necesaria para poder dar satisfacción al otro; el test de idoneidad pretende determinar si la restricción es un instrumento eficaz para dar satisfacción al otro principio; el test de proporcionalidad en sentido estricto pretende establecer el peso de cada uno de los principios y su nivel de afectación (Núñez Vaquero, 2017, págs. 247-248).

En el ámbito del derecho penal internacional, respecto de la ponderación en casos de violencia sexual se concibe lo siguiente:

La ponderación especial del derecho a las víctimas de estos hechos, a no ser revictimizadas en juicio; el acceso a un recurso efectivo que garantice la reparación integral de los perjuicios causados, así como la prohibición no imponer cargas probatorias adicionales como resultado de la omisión y/o negligencia de los Estados a la hora de conducir las investigaciones en jurisdicción interna. Sin embargo, su implementación supone garantizar al sujeto activo, en la igualdad procesal probatoria, el debido proceso, el derecho de contradicción, la presunción de inocencia, la imparcialidad judicial de la motivación de la providencia judicial por parte del operador jurídico.

Se considera entonces necesario, que la prueba indiciaria sea ponderada en conjunto con otras pruebas que se pueden denominar “pruebas de refuerzo”, que permitan

mantener un equilibrio real entre los derechos de las víctimas, el debido proceso y las garantías judiciales, ya sea del Estado (violación a una obligación de índole convencional) o de la persona a quien se le imputa la conducta punible en la órbita del Derecho Penal Internacional (Rodríguez Bejarano, 2011, pág. 24).

En contraste con el inciso anterior, es relevante que en los delitos sexuales a más del testimonio anticipado de la víctima, se valore la prueba en conjunto, para reforzar la decisión judicial y así evitar sentencias injustas.

Capítulo dos

Diseño metodológico

2.1 Metodología de estudio

Se trató de una investigación cualitativa y socio-jurídica, ya que se encargó del estudio de la funcionalidad del derecho objetivo mediante el análisis general de los delitos sexuales, la legislación ecuatoriana y peruana en torno al tema investigativo, los derechos de las víctimas, los derechos del procesado y el debido proceso en relación con el principio de igualdad de armas en el testimonio anticipado.

Además, la presente investigación se caracterizó por aplicarse el método analítico-sintético ya que su enfoque fue la aplicabilidad del principio de igualdad de armas en relación con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales en el contexto ecuatoriano y peruano, que necesitaron descomponerse en sus estructuras para caracterizarlas.

Las fuentes de información que se emplearon para el desarrollo del trabajo de investigación fueron primarias como: libros, cuerpos normativos, revistas científicas y testimonios de expertos en entrevistas a través de medios telemáticos como la herramienta *Zoom*. Los criterios de búsqueda de información fueron por palabras claves como “principio de igualdad de armas”, “testimonio anticipado”, “delitos sexuales”, también se empleó el criterio de sectorización de fuentes ecuatorianas y peruanas.

Una vez que se recopiló la información bibliográfica de la temática de estudio en la biblioteca digital de la Universidad Técnica Particular de Loja, en internet y en libros propios, se la seleccionó y depuró mediante el uso de fichas técnicas; los datos relevantes de la legislación ecuatoriana y peruana, como criterios doctrinarios y jurisprudencia aplicada en la decisión judicial fueron recogidos en fichas técnicas; la aplicación de las entrevistas a una fiscal, un juez penal y dos abogados en libre ejercicio con la correspondiente guía de observación se la realizó en el término de 1 semana. En lo relacionado al protocolo que se siguió para plasmar el criterio de las personas entrevistadas fue que su respectivo

consentimiento a la reproducción de sus ideas quedó recogido en audio y video de la herramienta *Zoom* y para proteger los derechos de las personas involucradas en la investigación, al tratarse de delitos sexuales por cuanto los mismos son de carácter reservado, se trabajó con el uso de codificación y puntos suspensivos y se hizo alusión a las generalidades de los casos expuestos.

Mediante el siguiente cuadro se exponen los métodos, técnicas e instrumentos que fueron aplicados por cada objetivo de la investigación planteada, mismos que fueron modificados en cuestiones de forma a como constaban en el plan de tesis, en virtud de las herramientas digitales disponibles:

Tabla 1

Métodos, técnicas e instrumentos por cada objetivo planteado

Objetivos específicos	Método	Técnicas e Instrumentos
a) <i>Analizar el empleo de la cámara de Gesell en la recepción del testimonio anticipado y su incidencia con la no revictimización.</i>	<i>Cualitativo</i>	<p>Técnica: <i>Análisis de contenido entre el uso de la cámara de Gesell y la no revictimización en las personas agredidas sexualmente.</i></p> <p>Instrumento: <i>Tablas comparativas Protocolo de Cámara Gesell de Ecuador y Perú.</i></p>
b) <i>Determinar, a partir de un estudio casuístico, si existe o no vulneración a los derechos del procesado, con la recepción del testimonio anticipado en las víctimas de delitos sexuales.</i>	<i>Cualitativo</i>	<p>Técnica: <i>Entrevistas estructuradas respecto de los derechos del procesado con la recepción del testimonio anticipado en las víctimas de delitos sexuales, dirigidas a juez penal, a fiscal y abogados en libre ejercicio. Estudio casuístico dentro del contexto ecuatoriano y peruano.</i></p> <p>Instrumento: <i>Guía de observación, fichaje.</i></p>

c) *Comparar la legislación Comparativo ecuatoriana y peruana respecto a la utilización del testimonio anticipado por parte de víctimas de delitos sexuales.*

Técnica: *Estudio comparado de legislaciones de 2 países: Ecuador y Perú.*

Instrumento: *Fichaje.*

Nota: Se tomó como guía el plan de tesis elaborado por la autora

2.2 Recursos humanos, financieros y materiales

2.2.1 Recursos Humanos

Los recursos humanos con los cuales se contó en la investigación fueron: el asesor del centro universitario quien brindó apoyo técnico para el desarrollo del trabajo investigativo y la persona investigadora del tema.

2.2.2 Recursos Financieros

Se empleó un presupuesto de 991,00 dólares para el desarrollo y culminación exitosa de la investigación, desglosados de la siguiente forma:

Tabla 2

Recursos Financieros

Categoría General	Detalle	Valor Unitario	Total
<i>Adquisición de material bibliográfico</i>	<i>Libro sobre delitos sexuales</i>	<i>USD 200</i>	<i>USD 400</i>
	<i>Libro sobre testimonio anticipado</i>	<i>USD 200</i>	
<i>Suministros de oficina</i>	<i>Hojas</i>	<i>USD 60</i>	<i>USD 91</i>
	<i>Esferográficos</i>	<i>USD 5</i>	
	<i>Lápices</i>	<i>USD 4</i>	
	<i>Cuadernos</i>	<i>USD 5</i>	
	<i>Libretas</i>	<i>USD 7</i>	
	<i>Carpetas</i>	<i>USD 5</i>	
	<i>Perforadora</i>	<i>USD 5</i>	

<i>Impresiones y anillados</i>	<i>Impresiones</i>	<i>USD 300</i>	<i>USD 320</i>
	<i>Anillados</i>	<i>USD 20</i>	
<i>Internet</i>	<i>Internet Cuota Mensual</i>	<i>USD 30 x 6 meses</i>	<i>USD 180</i>

Nota: Se tomó como guía el plan de tesis elaborado por la autora

2.2.3 Recursos Materiales

Los materiales con los cuales se contó para el desarrollo de la investigación fueron: computador portátil, mouse, impresora, servicio de internet, pen drive o memoria USB, celular, suministros de oficina tales como hojas, esferográficos, lápices, cuadernos, libretas, carpetas, perforadora, y también instalaciones físicas donde se realizó el trabajo investigativo, es decir, un lugar apto para estudio, dotado de escritorio, silla, buena luminosidad con focos y lámparas, entre otros.

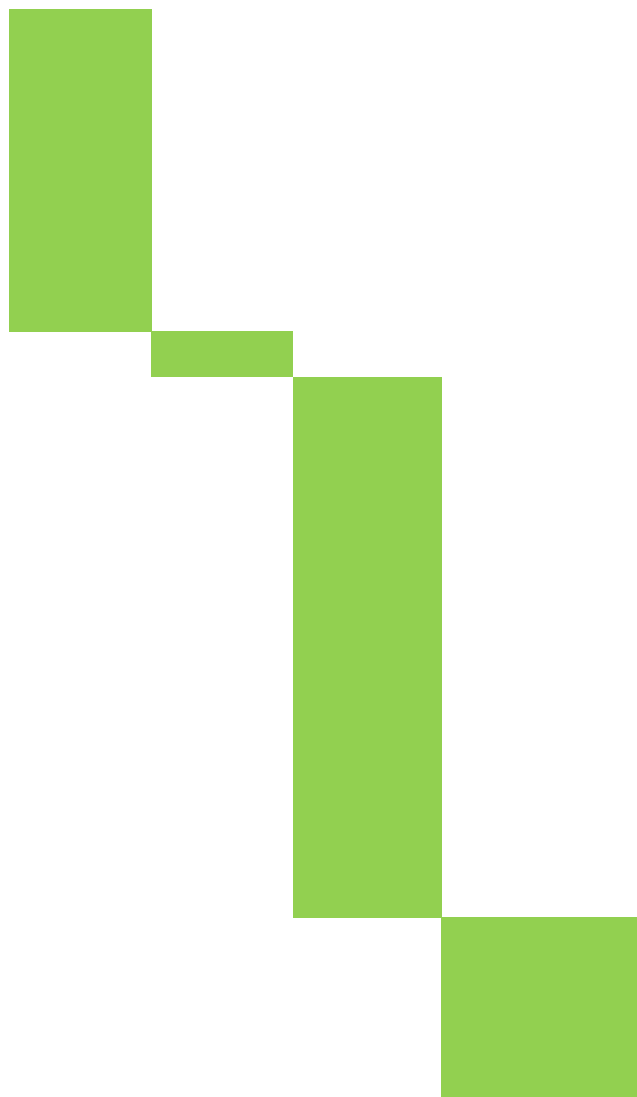
2.3 Cronograma de Trabajo

Tabla 3

Cronograma de trabajo

<i>Actividades</i>	<i>2020</i>					
	<i>Abril</i>	<i>Mayo</i>	<i>Junio</i>	<i>Julio</i>	<i>Agosto</i>	<i>Septiembre</i>
<i>Correcciones y aprobación del proyecto de tesis</i>						
<i>Inicio con el desarrollo de la tesis</i>						
<i>Parte preliminar</i>						
<i>Resumen-Abstract</i>						
<i>Introducción</i>						
<i>Descripción</i>						
<i>Antecedentes</i>						
<i>Justificación</i>						
<i>Logro de objetivos</i>						
<i>Formulación de hipótesis</i>						

*Recopilación de
 información bibliográfica
 Selección y depuración
 de información mediante
 fichas técnicas
 Desarrollo de Capítulo I
 Desarrollo de Capítulo II
 Desarrollo de Capítulo III
 Aplicación de entrevistas
 y análisis de resultados
 Conclusiones y
 Recomendaciones
 Bibliografía
 Anexos
 Presentación preliminar
 de la tesis
 Revisión metodológica
 Revisión de contenido
 Correcciones solicitadas
 Presentación de trabajo
 final
 Defensa y disertación de
 la tesis*



Nota: Se tomó como guía el plan de tesis elaborado por la autora

Capítulo tres

Discusión de resultados y análisis

3.1 Estudio comparativo de sentencias

En el contexto ecuatoriano es importante destacar lo que se señala a continuación: Nuestro sistema penal, permite el testimonio anticipado de la víctima de violencia en la Indagación Previa, para ello, conforme a lo estatuido en la ley, se deberán respetar los principios de inmediación y contradictorio, en coherencia con el derecho a la defensa. Este reconocimiento no hace más que desarrollar la prohibición de la revictimización secundaria. (Ramírez Romero & Tello S., 2017, pág. 111)

Tabla 4

Cuadro comparativo de sentencias

Criterio	Sentencias Contexto Ecuatoriano	Sentencias Contexto Peruano
Descriptivo		
Nro. de Sentencias Analizadas	06	08
Casos Analizados	06 Delitos sexuales	06 Delitos sexuales 02 Casos civiles (Principio de igualdad de armas)
Criterios Relevantes	<p><i>El testimonio de la víctima en delitos sexuales tiene que apreciarse en una hermenéutica probatoria mediante un ejercicio de confrontación con los demás medios de prueba, existe doctrina de las cautelas a las que debe ser sometido el testimonio de las víctimas de delitos sexuales.</i></p> <p><i>El testimonio anticipado receptado en cámara de Gésell, permite que la víctima precautele su derecho a la no revictimización; derechos que al entrar en colisión y desde una óptica de ponderación frente a principios como la contradicción, legalidad, inclusive el derecho a la defensa y el debido</i></p>	<p><i>No se tomó en consideración la declaración que la menor agraviada brindo en cámara Gesell, pues en esta se retracta de las imputaciones que inicialmente realizó contra el procesado.</i></p> <p><i>Que el acta de entrevista única realizada a la menor en la cámara Gesell acredita la inocencia del procesado, de la valoración efectuada en el proceso existen dudas razonables sobre la responsabilidad y la culpabilidad del encausado.</i></p>

proceso, se erija y sea considerado por los juzgadores.

El testimonio urgente es una prueba relevante que debe ser valorada en conjunto con el resto de pruebas controvertidas en el momento procesal indicado.

La declaración de la persona ofendida por un delito sexual por sí sola no constituye prueba.

En las infracciones contra la integridad sexual, la prueba madre es el testimonio, ya que permite esclarecer los acontecimientos suscitados, pero se deben brindar los mecanismos que permitan a todos los sujetos procesales ejercer sus derechos, y contradecir en el momento procesal oportuno.

Se desvirtúa la presunción de inocencia del procesado con la versión inicial de la menor agraviada, brindada de forma espontánea y con las garantías del caso, llevada a cabo en cámara Gesell, misma que observa relación de identidad con los datos objetivos descritos en las conclusiones a las que se arribaron en el certificado médico legal.

Que no se consideraron las declaraciones de la niña en calidad de víctima en la Cámara Gesell, el Certificado Médico Legal practicado a la menor de edad, las fotografías en la que aparecen las marcas en el cuello que acreditan que la niña fue víctima de tocamientos indebidos, el mérito de la Opinión Fiscal que solicita se declare nula la sentencia por defectos en su motivación, el Informe Psicológico y la Pericia Psicológica.

La defensa del procesado planteó tesis del error de tipo invencible. La adolescente víctima prestó su declaración a nivel fiscal reconociendo que mantuvo una relación sentimental de enamorados con el infractor, hecho en el que ambos estaban de acuerdo y que los encuentros sexuales se realizaron con su consentimiento. Posteriormente, al declarar en la Cámara Gesell corroboró dicha versión.

Todos los requisitos establecidos para la práctica del testimonio urgente, tienen como finalidad básica, el precautelar un derecho fundamental de quien participa como contraparte de aquel sujeto procesal que propone la actuación del medio de prueba anticipado, esto es la contradicción.

Que la responsabilidad del adolescente procesado se ha probado con la declaración de la niña en calidad de víctima en cámara Gesell visualizada en la audiencia de esclarecimiento de hechos, y con el Reconocimiento Médico Legal.

Las partes deben tener igualdad de armas en un equilibrio procesal que legitima la posibilidad legal de aplicar en estricta justicia, el principio de equidad. El derecho de igualdad de armas constituye un componente del debido proceso que busca garantizar que las partes del proceso detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar.

Resultados de las Sentencias respecto de Delitos Sexuales	<i>1 improcedencia del recurso de casación fiscal, 4 improcedencias del recurso de casación del procesado (s), 1 aceptación del recurso de casación propuesto por la acusadora particular y la Fiscalía General del Estado.</i>	<i>2 improcedencias del recurso de agravio constitucional presentadas por el procesado, 2 improcedencias del recurso de casación del procesado, 1 improcedencia del recurso de casación de la víctima, 1 aceptación del recurso de casación interpuesto por el procesado.</i>
--	---	---

Nota: En base a sentencias de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Corte Suprema de Justicia y Tribunal Constitucional de Perú. Págs. 57-72

El cuadro comparativo de sentencias en el contexto ecuatoriano y peruano precedente, permite establecer que el principio de igualdad de armas debe permitir un equilibrio procesal a las partes, sin embargo, se puede dilucidar de que han habido casos en que la víctima se retracta de su imputación contra el procesado en su testimonio anticipado en cámara Gesell, ante los cuales los jueces no toman en consideración dicha retractación, casos que permiten evidenciar una clara vulneración de los derechos del procesado.

También, entre los criterios relevantes de las sentencias se puede destacar que el testimonio de la víctima en delitos sexuales tiene que apreciarse mediante confrontación con los demás medios de prueba, solamente así se podrá garantizar una efectiva igualdad de armas, sin descontextualizar la funcionalidad de la cámara Gesell.

En cuanto a los resultados de las sentencias analizadas en relación a delitos sexuales, las improcedencias del recurso de casación interpuestas por el procesado o procesados fueron las imperantes, ante lo cual sería importante que los jueces hagan constar un test de ponderación aplicado a las circunstancias de cada caso, desde las sentencias de primer nivel, para que las partes procesales tengan claro los criterios jurídicos aplicados.

3.2 Protocolo de la cámara Gesell

En el contexto ecuatoriano, el protocolo para el uso de la cámara de Gesell contempla:

Regular el procedimiento para el uso de la Cámara de Gesell en los órganos jurisdiccionales en los cuales se encuentre implementada, a fin de optimizar el funcionamiento y la calidad del servicio de justicia a favor de las personas que lo requieran, evitando la revictimización y un nuevo maltrato psicológico. (Consejo de la Judicatura, 2014, pág. 5)

Además, dicho protocolo establece lo siguiente: “Las diligencias que requieran el uso de la Cámara de Gesell, se realizarán con sujeción a los principios de intermediación, celeridad, confidencialidad; y, principios y reglas del debido proceso” (Consejo de la Judicatura, 2014, pág. 5).

En el contexto peruano, el protocolo de entrevista única para niñas, niños y adolescentes, en Cámara Gesell considera:

La entrevista en la Cámara Gesell es una diligencia judicial que tiene como finalidad registrar la declaración de la niña, niño o adolescente, evitando así la revictimización y sus efectos en la víctima y/o testigo. Asegura la posibilidad de que dicha entrevista

sea grabada en audio y video, sea obtenida por única vez y con las garantías correspondientes... (Poder Judicial del Perú. Consejo Ejecutivo, 2019, pág. 2)

...Conforme al Código de los Niños y Adolescentes y a leyes especiales, se reconoce la capacidad jurídica de las niñas, niños y adolescentes como titulares de todos los derechos. Así, cuentan con autonomía progresiva suficiente que les permite dar su declaración en los procesos en que participan o se encuentran involucrados, en un ambiente amigable y privado que proteja su integridad psicológica. (Poder Judicial del Perú. Consejo Ejecutivo, 2019, pág. 2)

Tabla 5

Cuadro comparativo Protocolo Cámara Gesell

Criterio	Protocolo Cámara Gesell Ecuador	Protocolo Cámara Gesell Perú
Descriptivo		
Objeto Principal	<i>Evitar la revictimización.</i>	<i>Evitar la revictimización.</i>
Principios	<i>Inmediación, celeridad, confidencialidad, debido proceso.</i>	<i>Asistencia, autonomía progresiva, confidencialidad, diligencia excepcional, especialidad y profesionalización, intermediación, interés superior de la niña, niño y adolescente; intimidad y privacidad, justicia comprensible, no revictimización, participación y a ser escuchado/a.</i>
Conformación	<i>Está conformada por dos habitaciones estructuralmente separadas con un vidrio-espejo unidireccional con dos áreas: área de entrevista y área de observación o reconocimiento.</i>	<i>Está conformada por dos habitaciones con una pared divisoria en la que hay un espejo de visión unidireccional, que permite ver desde una de las habitaciones (Sala de Observación) lo que ocurre en la otra (Sala de Entrevista).</i>
Procedimiento para el Uso de la Cámara Gesell como Sala de Testimonios	<i>Se deben verificar los siguientes pasos previos: El responsable de Tecnologías de la Información y Comunicación deberá preveer que las instalaciones estén a disposición del solicitante, revisando que los equipos</i>	<i>El responsable de la cámara Gesell deberá solicitar las identificaciones a los participantes, antes del ingreso a la cámara Gesell deben dejar sus teléfonos y equipos tecnológicos. La niña, niño o adolescente y el</i>

de grabación de audio y video se encuentren en pleno funcionamiento, el secretario del proceso judicial se encargará de verificar con los documentos habilitantes que se encuentren presentes todas las personas autorizadas para la diligencia, el secretario debe vigilar que al ingreso de las personas en la cámara Gesell no coincidan víctima y procesado, el secretario una vez ubicadas las personas autorizadas indicará el Protocolo para el uso de la cámara Gesell, el psicólogo o psiquiatra deberá informar a la víctima y al procesado respecto de la diligencia a practicarse, al tratarse de niños, adolescentes o personas con discapacidad deben ingresar con su representante legal o con el funcionario de la DINAPEN o una persona autorizada por el juez o fiscal. El juez da inicio a la diligencia, luego concederá la palabra al fiscal y al defensor, las preguntas que formulen éstos deben ser dirigidas al juez, el juez dispone la procedencia o no de las preguntas, en caso de que procedan el juez mediante el intercomunicador transmitirá las preguntas al psicólogo quien a su vez transmitirá a la víctima, excepcionalmente en caso de que la víctima entre en crisis el psicólogo puede solicitar al juez la suspensión de la diligencia, el juez preguntará al fiscal y al defensor si ya no hay más preguntas, en caso de no haberlas se da por terminada la diligencia, se elabora un acta resumen a cargo del psicólogo ingresarán a la sala de entrevista, después de que el resto de participantes ingresen a la sala de observación, el psicólogo se presenta ante el niño o adolescente e inicia la entrevista, misma que se graba en audio y video, si surgen motivos que impidan el desarrollo de la diligencia se suspenderá y se reprogramará. El juez en coordinación con el psicólogo verificará que las preguntas formuladas estén en concordancia con la situación particular de la víctima, con la anuencia del juez, el psicólogo cerrará la entrevista; y después realizará la evaluación psicológica forense. Los participantes deben suscribir el acta correspondiente elaborada por el servidor jurisdiccional, y el profesional de soporte técnico deberá guardar el audio y video en un medio de grabación. Cuando la ley prevea que el juez puede practicar una diligencia de declaración ampliatoria de la niña, niño o adolescente en los casos que requiera aclarar algún punto de la declaración, la entrevista deberá ser realizada preferiblemente por el mismo psicólogo que practicó la anterior entrevista.

secretario igualmente suscrita por el juez.

Nota: En base a Protocolos Cámara Gesell de Ecuador y Perú

En ambas legislaciones ecuatoriana y peruana es considerado el testimonio anticipado para víctimas de delitos sexuales, mismas que contemplan que dicho testimonio debe ser evacuado con las mismas garantías que las pruebas practicadas en la audiencia de juicio.

En cuanto a los protocolos de la Cámara Gesell tanto el ecuatoriano como el peruano garantizan el respeto por el derecho a la no revictimización, al principio de inmediación y demás reglas del debido proceso, tal como lo demuestra el contenido de la tabla 5 “Cuadro comparativo Protocolo Cámara Gesell”, páginas 40-42 del presente trabajo.

Respecto de la parte casuística ecuatoriana, peruana y criterios de los entrevistados, los puntos comunes en relación con el tema de la presente investigación fueron los siguientes:

- En infracciones que atentan contra la integridad sexual, la prueba madre es el testimonio, pues permite esclarecer los acontecimientos suscitados, porque la víctima en muchos casos, sino en todos, es la única que conoce los sucesos, como lo contemplado en la ficha 5, páginas 61-63 de la presente investigación y entrevista plasmada en la página 87.
- Que para que el testimonio de las víctimas de delitos sexuales sea efectivo debe cumplir con ciertas cautelas consideradas por la doctrina española, tal como está contemplado en la ficha 1, páginas 57-58 y entrevistas plasmadas en las páginas 76, 77, 78, 82 y 88 del presente trabajo investigativo; dichas cautelas se refieren a la ausencia de incredulidad subjetiva, es decir derivada de las relaciones existentes entre el denunciante y el procesado, o entre la víctima y el procesado, que puedan derivar cuestiones espurias o de resentimiento, de venganza;

existencia de verosimilitud, es decir, el testimonio de la víctima para que constituya prueba relevante tiene que estar corroborado con otros elementos de prueba objetivos como por ejemplo valoraciones médico legales, valoraciones psicológicas; y persistencia en la incriminación.

Respecto a las entrevistas realizadas los puntos comunes de la fiscal y el juez penal fueron: Que el principio de igualdad de armas y el derecho a la defensa que tiene el procesado, ante la recepción de testimonios anticipados de víctimas de delitos sexuales en Cámara Gesell, son garantizados con la presencia de su abogado defensor público o privado, constante en páginas 75, 81 y 82.

Los puntos comunes de los abogados penalistas en libre ejercicio son: Que el derecho de igualdad de armas constituye un componente del debido proceso que busca garantizar que las partes del proceso detenten las mismas oportunidades de alegar o probar. El valor probatorio del testimonio anticipado de las víctimas en delitos sexuales es altamente incriminatorio y que se debe pensar en empleo de medios telemáticos o del biombo para que el procesado pueda ejercer su derecho a la contradicción de manera efectiva, la entrevista de estos profesionales del derecho se encuentra plasmada en las páginas 83-89.

Los puntos discrepantes de los abogados en libre ejercicio fueron los siguientes:

Un abogado penalista en libre ejercicio refirió:

Con la no presencia del procesado en la diligencia del testimonio anticipado de la víctima, no necesariamente se vulneran los principios procesales de contradicción y de igualdad de armas, ya que el procesado puede conceder la procuración judicial para que un abogado le represente dentro de esta diligencia, pero que como abogados litigantes no tienen intermediación directamente con la o el testigo principal de un delito de carácter sexual, en este caso la víctima, claro que existe el principio de no revictimización, derecho que le favorece a la víctima; pero les falta el derecho de contra examinar de manera directa a la víctima.

El otro abogado penalista en libre ejercicio refirió:

Sería necesario la presencia del procesado, para que tenga derecho a ejercer la defensa material, que es la que él puede realizarla a través de su persona, y, más aún, cuando es quien sabe en qué circunstancias se ha presentado el hecho que es materia del proceso que se lleva en su contra, que es quién debe informar al abogado para que pueda ejercer la defensa técnica efectiva y eficiente como manda la Constitución, entonces se vulneraría el debido proceso en la garantía básica del derecho a ser escuchado.

Al analizar los puntos comunes y discrepantes de los expertos, la suscrita en calidad de investigadora puede establecer que el derecho a la defensa que tiene el procesado se garantiza mediante la intervención técnica de su abogado defensor público o privado, tal es el caso que el sistema judicial peruano considera que aún cuando no se conozca la identidad del imputado, debe contarse con un abogado que presencie los actos del fiscal; por cuanto sólo así el principio de igualdad de armas será efectivo con una confrontación entre las partes procesales.

3.3 Contrastación de la hipótesis

La investigación estuvo orientada a responder a la siguiente interrogante: ¿La restricción al principio de igualdad de armas, en el contexto del testimonio anticipado por parte de víctimas de delitos sexuales, supera el test de ponderación?

A criterio de la suscrita en calidad de investigadora, y luego de los resultados obtenidos mediante aplicación de entrevistas y estudio casuístico en el contexto ecuatoriano y peruano, se pudo determinar que el testimonio anticipado de las víctimas en delitos sexuales mediante Cámara Gesell logra superar el test de ponderación, con lo cual queda evidenciado que con el testimonio anticipado no existe una restricción ilegítima del principio de igualdad de armas, sin embargo; hay que tener en cuenta algunos aspectos para que su funcionamiento sea idóneo y tutele la finalidad probatoria del proceso, como los siguientes:

Es necesario tener presente que el Fiscal tiene la obligación jurídica de investigar y recabar tanto elementos de cargo como de descargo dentro de una investigación procesal penal, sin embargo, a criterio de algunos abogados en libre ejercicio como los abogados penalistas entrevistados; en ciertos casos los fiscales hacen preguntas sugestivas a las víctimas que rinden su testimonio de forma anticipada lo cual vulnera evidentemente los derechos del procesado, por tanto, los agentes fiscales deben manejarse y desenvolverse con un criterio de objetividad.

Los jueces deben ser imparciales, a tal punto que al momento de realizar la valoración probatoria del testimonio anticipado deben comprobar la existencia de concordancia periférica, un test que sirve para evitar que el testimonio anticipado pase por pasar, tomando en cuenta lo manifestado por el juez del tribunal de garantías penales según se hace constar en la página 82 de la entrevista realizada; es decir, se debe analizar la prueba en su conjunto como el testimonio, la valoración ginecológica o proctológica, pruebas genéticas de ADN, valoración psicológica, el entorno social, reconocimiento del lugar de los hechos, entre otros.

Que el ordenamiento jurídico ecuatoriano contemple la posibilidad de una declaración ampliatoria respecto del testimonio anticipado, tal como lo considera el protocolo de Cámara Gesell peruano, es decir, cuidando su objeto principal de evitar la revictimización y tomando en cuenta los principios procesales para las partes.

La hipótesis planteada ha sido solventada con la investigación de campo como entrevistas realizadas a expertos en el tema y con el análisis de los protocolos de Cámara Gesell tanto el ecuatoriano como el peruano, en el sentido que habría que hacerse un test de proporcionalidad para ver la posibilidad de que regrese la víctima de determinado delito sexual a aclarar su testimonio, porque a veces lo que hay que clarificar son cosas que podrían significar la absolución del procesado, o cosas que podrían también significar el condenar a un inocente; en este caso el protocolo peruano sí contempla la declaración ampliatoria de la niña, niño o adolescente cuando el juez requiera aclarar, complementar o precisar algún

punto, sin dejar de considerar el derecho a la no revictimización, puesto que la entrevista deberá ser realizada preferentemente por el mismo psicólogo que realizó la entrevista anterior, siguiendo los lineamientos del protocolo, de acuerdo a lo plasmado dentro del capítulo V, en el numeral 5.13 del protocolo de entrevista única para niñas, niños y adolescentes en Cámara Gesell de Perú. Lo que permite determinar que al ordenamiento jurídico ecuatoriano le hace falta contemplar la posibilidad de una declaración ampliatoria respecto del testimonio anticipado para que el derecho a la defensa que tiene el procesado pueda ser más efectivo, sin dejar de garantizar y precautelar el derecho a la no revictimización del que gozan las víctimas.

Además, mediante el respectivo estudio de casos así como con los criterios de expertos en el tema mediante la entrevista aplicada, se pudo determinar que la valoración del testimonio anticipado de las víctimas en delitos sexuales mediante Cámara Gesell no es prueba plena, ya que tiene necesariamente que apreciarse en una correcta hermenéutica probatoria mediante un ejercicio de confrontación con los demás medios de prueba aportados al proceso.

Tanto en la realidad procesal ecuatoriana como peruana se puede denotar que el testimonio anticipado es contemplado como un medio probatorio excepcional, y que las legislaciones de ambos países analizados refieren que con el testimonio anticipado se cumple el debido proceso, el principio de igualdad de armas para las partes procesales, el principio de contradicción; y al momento de realizar un estudio de la jurisprudencia aplicada se logra inferir que el valor probatorio dado al testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales es determinante.

El testimonio anticipado en Cámara Gesell como medio de prueba se puede constituir en ilícito, al momento de violar el debido proceso, cuando no se garantice el principio de igualdad de armas de los sujetos procesales y su derecho a la contradicción.

Conclusiones

El testimonio anticipado por parte de víctimas de delitos sexuales supera el test de ponderación, quedando evidenciada la no existencia de una restricción ilegítima al principio de igualdad de armas para las partes procesales.

El empleo de la cámara Gesell en la recepción de testimonios anticipados de víctimas de delitos sexuales, protege sobremanera el derecho a la no revictimización, sin embargo; los protocolos respecto de su manejo tanto el ecuatoriano como el peruano garantizan un debido proceso.

El empleo de la cámara Gesell es cuestionable por parte de los abogados defensores de los procesados, en cuanto a la vulneración de los derechos del procesado, especialmente en lo relacionado al derecho de contradicción e inmediación respecto de la prueba.

La valoración probatoria del testimonio anticipado en delitos sexuales es determinante, debido a la naturaleza del cometimiento de esta clase de delitos los cuales por lo general se cometen sin presencia de testigos más que la propia víctima.

Tanto la legislación ecuatoriana como peruana consideran como eje central que el testimonio anticipado debe ser evacuado con las mismas garantías que las pruebas practicadas en la audiencia de juicio.

Recomendaciones

Los jueces penales al momento de emitir sus respectivas sentencias en casos de delitos sexuales deberían hacer constar necesariamente un test de ponderación, por cuanto en un proceso penal tanto víctima como procesado deben contar con las mismas oportunidades para alegar su defensa, ya que está en juego la condena de un inocente o la libertad de un sujeto que ha cometido una conducta reprochable.

Los sistemas de administración de justicia de diversos países deberían buscar mejoras a las herramientas de las cuales disponen como la cámara Gesell para lo cual sería importante la revisión y modificación de sus respectivos protocolos de uso, así como optar por herramientas nuevas como los medios telemáticos, que garanticen una igualdad de armas de manera efectiva.

Como existe inconformidad por parte de los abogados defensores de los procesados respecto a la cámara Gesell, sería conveniente que los abogados en libre ejercicio presenten propuestas por escrito al Consejo de la Judicatura de posibles mecanismos idóneos para la recepción de testimonios en casos de delitos sexuales, mismas que deben ser debatidas y analizadas por parte de todos los sujetos procesales, en pro de un debido proceso.

Como la valoración probatoria del testimonio anticipado en delitos sexuales es determinante, se debería considerar la posibilidad de que este anticipo probatorio sea rendido ante los jueces del tribunal de garantías penales competente, con las respectivas reformas que ello implicaría.

Debido a que la legislación ecuatoriana como peruana contemplan que el testimonio anticipado debe ser evacuado con las mismas garantías que las pruebas practicadas en la audiencia de juicio, el abogado defensor del procesado debe ejercer una defensa técnica a cabalidad, al punto de solicitar nulidades cuando el caso lo amerite; para no dejar en la indefensión al procesado, pues en el derecho penal se juega con la libertad de las personas.

Referencias

- Albán Gómez, E. (2016). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*. Ediciones Legales.
- Araujo Granda, M. P. (2009). *Consultor Penal*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Arcila Rivera, A. (2014). *Comportamiento Sexual: entre la biología, la moral y el derecho*. Universidad de Caldas.
- Balmaceda Hoyos, G. (2014). *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*. Librotecnia.
- Benavente Chorres, H. (2015). *La construcción de los interrogatorios desde la teoría del caso*. J.M. Bosch Editor.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. (2015). *Violencia sexual contra la infancia: el avance legislativo y sus desafíos*. Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Canales Cortés, L. A., Duarte Delgado, E., & Cuarezma Terán, S. J. (2018). *El debido proceso como un derecho humano*. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica INEJ.
- Carretta Muñoz, F. (2018). Luces y sombras de las cámaras Gesell en la justicia de familia chilena: estudio a partir de un análisis empírico. *Revista CES Derecho*, 9(1), 118-142. doi:<https://doi.org/10.21615/4689>
- Caso V.R.P., V.P.C. y Otros vs. Nicaragua, Sentencia de 08 de marzo de 2018 (08 de 03 de 2018).
- Castaño Reyero, M. J., Correa Da Silva, W., Giménez-Salinas Framis, A., González Cano, M. I., Lenis Sanin, K. G., Luaces Gutiérrez, A. I., . . . Villacampa Estiarte, C. (2019). *La tutela de la víctima de trata: Una perspectiva penal, procesal e internacional*. (J. Martín Ostos, & P. Martín Ríos, Edits.) Bosch Editor.
- CEJIL Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. (2016). *Sumarios de Jurisprudencia. Igualdad y No Discriminación* (actualizada ed.).

- Clérico, L. (2018). *Derechos y proporcionalidad: violaciones por acción, por insuficiencia y por regresión. Miradas locales, interamericanas y comparadas*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Consejo de la Judicatura. (15 de 07 de 2014). Protocolo para el Uso de la Cámara de Gesell. Resolución 117-2014. Quito, Ecuador.
- Contreras, J. M., Guedes, A., & Dartnall, E. (2010). *Violencia sexual en Latinoamérica y el Caribe: análisis de datos secundarios. Iniciativa de Investigación sobre la Violencia Sexual*.
- Cueva Carrión, L. (2015). *Reparación integral y daño al proyecto de vida. Con especial referencia al COIP*. Ediciones Cueva Carrión.
- Defensoría Pública del Ecuador. (2016). *Protocolo para la actuación del Defensor Público en los casos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar*.
- Domínguez Angulo, J. P. (2016). Los presupuestos de la sana crítica ¿Están nuestros jueces preparados para la sana crítica? *Revista de Derecho*(20), 47-69. doi:<https://doi.org/10.5377/derecho.v0i20.2788>
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Séptima ed.). Trotta.
- Fiscalía General del Estado. (22 de 08 de 2018). Boletín. 148. Ecuador.
- González Barbadillo, M. Á. (2011). El uso de la nueva tecnología en el acceso a la justicia de niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia, abuso y explotación sexual infantil. Lima, Perú: Tesis de Doctorado, Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Obtenido de Repositorio Institucional. <https://hdl.handle.net/20.500.12672/609>
- González Fernández, J., Ruiz, R. A., Carrasco, A. A., Romero, A. A., González, R. B., Villaescusa, V. C., . . . Gabriel de la Cruz Rodríguez, J. (2018). *Manual de atención y valoración pericial en violencia sexual: Guía de buenas prácticas*. Bosch Editor.

- Hernández Jiménez, N. (2015). ¿A lo imposible nadie está obligado? Una mirada crítica de su aplicación dentro del sistema penal colombiano a propósito de la obligación alimentaria. *Revista de Derecho*(43), 322-349. Obtenido de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=85138494011>
- Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Defensoría Pública del Ecuador. Serie Justicia y Defensa.
- Lefkaditis, P., & Ordóñez Gómez, F. (2014). *El derecho a la reparación integral en justicia y paz. El caso Mampuján, las brisas y veredas de San Cayetano*. STILO Impresores.
- Leoncini, L. J. (2014). *Los Delitos Sexuales. Manual de investigación pericial para médicos y abogados* (Segunda ed.). Trillas.
- Lizcano Amézquita, P. L. (2014). El juicio de ponderación para la protección de los derechos fundamentales de los niños. *Derecho y Realidad*, 12(24), 330-357. doi:<https://doi.org/10.19053/16923936.v2.n24.2014.4523>
- López Betancourt, E. (2017). *Juicios orales en materia penal*. Iure Editores.
- Luengas González, A., Amaya Ordúz, L. H., & Torres García, D. (2017). El Principio de Igualdad de Armas en el Proceso Penal: Análisis del Rol del Ministerio Público. Bogotá, Colombia: Tesis de maestría, Universidad Libre de Colombia. Obtenido de Repositorio Institucional. <http://hdl.handle.net/10901/11145>
- Mantilla, S. (2015). La revictimización como causal de silencio de la víctima. *Revista de Ciencias Forenses de Honduras*, 1(2), 4-12. Obtenido de <http://www.bvs.hn/RCFH/pdf/2015/pdf/RCFH1-2-2015-4.pdf>
- Mañalich R., J. P. (2014). La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno. Una reconstrucción desde la teoría de las normas. *Ius et Praxis*, 20(2), 21-70. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200002>

- Marchiori, H., Fortete, C., Bido, J., & Bouvier, V. (2016). *Victimología 16: prevenir factores de victimización*. Brujas.
- Marchiori, H., Kury, H., Gordon Atehortua, L., Würger, M., Fattah, E., & Fortete, C. (2016). *Victimología 2: estudios sobre victimización*. Brujas.
- Moreso, J. J. (2017). Atienza: dos lecturas de la ponderación. En J. Aguiló Regla, & P. P. Grández Castro, *Sobre el Razonamiento Judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Palestra Editores.
- Morillas Fernández, D. L., Patró Hernández, R. M., & Aguilar Cárceles, M. M. (2014). *Victimología: un estudio sobre la víctima y los procesos de victimización* (Segunda edición ampliada y actualizada ed.). Dykinson.
- Núñez Vaquero, Á. (2017). Ponderativismo y racionalidad de toma de decisiones. En J. Aguiló Regla, & P. P. Grández Castro, *Sobre el Razonamiento Judicial. Una discusión con Manuel Atienza*. Palestra Editores.
- Oyanedel S., J. C., & Ortúzar F., H. (2018). Sistematización de una experiencia piloto de implementación de una Sala Gesell para la entrevista de niños en un Tribunal de Familia. *Revista Chilena de Pediatría*, 89(6), 694-700. doi:<http://dx.doi.org/10.4067/S0370-41062018005000813>
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso* (Segunda ed.). Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Peña Cabrera, A. R. (2015). *Los Delitos Sexuales. Análisis dogmático, jurisprudencial y criminológico* (Segunda ed.). Valletta Ediciones.
- Poder Judicial del Perú. Consejo Ejecutivo. (2019). Protocolo de Entrevista Única para Niñas, Niños y Adolescentes, en Cámara Gesell. Resolución Administrativa N° 277-2019-CE-PJ. 2. Lima, Perú.
- Poder Judicial, Sala Constitucional, Escuela Judicial. (2014). *Principios desarrollados en la jurisprudencia constitucional*. Poder Judicial. Departamento de Artes Gráficas.

- Ramírez Ortiz, J. L. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*(1), 201-246. doi:http://dx.doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22288
- Ramírez Romero, C., & Tello S., M. (2017). *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley. Materias penales*. Corte Nacional de Justicia.
- Reyes Huaricapcha, B. N. (2019). La entrevista de menores por maltrato psicológico en cámara Gesell y su influencia en la eficacia del debido proceso, en la Corte Superior de Justicia Pasco-2018. Perú: Tesis para abogado, Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión. Obtenido de Repositorio Institucional. <http://repositorio.undac.edu.pe/handle/undac/1438>
- Rodríguez Bejarano, C. (2011). El estándar de la prueba indiciaria en los casos de violencia sexual ante la corte Interamericana de Derechos Humanos. *Memorando de Derecho*(2), 23-36. Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3851099>
- Romero Cabrera, F. (2014). *Guía sobre Conductas Sexuales Problemáticas y Prácticas Abusivas Sexuales*. ONG PAICABI.
- Salmón, E., & Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. IDEHPUCP Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sánchez Escobar, C. E., & Martínez Osorio, M. A. (2013). *La víctima y el acceso a la justicia en el ámbito penal juvenil*. Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial.
- Sentencia N° 292-16-SEP-CC, 0734-13-EP (2016).
- Serrano de Cabanillas, E. (2014). El Nuevo Código Procesal Peruano y la protección a víctimas menores de edad del delito contra la libertad sexual. *Ciencia y tecnología*,

10(4), 57-76. Obtenido de
<https://revistas.unitru.edu.pe/index.php/PGM/article/view/799/726>

Tapias S., Á. C. (2015). *Victimología en América Latina. Enfoque psicojurídico*. Ediciones de la U.

Vaca Andrade, R. (2014). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Según el Código Orgánico Integral Penal* (Vol. Tomo I). Ediciones Legales EDLE S.A.

Vaca Andrade, R. (2015). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Según el Código Orgánico Integral Penal* (Vol. Tomo II). Ediciones Legales EDLE S.A.

Valdivieso Vintimilla, S. (2017). *Los procesos penales. Los procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal*. Carpol.

Varona Martínez, G. (2015). *Guía general de buenas prácticas en el trato con víctimas del terrorismo que evite la victimización secundaria*. IVAC-KREI.

Zamora Grant, J. (2016). *Derecho victimal. La víctima en el nuevo sistema penal mexicano*. Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Apéndices



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

Apéndice 1: Guía de observación de entrevista

Me encuentro ejecutando mi trabajo de investigación previo a la obtención del Título de Magíster en Derecho Penal mención Procesal Penal, sobre el tema titulado: **“Principio de igualdad de armas en relación con el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales en el contexto ecuatoriano y peruano”**, por lo cual le solicito se sirva contestar la siguiente entrevista que dejo a su consideración:

Para fiscal:

1.- ¿En su rol como fiscal cómo contribuye en el testimonio anticipado de delitos sexuales, para garantizar la tutela efectiva tanto del derecho de no revictimización como del principio de contradicción?

Para juez:

1.- ¿Desde su experiencia como juez penal cuáles han sido los problemas más importantes al hacer la valoración probatoria del testimonio anticipado en casos de delitos sexuales?

Para abogados penalistas en libre ejercicio:

1.- ¿Desde su experiencia como abogado penalista en libre ejercicio cómo se ve efectivizado el principio de igualdad de armas, en el testimonio anticipado en casos de delitos sexuales o cree que se realiza alguna ponderación de derechos?

Generales:

2.- ¿A su criterio al no encontrarse presente el procesado en la recepción del testimonio anticipado, se vulneran los principios procesales de contradicción y de igualdad de armas?

3.- ¿A su criterio al estar presente la defensa técnica del procesado en la recepción del testimonio anticipado, se garantiza a cabalidad el debido proceso?

4.- ¿Desde su experiencia, qué valor probatorio tiene el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales?

5.- ¿A su criterio el testimonio anticipado en la Cámara Gesell cumple su propósito de proteger los derechos de las partes procesales y cree que sea necesario hacer algún ajuste?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN

Apéndice 2: Fichas de casos ecuatorianos

Ficha 1

<i>Caso ecuatoriano 1</i>	
NRO. DE SENTENCIA	839-2015
NRO. DE PROCESO	1902-2013
FECHA DE LA SENTENCIA	15/06/2015
TIPO PENAL	Violación
PROCEDENCIA	Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito
ANTECEDENTES DEL CASO	
<p><i>El 30 de enero de 2012, la señora, presenta una denuncia en la cual hace conocer que su hijo el 29 de enero de 2012, había sido víctima de abuso sexual, por parte de su padre, abusos cometidos desde septiembre de 2010, siendo la primera vez en la habitación del infante.</i></p> <p><i>El Tribunal Tercero de Garantías Penales de Loja, el 31 de mayo de 2013, confirmó la inocencia del denunciado y calificó la denuncia presentada como maliciosa y temeraria.</i></p> <p><i>La Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Loja, el 12 de noviembre de 2013, conoció el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía de Loja y resolvió negar la apelación interpuesta y confirmar la sentencia venida en grado en todas sus partes. La Fiscal de Loja, inconforme con ello presentó recurso de casación.</i></p>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	
<p><i>Dentro de la réplica que hizo el procesado a través de su abogado defensor se mencionó lo siguiente: "Es importante reconocer que de acuerdo a los precedentes jurisprudenciales que fue señalado por la Fiscalía, el testimonio de un menor en los delitos sexuales es relevante y se considera como prueba en el proceso, sin embargo los estándares tanto nacionales como extranjeros en relación con la valoración del testimonio de los niños, niñas y adolescentes, en delitos sexuales no es prueba plena como dice la defensoría pública, tiene necesariamente que evaluarse, analizarse, apreciarse en una correcta hermenéutica probatoria mediante un ejercicio de confrontación con los demás medios de prueba aportados al proceso.</i></p> <p><i>En presente caso, cabe mencionar que el Tribunal Supremo Español, al cual han recurrido en muchas ocasiones precisamente este Tribunal de Justicia, ha establecido la doctrina de las cautelas a las que debe ser sometidos el testimonio de un menor en delitos sexuales, que esas cautelas se refieren en primer lugar a la ausencia de incredibilidad subjetiva, es decir derivada de las relaciones existentes entre el denunciante y el procesado, o entre la víctima y el procesado, que puedan derivar cuestiones espurias o de resentimiento, de venganza como lo ha expresado el señor doctor Caupolicán Ochoa; que la segunda cautela es la verosimilitud, es decir, el testimonio de un menor para que constituya prueba relevante, de la que hablan la acusación de fiscalía como la defensoría pública, tienen que necesariamente estar corroborado con otros elementos de prueba lo suficientemente objetivos, para que pueda efectivamente comprobarse la</i></p>	

<i>realidad del hecho que se está investigando; y, que la tercera cautela es la persistencia en la incriminación, es decir que el menor tiene que ser persistente, congruente con lo que dijo en los diferentes niveles investigativos, es decir, lo que dijo en la Fiscalía, al psicólogo y al perito médico. Solamente así bajo las cautelas que ha mencionado, puede considerarse que el testimonio de la víctima es relevante”.</i>	
RESULTADO DE LA SENTENCIA	<i>Se declara improcedente el recurso de casación fiscal.</i>

Nota: Elaborado por la autora

Ficha 2

<i>Caso ecuatoriano 2</i>	
NRO. DE SENTENCIA	<i>1869-2016</i>
NRO. DE PROCESO	<i>0236-2016</i>
FECHA DE LA SENTENCIA	<i>11/10/2016</i>
TIPO PENAL	<i>Violación</i>
PROCEDENCIA	<i>Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito</i>
ANTECEDENTES DEL CASO	
<i>Los ciudadanosy en calidad de procesados, interponen recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial Justicia de Esmeraldas, de 21 de enero de 2016; la cual rechaza el recurso de apelación y confirma en todas su partes el fallo dictado por el Primer Tribunal de Garantías Penales de Esmeraldas, de 23 de abril de 2015, que los declaró culpables, como autores, del delito de violación sexual.</i>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	
<i>Dentro del caso Nro. 0236-2016 la Corte Nacional de Justicia del Ecuador determinó que la sentencia impugnada incurrió en falta de motivación, ya que la sentencia del Tribunal de Apelación que cabe reparar ratifica la del Tribunal de Juicio, que declara su culpabilidad como autor del delito tipificado en el artículo 512.3 del Código Penal vigente a esa fecha, no hace un análisis del delito materia de la sentencia; agrega pruebas que no se evidenciaron, se hace referencia al testimonio anticipado de la víctima en el cual nunca existió la firma de la ofendida, ni de la hermana que le acompañó; que tampoco fue notificado el defensor del procesado, y se lo hizo con defensor público.</i>	
<i>Dentro del considerando 2.2.2 de la sentencia consta lo siguiente: “Cabe señalar, que el testimonio anticipado o urgente, receptado en la cámara de Gézell, permite que la víctima -más aún siendo menor de edad en donde primará siempre su interés superior-, precautela su derecho a la no revictimización; derechos que al entrar en colisión -y desde una óptica de real ponderación, necesaria en un Estado constitucional de derechos y justicia-, frente a principios como la contradicción, legalidad, inclusive el derecho a la defensa y el debido proceso como garantía</i>	

básica de aquel, se erija y sea considerado por los juzgadores, como en efecto se lo ha hecho en el caso traído hasta sede casacional; pues, más allá, de que es innegable, que el testimonio fue receptado mediante la cámara de Gésell, y consta la grabación correspondiente, lo cual, de suyo es el registro de audio y video, y que tal registro, no solo es el que queda reducido a escrito en un acta, en la cual, si bien como formalidad consta aquello de las firmas; empero, conforme lo establece la Constitución, la justicia no puede sacrificarse por la sola omisión de formalidades (art. 169 CRE); es más, cuando, en el sub iúdice, se ha evidenciado que el registro grabado de audio y video, si existe y fue observado y escuchado por el Tribunal de Juicio, y no fue impugnado, en el momento procesal oportuno, por lo tanto tuvo el valor de prueba para los juzgadores”.

RESULTADO DE LA SENTENCIA	<i>Se declara improcedente el recurso de casación planteado por los procesados.</i>
----------------------------------	---

Nota: Elaborado por la autora

Ficha 3

<i>Caso ecuatoriano 3</i>	
NRO. DE SENTENCIA	<i>1339-2012</i>
NRO. DE PROCESO	<i>84-2011-P-LBP</i>
FECHA DE LA SENTENCIA	<i>10/10/2012</i>
TIPO PENAL	<i>Actos sexuales sin acceso carnal</i>
PROCEDENCIA	<i>Sala Especializada de lo Penal</i>
ANTECEDENTES DEL CASO	
<i>El Tribunal Segundo de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, con fecha 20 de noviembre de 2010 dictó sentencia condenatoria en contra de, por considerarle autor material del delito tipificado y sancionado conforme al Art. Innumerado 504.1 del Código Penal vigente a esa fecha.</i>	
<i>Sin ser posible la aplicación de atenuantes para la modificación de la pena por la prohibición prevista por el artículo 528.20 del Código Penal vigente a esa fecha. Fallo que el procesado impugnó mediante el recurso apelación.</i>	
<i>La Corte Provincial de Justicia Imbabura, Sala de lo Penal y Tránsito, el 16 de diciembre de 2010, desechó el recurso de apelación confirmando en todas sus partes la sentencia recurrida. De este fallo el procesado interpone recurso de casación.</i>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	
<i>Dentro de los considerandos 4.4.2 y 4.4.3 de la sentencia se hace constar lo siguiente: “...Los procesos penales en los que son víctimas niños, niñas o adolescentes tienen un interés especial para los juzgadores, se deja de centrar su objetivo único de castigar al procesado y se mira las garantías de protección especial de la víctima.</i>	
<i>Esto no implica que se vulnerará el derecho a la defensa del procesado, ya que</i>	

<i>este tiene el derecho de una activa participación en todos los procedimientos de la causa... Por lo antes expuesto, en el presente caso, el testimonio urgente es una prueba relevante que debe ser valorada en conjunto con el resto de pruebas controvertidas en el momento procesal indicado”.</i>	
RESULTADO DE LA SENTENCIA	<i>Se declara improcedente el recurso de casación planteado por el procesado.</i>

Nota: Elaborado por la autora

Ficha 4

<i>Caso ecuatoriano 4</i>	
NRO. DE SENTENCIA	<i>1350-2017</i>
NRO. DE PROCESO	<i>17721-2016-1512</i>
FECHA DE LA SENTENCIA	<i>14/08/2017</i>
TIPO PENAL	<i>Violación</i>
PROCEDENCIA	<i>Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito</i>
ANTECEDENTES DEL CASO	
<i>El Tribunal Décimo Primero de Garantías Penales del Guayas, el 15 de enero de 2016, resuelve declarar culpable a, del delito de violación; inconforme el procesado con esta resolución interpuso recurso de apelación. La Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 25 de agosto de 2016, resolvió rechazar el recurso interpuesto por el procesado y confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado, a lo que el sentenciado interpone recurso de casación.</i>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	
<i>En la ficha de procesamiento de la Dirección Técnica de procesamiento de jurisprudencia e investigaciones jurídicas de la Corte Nacional de Justicia se menciona lo siguiente: “También debemos señalar, que es en la audiencia de juzgamiento donde se practican las pruebas y se ejerce el derecho de contradicción entre los sujetos procesales y el de intermediación con los juzgadores, habiendo los juzgadores de instancia realizado el análisis pertinente, luego de haber analizado la prueba actuada en juicio, a la luz de la sana crítica, llegaron a la certeza de que el procesado con voluntad, conciencia y mediante amenazas cometió el delito de violación; como señala en la sentencia impugnada lo cual además fue ratificado con los testimonios rendidos por la Dra, quien señaló que realizó el reconocimiento médico a la menor de 13 años de iniciales P.A.P.N., presentando en el himen dos desgarros antiguos, a las tres y nueve, según las manecillas del reloj, señalando que dicha lesión es antigua por haber transcurrido entre cinco a siete días desde que se produjo el hecho y el examen pericial médico legista que practicó; y, con el testimonio rendido por la psicóloga clínica, quien corroboró lo manifestado por la víctima, constatando que sus expresiones no eran inducidas, ni inventadas, presentando vulnerabilidad</i>	

psicológica y emocional concluyendo que se había producido violencia sexual en su contra y ejercida por el procesado, quien mantenía respecto de la víctima una relación de poder por su condición de miembro de la policía nacional y mayor a 30 años. También alega el recurrente la violación del artículo 140 del Código de Procedimiento Penal, al considerar que la declaración de la ofendida por sí sola no constituye prueba, lo cual se aparta de la realidad procesal, ya que los juzgadores de instancia para llegar a establecer con certeza la culpabilidad del procesado, como autor del tipo penal establecido en el artículo 512 numerales 1 y 3 del código penal, no sólo tomaron en consideración el testimonio rendido por la víctima sino que además analizaron los testimonios de la acusadora particularmadre la de víctima, de la Dra, quien le practicó el reconocimiento médico legista, de la psicóloga clínica, del cabo de policíaquien realizó el análisis de audio y video y la explotación del teléfono celular con mensajes de texto entre la víctima y el procesado; y, demás testimonios que están descritos en la sentencia impugnada, llegando a establecer a la luz de la sana crítica la existencia material de la infracción y de la responsabilidad del procesado, por lo que no procede lo planteado por éste”.

RESULTADO DE LA SENTENCIA	Se declara improcedente el recurso de casación planteado por el procesado.
----------------------------------	--

Nota: Elaborado por la autora

Ficha 5

Caso ecuatoriano 5	
NRO. DE SENTENCIA	1972-2018
NRO. DE PROCESO	03282-2017-00133
FECHA DE LA SENTENCIA	13/11/2018
TIPO PENAL	Abuso sexual
PROCEDENCIA	Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito
ANTECEDENTES DEL CASO	
<p>Los hechos fácticos materia del enjuiciamiento se adecúan a la conducta señalada para configurar el delito de abuso sexual, resultando el procesado autor directo del injusto en los términos del Art. 42, numeral 1, literal a) del COIP, por haber cometido la infracción de una manera directa e inmediata. En la causa concurren las agravantes contenidas en el art. 48 del COIP numerales: primera en razón de que, sufrió el ataque lesivo al interior del establecimiento educativo; y octavo en razón de que el sujeto activo de la infracción, abusó de su calidad de funcionario responsable de la atención médica de la perjudicada, ejecutando actos de naturaleza sexual no deseados por la perjudicada, y como ocurrieron al interior del centro educativo ocasionaron que su entorno de aprendizaje se vuelva intimidatorio, hostil y ofensivo. El Tribunal Segundo de Garantías Penales del Cañar, declara la culpabilidad del doctor en medicina, en calidad de autor del delito de abuso sexual tipificado en el art. 170 inciso primero del COIP, y</p>	

sancionado en el inciso segundo de esta misma norma, por la condición etaria de la víctima y se le impone la pena privativa de libertad de nueve años cuatro meses, por la concurrencia de las agravantes contenidas en los numerales 1 y 8 del art. 48 del COIP. El procesado interpuso recurso de apelación de la sentencia dictada el 23 de febrero del 2018, la Sala Multicompetente de la Corte Provincial de Cañar, rechazó el recurso de apelación interpuesto.

Ante lo cual el procesado interpuso recurso de casación.

EXTRACTO DE LA SENTENCIA

En la ficha de procesamiento de la Dirección Técnica de procesamiento de jurisprudencia e investigaciones jurídicas de la Corte Nacional de Justicia se menciona: "Sexto consideraciones del Tribunal de Casación sobre la impugnación, el derecho a recurrir, y el recurso extraordinario de casación.- (...) en el mismo contexto del artículo citado en el párrafo anterior, el artículo 615 numerales 2 y 3 del COIP en lo atinente a las reglas generales para la práctica de la prueba establece que: «La o el presidente del Tribunal procederá de conformidad con las siguientes reglas: 1. Después del alegato de apertura, ordenará la práctica de las pruebas solicitadas por la o el fiscal, la víctima y la defensa pública o privada. 2. Durante la audiencia, las personas que actúan como peritos y testigos deberán prestar juramento de decir la verdad y ser interrogadas personalmente o a través de sistemas telemáticos. 3. Su declaración personal no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores versiones, declaraciones u otros documentos que las contengan, salvo el caso de prueba anticipada. La declaración de los testigos se sujetará al interrogatorio y contrainterrogatorio de los sujetos procesales [...]" (el énfasis fuera de texto). Siendo precisamente la excepción a la regla general, el testimonio anticipado - tal como se evidencia en la disposición citada ut supra -, el cual por su carácter especial en el sistema penal acusatorio adversarial ecuatoriano, de esta manera se consagra como una de las problemáticas prevalentes en el ejercicio del derecho penal, efectuar la protección igualitaria para el ejercicio y protección de los derechos tanto de las víctimas - más aún cuando se es menor de edad- como de los presuntos responsables de delitos. es así que, para aquellos delitos que atentan contra el bien jurídico protegido de la integridad sexual, como los casos de violación o de abuso sexual, e inclusive de manera general, para los distintos delitos establecidos actualmente en el Código Orgánico Integral Penal, está permitida la ejecución de una prueba anticipada del testimonio de la víctima, en la etapa de investigación, adicionando, la utilización de medios tecnológicos como la cámara de geseil para su obtención, pues este es un mecanismo indispensable para la protección de los derechos de la víctima, siendo el procedimiento aplicado el expedido para que se permita garantizar, de conformidad con la realidad de la legislación ecuatoriana y la práctica ecuatoriana, que el testimonio de la víctima, sea fidedigno y vele por la observancia de garantías básicas como el derecho de la víctima a la no revictimización, y en contraposición los del procesado, como lo son, el derecho a la defensa y a la contradicción. (Víctor Fairén Guillén, Teoría General del Derecho Procesal. México: primera ed., 1992, pág. 459). En consecuencia al ser el testimonio de la víctima, prueba de fundamental importancia para la decisión de los juzgadores, es necesario que su actuación esté dotada de validez procesal, que se apegue a la normativa establecida para su actuación contenida en el código orgánico integral penal, y que los procedimientos y

actuaciones dentro de los procesos judiciales otorguen la certeza a los sujetos procesales de que la decisión tomada es justa porque la obtención de las pruebas, su práctica y valoración es la adecuada, "[... } esto en razón que en un estado en el cual no se normen procedimientos equitativos para las partes procesales, y en su defecto denoten insatisfacción y hasta injusticia social, que se verá plasmado de forma directa en decisiones de los jueces, no se cumpliría con el fin primordial del derecho, la justicia social [...]" (ibídem, op. cit. pág. 19). por lo dicho, nuestra legislación ha establecido aquello, es decir un carácter excepcional para la recepción de testimonios urgentes o anticipados, en casos específicos, entre los que se encuentran a las víctimas del delito de abuso sexual - en concreto para el caso -. En estas infracciones que atentan contra la integridad sexual, si bien la prueba madre será el testimonio, pues permitirá esclarecer los acontecimientos suscitados, porque la víctima en muchos casos, sino en todos, es la única que conoce los sucesos, por tanto, se deben brindar todos los mecanismos que permitan a todos los sujetos procesales intervinientes en la causa penal ejercer sus derechos, y en el caso contradecir en el momento procesal oportuno, esto es, durante la práctica del testimonio anticipado - que se encuentra a foja 164 y 165. Con lo expuesto, se evidencia que en la especie no se encuentra una causa de nulidad de trámite, pues el hecho de que no haya sido reproducido en la audiencia, no significa que el testimonio anticipado de no fue debidamente practicado con sujeción a los principios para la práctica de la prueba consagrados en el artículo 454 del COIP (...)"

RESULTADO DE LA SENTENCIA

Se declara improcedente el recurso de casación planteado por el procesado.

Nota: Elaborado por la autora

Ficha 6

<i>Caso ecuatoriano 6</i>	
NRO. DE SENTENCIA	942-2013
NRO. DE PROCESO	0508-2013
FECHA DE LA SENTENCIA	27/08/2013
TIPO PENAL	Violación
PROCEDENCIA	Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito
ANTECEDENTES DEL CASO	
<i>La ciudadana en calidad de acusadora particular y la fiscal de Imbabura, interponen recurso de casación en contra de la sentencia emitida por la Sala de lo Penal y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Imbabura, el 21 de marzo del 2013, que revoca el fallo dictado por el Tribunal Segundo de Garantías Penales, el 10 de enero del 2013, en el cual se declara la responsabilidad del procesado, en el grado de autor, del delito de violación, para en su lugar ratificar la inocencia del procesado.</i>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	

Dentro del considerando 4.2.1.5 de la sentencia consta lo siguiente: “En lo sustancial, debemos decir que si bien es el secretario del juzgado el que se encarga de dar fe de lo ocurrido en la diligencia de testimonio anticipado, finalmente recae sobre el juzgador de garantías penales, el asegurar que los actos procesales ante él realizados no atenten contra los derechos de los sujetos procesales intervinientes en la contienda sometida a su dirección, razón por la cual su nombre lleva tal adjetivo calificativo; más aún cuando se le pide a dicho juzgador, que se sume como suscriptor del acta contentiva de los medios probatorios testimoniales y urgentes, motivo por el cual tiene la completa potestad de revisar su contenido y cerciorarse de cualquier inconsistencia en el mismo, actividad que puede desarrollar en virtud de haber estado presente a lo largo de toda la diligencia practicada, sin que en este caso se hayan presentado inconvenientes al respecto, por lo cual consta efectivamente la firma del Juez Cuarto de Garantías Penales de Imbabura, al final del acta que pretende desvirtuar el tribunal de apelación.

A esto debemos añadir, que todos los requisitos establecidos para la práctica del testimonio urgente, tienen como finalidad básica, el precautelar un derecho fundamental de quien participa como contraparte de aquel sujeto procesal que propone la actuación del medio de prueba anticipado, esto es la contradicción, según la cual “las partes tienen derecho a conocer y controvertir las pruebas así como a intervenir en su formación, además de la inmediación, como un principio básico de producción de prueba, razón ésta, por la que debemos centrarnos en revisar si el procesado ha tenido la oportunidad de ejercer este derecho, para determinar si la omisión de la firma del secretario que participó en la primera parte de la audiencia, se ha constituido en una causa para excluir y anular este acervo probatorio analizado por el juzgador ad quem”.

RESULTADO DE LA SENTENCIA

Se acepta el recurso de casación propuesto por la acusadora particular y la Fiscalía General del Estado.

Nota: Elaborado por la autora

Apéndice 3: Fichas de casos peruanos

Ficha 7

<i>Caso peruano 1</i>	
NRO. DE SENTENCIA	N/A
NRO. DE PROCESO	02170-2017-PHC/TC
FECHA DE LA SENTENCIA	15/10/2018
TIPO PENAL	Violación sexual
PROCEDENCIA	Tribunal Constitucional
ANTECEDENTES DEL CASO	
<p><i>Recurso de agravio constitucional interpuesto por el abogado decontra la resolución de fojas 48, de fecha 17 de abril de 2017, expedida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huánuco, que declaró improcedente la demanda de habeas corpus de autos.</i></p>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	
<p><i>Dentro de los considerandos CUARTO y QUINTO de la sentencia se menciona: “En el caso de autos, el recurso interpuesto no está referido a una cuestión de Derecho de especial trascendencia constitucional, toda vez que se cuestionan asuntos que no corresponde resolver en la vía constitucional, tales como la apreciación de los hechos, la valoración de las pruebas y su suficiencia. En efecto, el recurrente solicita la nulidad de la Resolución 9, de fecha 17 de noviembre de 2015, mediante la cual se confirmó la Resolución 1, de fecha 24 de agosto de 2015, que condenó aa cadena perpetua por incurrir en el delito de violación sexual de menor de catorce años (Expediente 448-2014-54).</i></p> <p><i>Al respecto, el recurrente alega que el pronunciamiento judicial en cuestión no valoró convenientemente la documentación probatoria recabada durante la etapa de investigación. En ese sentido, manifiesta que no se tomó en consideración la declaración que la menor agraviada brindó en cámara Gesell, pues en esta se retracta de las imputaciones que inicialmente realizó contra el favorecido; que no se consideró lo dispuesto en el acuerdo plenario 2-2005/CJ-116, en lo referente a los presupuestos requeridos para tener como prueba de cargo válida la declaración de un testigo, pues se validó las declaraciones testimoniales de, cuando del contenido de las mismas se evidencia que estas resultan ser contradictorias entre sí; que el informe pericial elaborado por el psicólogocarece de valor, pues dicho perito no forma parte del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público. De lo expresado, se aprecia que se cuestionan materias que incluyen elementos que compete analizar a la judicatura ordinaria, como son la apreciación, la valoración de las pruebas y su suficiencia”.</i></p>	
RESULTADO DE LA SENTENCIA	<p><i>Se declara improcedente el recurso de agravio constitucional ya que la cuestión de derecho contenida en el recurso carece de trascendencia constitucional.</i></p>

Nota: Elaborado por la autora

Ficha 8

<i>Caso peruano 2</i>	
NRO. DE SENTENCIA	N/A
NRO. DE PROCESO	01652-2019-PHC/TC
FECHA DE LA SENTENCIA	13/11/2019
TIPO PENAL	Violación sexual
PROCEDENCIA	Tribunal Constitucional
ANTECEDENTES DEL CASO	
<i>Recurso de agravio constitucional interpuesto pora favor decontra la resolución de fojas 490, de fecha 27 de marzo de 2019, expedida por la Cuarta Sala Penal de Apelaciones en adición Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Arequipa que declaró infundada la demanda de habeas corpus de autos.</i>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	
<i>Dentro de los considerandos CUARTO, QUINTO y SEXTO de la sentencia se hace constar lo siguiente: "En el caso de autos, se solicita que se declare la nulidad de la sentencia de fecha 6 de septiembre de 2017 y la sentencia de vista de fecha 29 de noviembre de 2017, a través de las cuales el Juzgado Penal Colegiado de Abancay y la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Apurímac condenaron al favorecido como autor del delito de violación sexual de menor de edad (Expediente 00705-2016-20-0301-JR-PE-02). Se alega lo siguiente: 1) el favorecido jamás cometió el delito que calumniosamente le atribuyó la tía de la menor agraviada; 2) el acta de entrevista única realizada a la menor en la cámara Gesell acredita la inocencia del favorecido; 3) en la evaluación médica no se cumplió con efectuar preguntas de importancia criminalística; 4) el favorecido fue condenado sobre la base de pericias incompletas y presunciones; 5) de la valoración efectuada en el proceso existen dudas razonables sobre la responsabilidad y la culpabilidad del encausado; y 6) no se presentaron pruebas suficientes e indubitables que acrediten la comisión del delito que se imputó al beneficiario. Asimismo, se afirma lo siguiente: 1) se emitió sentencia condenatoria sin que existan suficientes elementos probatorios y sin que se haya verificado la verdad típica; 2) las pruebas fueron valoradas de manera arbitraria y parcializada; 3) en el proceso participaron peritos que no estuvieron acreditados en su especialidad; 4) en la pericia psicológica no se efectuó la acreditación del perito ni se verificó si aquel contaba con la especialidad y el doctorado para efectuar pericias propias del delito en cuestión; y 5) el certificado médico legal constituye una prueba que vulnera la ciencia y la técnica, pues fue practicada a destiempo y no corrobora en modo alguno los hechos penales".</i>	
RESULTADO DE LA SENTENCIA	<i>Se declara improcedente el recurso de agravio constitucional ya que la cuestión de derecho contenida en el recurso carece de trascendencia constitucional.</i>

Nota: Elaborado por la autora

Ficha 9

<i>Caso peruano 3</i>	
NRO. DE SENTENCIA	N/A
NRO. DE PROCESO	CAS 877-2017 ANCASH
FECHA DE LA SENTENCIA	24/05/2017
TIPO PENAL	<i>Violación sexual</i>
PROCEDENCIA	<i>Sala Suprema de Perú</i>
ANTECEDENTES DEL CASO	
<i>Se presenta recurso de casación por padre del menor infractor, contra la sentencia de vista del 05 de enero de 2017, que confirma la sentencia de primera instancia del 21 de noviembre de 2016, que declara la responsabilidad penal del menor infractor procesado, por el delito de violación sexual de menor de edad</i>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	
<i>Dentro del considerando SÉPTIMO de la sentencia se menciona lo siguiente: “Que, sobre la base de lo antes expuesto, las infracciones normativas denunciadas deben ser rechazadas; por cuanto, no se evidencia transgresión a los derechos del menor infractor, hijo del recurrente, respecto a una deficiente motivación de la sentencia impugnada que lo encuentra responsable de haber infringido la ley penal, por cuanto se determinó que efectivamente lesionó el derecho a la libertad sexual de la menor agraviada, empleando violencia y amenaza, hecho sobre el cual existe suficiente prueba, que desvirtúa la presunción de inocencia, como es la versión inicial de la menor agraviada, brindada de forma espontánea y con las garantías del caso, llevada a cabo en la entrevista única (cámara Gesell), lo que observa relación de identidad con los datos objetivos descritos en las conclusiones a las que se arribaron en el certificado médico legal, en donde se precisa que la agraviada “presentaba signo de desfloración himeneal reciente con presencia de signos corporales traumáticas recientes en genitales externos ocasionados por agente contuso”; por lo que, cualquier modificación posterior de la versión no resulta idónea con la imputación inicial del acto infractor debidamente corroborado, lo que es concordante con las reglas vinculantes adoptadas en el Acuerdo Plenario 2-2005/CJ116, del 30 de septiembre de 2005, respecto a la concurrencia de los requisitos de validez de la declaración de la agraviada, y con la doctrina legal vinculante recaída en el Acuerdo Plenario 01-2011, del 06 de diciembre de 2011, sobre la apreciación de la prueba en los delitos contra la libertad sexual”.</i>	
RESULTADO DE LA SENTENCIA	<i>Se declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el padre del menor infractor, contra la sentencia de vista del 05 de enero de 2017.</i>

Nota: Elaborado por la autora

Ficha 10

<i>Caso peruano 4</i>	
NRO. DE SENTENCIA	N/A
NRO. DE PROCESO	CAS 4974-2015 CALLAO
FECHA DE LA SENTENCIA	26/05/2016
TIPO PENAL	<i>Actos contra el pudor</i>
PROCEDENCIA	<i>Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú</i>
ANTECEDENTES DEL CASO	
<i>Se presenta recurso de casación por la madre de la menor, mediante escrito de fecha dieciséis de noviembre de dos mil quince, obrante a fojas quinientos nueve, contra la sentencia de vista de fecha veintinueve de septiembre de dos mil quince, que confirma la sentencia de primera instancia que declara no ha lugar a la aplicación de medida de protección por infracción a la ley penal al niñopor la presunta infracción de actos contra el pudor de menores de catorce años en agravio de la menor</i>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	
<i>Dentro del considerando PRIMERO de la sentencia se hace constar lo siguiente: "Infracción normativa por inaplicación de los artículos 183, 184 y 242 del Código de los Niños y Adolescentes. Refiere que en el proceso sí se encuentra acreditada la responsabilidad penal del menor de edad, en agravio de su hija de iniciales M.M.T.P., por lo que se debió de dictar las medidas de protección previstas en el acotado Código. Precisa que no se ha tenido en cuenta que la menor agraviada a folios doscientos cincuenta y seis ha brindado las características físicas de, además de reconocerlo por medio de una fotografía, lo cual sucedió en presencia del Fiscal de la Quinta Fiscalía de Familia del Callao; tampoco se ha considerado las declaraciones de la niña en la Cámara Gesell a folios ciento setenta y cuatro; el Certificado Médico Legal número 08886-L a folios cincuenta y cinco, practicado a la menor de edad; las fotografías que obran a folios dieciocho, en la que aparecen las marcas en el cuello, que acreditan que la niña de iniciales M.M.T.P fue víctima de tocamientos indebidos; el mérito de la Opinión Fiscal de fecha diecisiete de agosto de dos mil quince, que solicita se declare nula la sentencia por defectos en su motivación, toda vez que la niña ha identificado plenamente al menor investigado como su agresor; el Informe Psicológico número 042-2014-DREC-COPROAMMCHA, practicado por la Dirección Regional del Callao-DREC el doce de junio de dos mil catorce; y la Pericia Psicológica número 12297-2014-PSM, en las que la menor narra cómo sucedieron los hechos objeto de denuncia por parte de; pruebas que acreditan el daño ocasionado a su menor hija, tanto en el aspecto físico como psicológico".</i>	
RESULTADO DE LA SENTENCIA	<i>Se declara infundado el recurso de casación interpuesto por la madre de la menor de edad.</i>

Nota: Elaborado por la autora

Ficha 11

<i>Caso peruano 5</i>	
NRO. DE SENTENCIA	N/A
NRO. DE PROCESO	CAS 4-2016 LIMA
FECHA DE LA SENTENCIA	26/05/2016
TIPO PENAL	<i>Violación sexual</i>
PROCEDENCIA	<i>Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú</i>
ANTECEDENTES DEL CASO	
<i>Se presenta recurso de casación por la abogada de, mediante escrito de fecha 26 de octubre de 2015, contra la sentencia de vista de fecha 28 de abril de 2015, que confirma la sentencia de primera instancia que declara al adolescente, responsable de la infracción de violación sexual de menor en agravio de la adolescente</i>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	
<i>Dentro del considerando SEXTO de la sentencia se hace constar lo siguiente: “Que, la adolescente al prestar su declaración a nivel fiscal a fojas cincuenta y siete, reconoce que mantuvo una relación sentimental de enamorados con el infractor, hecho en el que ambos están de acuerdo, y que los encuentros sexuales se realizaron con su consentimiento. Posteriormente, al declarar en la Cámara Gesell, como se aprecia del acta de fojas setenta y cuatro, se corrobora dicha versión, y añade que no quiere que vaya preso, sino más bien, que siga estudiando”.</i>	
<i>Y dentro del considerando SÉPTIMO de la sentencia se hace constar: “Que, si bien es cierto, el tipo penal imputado tiene como bien jurídico protegido la indemnidad sexual, por lo que sería irrelevante verificar si existió el consentimiento de la víctima; empero, por la tesis del error de tipo invencible planteado por la defensa, resulta necesario analizar las circunstancias en que acaecieron los hechos. Así se tiene que, en cuanto a la edad de la menor, según ha quedado establecido en el cuarto considerando de la presente resolución, esta efectivamente tenía trece años y dos meses de edad; sin embargo, en cuanto al conocimiento de dicha información, el infractor ha sostenido en su declaración a nivel fiscal, en su escrito de apelación y casación, que ella le había dicho que tenía quince años; que ello aunado al hecho que la adolescente publicó en su página de facebook, como su fecha de nacimiento el día 27 de noviembre de 1996, esto es, que su edad superaba los catorce años de edad, permite concluir que el procesado actuó en la creencia de que la menor contaba con más de catorce años de edad”.</i>	
RESULTADO DE LA SENTENCIA	<i>Se declara fundado el recurso de casación interpuesto por la abogada del menor, en consecuencia se declara nula la sentencia de fecha 28 de abril de 2015, emitida por la Sala Mixta Permanente de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; y actuando en sede de instancia revocan la sentencia</i>

	<i>apelada de fecha 10 de marzo de 2015, que declara la responsabilidad del menor y le impone la medida socioeducativa de internación por el plazo de diez meses y una reparación civil ascendente a 1.500 nuevos soles; y se absuelve al adolescente por violación sexual.</i>
--	---

Nota: Elaborado por la autora

Ficha 12

<i>Caso peruano 6</i>	
NRO. DE SENTENCIA	N/A
NRO. DE PROCESO	CAS 4549-2015
FECHA DE LA SENTENCIA	22/01/2016
TIPO PENAL	<i>Violación sexual</i>
PROCEDENCIA	<i>Sala Suprema de Perú</i>
ANTECEDENTES DEL CASO	
<i>Se presenta recurso de casación interpuesto por, en representación del adolescente, contra la sentencia del veintinueve de septiembre de dos mil quince, que confirma la sentencia apelada de fecha treinta de junio de dos mil quince, en el extremo que declara aresponsable de la infracción a la Ley penal contra la libertad sexual, en su modalidad de violación sexual de una menor de edad de cinco años.</i>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	
<i>Dentro del considerando SEXTO de la sentencia se menciona lo siguiente: “Que examinadas las alegaciones descritas en el quinto considerando, éstas deben desestimarse porque están orientadas a reevaluar las conclusiones a las que ha arribado la Sala de mérito, entre ellas, que valorando con criterio de conciencia los medios probatorios que se han efectuado y actuado a lo largo del presente proceso, se ha probado la responsabilidad del adolescente con la declaración de la niña en cámara gesell visualizada en la audiencia de esclarecimiento de hechos, advirtiéndose que la menor narró los hechos de manera espontánea; el Reconocimiento Médico Legal Nº 014630-CLS, que concluye que la menor presenta signos de lesiones traumáticas recientes en genitales externos sin defloración himeneal, en el cual se observa 0, 4x0,1 cm. con lecho blanquecino escaso en relación a formación inicial de fibrina, bordes de erosión eritematosos, en región de horquillita valvular(unió n inferior de labios menores) y equimosis rojiza de 0,4x0,3 c.m. en pared lateral derecha de cara interna de labio menor; de lo que se advierte que el pene, objeto o una parte del cuerpo ha superado el umbral de los labios mayores, evidenciándose que la menor presenta lesiones en la horquilla vulvar, por ende el delito de violación sexual se ha consumado; siendo así, carece de sustento lo alegado por el recurrente”.</i>	

RESULTADO DE LA SENTENCIA	<i>Se declara improcedente el recurso de casación presentado por el adolescente infractor.</i>
----------------------------------	--

Nota: Elaborado por la autora

Ficha 13

<i>Caso peruano 7</i>	
NRO. DE SENTENCIA	N/A
NRO. DE PROCESO	CAS 9437-2016
FECHA DE LA SENTENCIA	27/10/2016
TIPO PENAL	N/A
PROCEDENCIA	<i>Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Perú</i>
ANTECEDENTES DEL CASO	
<p><i>Se trata del recurso de casación interpuesto por la demandantecomo Sociedad Anónima Cerrada, contra la sentencia de fecha veintiseis de agosto de dos mil quince, expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la sentencia de primera instancia de fecha diecinueve de marzo de dos mil quince, que declaró fundada en parte la demanda, y reformándola la declaró infundada.</i></p> <p><i>Además se alegó infracción normativa de los artículos 139 incisos 3 y 5 de la Constitución Política del Perú y 19 de la Ley N° 27809, Ley General del Sistema Concursal.</i></p>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	
<p><i>Dentro del considerando DÉCIMO QUINTO de la sentencia se hace constar lo siguiente: “Al respecto, corresponde precisar que el acervo probatorio de la presente litis, se conecta con la verificación de una estimación de valorización del bien litigioso, que nace de la potestad de oficio del juzgador, en tales casos, sin perder la regulación estricta de la norma, aplicando los principios generales del Derecho, que rigen para todos los casos de controversias que se judicializan, siendo que las partes deben tener igualdad de armas en un equilibrio procesal que legitima la posibilidad legal de aplicar en estricta justicia, el principio de equidad, por lo que en el caso de autos, se advierte que hay elementos temporales de la causalidad probatoria que requieren del auxilio de propuestas de interpretación, que aproximen a la litis a una decisión que privilegie el valor justicia; por tanto, las sentencias de las instancias de mérito deberán ser invalidadas, para que en la búsqueda de una interpretación jurisdiccional que ubique en una situación de igualdad probatoria a los protagonistas fundamentales de la litis, con una interpretación del derecho de las partes y valoración correcta, ajustada a los parámetros de estimación fáctica que le son propios, permita arribar a una tesis de congruencia y razonabilidad insoslayable; por tales razones, lo que corresponde en este caso, es que se desarrolle una valoración del bien incorporado en la controversia, que se refiera al que le corresponde en el momento en que se produce la transferencia cuestionada, y el que le correspondería actualmente, que permitan arribar a</i></p>	

conclusiones válidas de proporcionalidad, que no pueden ser desestimadas en un análisis que privilegie el valor justicia, sino más bien, ser tomadas en cuenta para una decisión que no afecte el legítimo derecho que pudiera corresponderle a las partes de la litis, dilucidando con adecuada interpretación jurisdiccional, el sedimento de buena fe en la valorización de éstas, que emergen de una sana e indiscutible voluntad generadora de un derecho válido”.

RESULTADO DE LA SENTENCIA	<i>Se declara fundado el recurso de casación interpuesto por la demandante como Sociedad Anónima Cerrada.</i>
----------------------------------	---

Nota: Elaborado por la autora

Ficha 14

<i>Caso peruano 8</i>	
NRO. DE SENTENCIA	<i>N/A</i>
NRO. DE PROCESO	<i>CAS 1532-2015</i>
FECHA DE LA SENTENCIA	<i>26/10/2015</i>
TIPO PENAL	<i>N/A</i>
PROCEDENCIA	<i>Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de Perú</i>
ANTECEDENTES DEL CASO	
<i>Se trata del recurso de casación interpuesto porcontra la sentencia expedida por la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima el veintisiete de noviembre de dos mil catorce que revoca la sentencia apelada que declara infundada la demanda y reformando la recurrida declara fundada la incoada.</i>	
<i>Además se alegó infracción normativa procesal de los artículos 2 inciso 2 referente al principio de igualdad y 138 inciso 2 atinente al debido proceso de la Constitución Política del Perú; al respecto la recurrente alega que constituye principio procesal que la carga de la prueba corresponde a quien afirma un hecho.</i>	
EXTRACTO DE LA SENTENCIA	
<i>Dentro del considerando TERCERO de la sentencia se menciona lo siguiente: “Que, el derecho de igualdad procesal o de igualdad de armas que se deriva de la interpretación sistemática del artículo 2, inciso 2, (igualdad) y del artículo 138, inciso 2 (debido proceso) de la Constitución. Este derecho constituye un componente del debido proceso que busca garantizar que las partes del proceso detenten las mismas oportunidades de alegar, defenderse o probar, a fin de que no se ocasione una desventaja en ninguna de ellas respecto a la otra”.</i>	
RESULTADO DE LA SENTENCIA	<i>Se declara fundado el recurso de casación interpuesto.</i>

Nota: Elaborado por la autora

Apéndice 4: Entrevistas aplicadas

DRA. MARIA JUDITH MORA

FISCAL DE VIOLENCIA DE GÉNERO DE LOJA:

1.- ¿En su rol como fiscal cómo contribuye en el testimonio anticipado de delitos sexuales, para garantizar la tutela efectiva tanto del derecho de no revictimización como del principio de contradicción?

Es importante resaltar que el artículo 195 de la Constitución del Ecuador da la titularidad de la acción pública penal a la Fiscalía General del Estado y el artículo 410 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal también da la titularidad de la acción pública penal, entonces el Fiscal tiene la obligación jurídica de investigar y recabar elementos de cargo y de descargo dentro de una investigación procesal penal. Ahora es importante también resaltar que el artículo 35 de la Constitución garantiza que las víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar gozarán de una protección prioritaria y especial por parte de los operadores de justicia, entonces la misma Carta Magna en su artículo 78 conjuntamente con el Código Orgánico Integral Penal y el artículo 11 que habla netamente de la víctima determina que el Estado garantizará una no revictimización en la obtención de pruebas hacia la víctima de un delito de acción pública penal o un delito de carácter sexual, ahora frente a ello nosotros debemos de ponderar también que existe una igualdad de armas y existe la oportunidad de contradecir todo lo que está en nuestra contra, entonces tenemos dos formas de manejar en primera instancia el testimonio anticipado o testimonio probatorio, adelanto probatorio que de acuerdo al 510 se lo puede hacer a víctimas de delitos sexuales se da con la finalidad de no revictimización a la víctima, no cierto entonces esta revictimización secundaria que hacemos los abogados, hacemos los fiscales, el médico, el trabajador social, el psicólogo, a veces el policía que le preguntan a la víctima de carácter sexual hombre o mujer igualdad de condiciones, que qué te pasó, y qué te hizo, y pobrecita, o eso te pasó por tal o cual cosa, entonces con la finalidad de garantizar su derecho a la integridad, a la intimidad y a una no revictimización se hace el testimonio anticipado. Tenemos el protocolo de actuación fiscal en delitos flagrantes que determina que inmediatamente luego de conocer el parte de

aprehensión se tendrá que pedir también la solicitud de testimonio anticipado para garantizar que la víctima no sea revictimizada en la obtención de los demás elementos probatorios, sin embargo, obviamente al ser un delito flagrante el procesado va a estar aprehendido, va a estar presente y va a estar representado por el defensor público de manera general garantizando su derecho a la defensa o puede decir yo quiero un defensor privado que de hecho dentro de sus derechos al debido proceso se le da una llamada telefónica para que informe a sus familiares y también a su abogado defensor, entonces en delitos flagrantes se toma inmediatamente, puede suceder también que por el estrés, el shock emocional que tiene la víctima de un delito sexual al momento de la flagrancia, ésta no esté en condiciones emocionales de dar un testimonio, entonces siempre que hay un delito sexual en flagrancia se hace una atención psicológica en crisis no es una valoración psicológica forense porque para determinar la existencia de un estrés postraumático tenemos que esperar cierto tiempo, pero se hace una atención psicológica en crisis en la que el psicólogo dice la víctima, cada ser humano tienen diversas formas de reaccionar si está en shock y no puede hablar, simplemente no se toma el testimonio anticipado y si es que quiere hablar pues se aprovecha y se toma el testimonio en delitos flagrantes es así inmediatamente, en delitos en trámite ordinario para que haya o se pueda llevar a efecto la diligencia del testimonio anticipado, Fiscalía y juez tienen la obligación de garantizar el derecho a la defensa del procesado notificándolo personalmente con la diligencia, entonces si por ejemplo a mí me denuncian de una violación previo a tomar el testimonio se tienen que agotar los elementos investigativos para que yo esté notificada y pueda comparecer con un abogado público o un abogado particular para contradecir los hechos materia de la investigación, siempre contando en todos los casos de acuerdo al debido proceso con el tiempo suficiente para una defensa técnica, porque no vamos a volver a tomar el testimonio de la víctima.

Ambas partes tienen el derecho a la contradicción, la víctima, el procesado, recordemos que las partes procesales son cinco en acción pública penal: el fiscal, la víctima, el procesado, el abogado de la víctima y el abogado del procesado son las cinco partes quienes el procesado

si quiere puede estar en cámara Gesell en la parte donde se garantiza una no confrontación física, puede estar presente en la sala de grabaciones y escuchar todo y a través de su abogado realizar las preguntas necesarias, porque la cámara de Gesell son dos cuartos separados por un espejo vidriado en el que en el un cuarto o sala de entrevista forense está asistido por un psicólogo que hace de interlocutor y acá en la parte de grabación o de las partes procesales está el juez como dirigente de la diligencia porque es un adelanto probatorio, el fiscal, la defensa de la víctima, la defensa del procesado y si gusta él tiene el derecho de estar presente y de estar allí asistido por su abogado.

Generales:

2.- ¿A su criterio al no encontrarse presente el procesado en la recepción del testimonio anticipado, se vulneran los principios procesales de contradicción y de igualdad de armas?

Osea el procesado puede estar presente físicamente, más es obligatorio para que se desarrolle la diligencia que esté asistido por su abogado defensor, no se lo puede a él ser obligado a estar presente pero tiene la garantía supraconstitucional del debido proceso y de estar asistido por un abogado. Yo considero en virtud de eso que no se vulnera un derecho porque él está representado por un abogado que tiene la obligación de ejercer una defensa técnica.

3.- ¿A su criterio al estar presente la defensa técnica del procesado en la recepción del testimonio anticipado, se garantiza a cabalidad el debido proceso?

Yo considero que sí, si es que no se garantizaría un debido proceso causaría nulidad no cierto, de hecho por ejemplo existe la Cámara de Gesell funciona a nivel nacional, se crearon las SAIUAPI que era la unidad de atención especial o la unidad de atención de peritaje integral a partir del año 2011 como cumplimiento al mandato constitucional de la Constitución de 2008, entonces a partir de ese año 2011, Fiscalía empezó a la implementación de Cámara de Gesell, y a partir del 2016 más o menos, la Judicatura fue también adquiriendo Cámaras

de Gesell para las contravenciones en violencia intrafamiliar y para la recepción de testimonios anticipados de casos antiguos, entonces por ejemplo se han dado casos en que antes de alguna u otra manera se iniciaba la instrucción fiscal, se tomaba el testimonio anticipado pero no se notificaba personalmente al procesado, entonces como el señor no estaba notificado personalmente no se podía garantizar su defensa técnica y ahí se ha declarado la nulidad de esos testimonios anticipados por no garantizar un derecho a la defensa, incluso de esos procesos penales por no notificar personalmente al procesado.

4.- ¿Desde su experiencia, qué valor probatorio tiene el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales?

Bueno la doctrina y la jurisprudencia y de hecho las resoluciones del Tribunal de Garantías Penales de la Corte Nacional y de la Corte Provincial de las Salas de lo Penal de las respectivas cortes determinan que el testimonio anticipado puede ser un elemento probatorio suficiente para romper la presunción de inocencia de la que goza un ser humano, siempre y cuando determinen o se cumplan los siguientes parámetros doctrinarios el primero es la verosimilitud, la persistencia y la eliminación o no existencia de motivaciones espurias, verosimilitud que sea corroborado con otros elementos investigativos, por ejemplo si es que yo digo que alguien me violó voy a tener una valoración ginecológica que determine un desgarramiento o un proctológico en el caso de varones que también me determine un desgarramiento, son elementos que van sumando verosimilitud, no cierto a la investigación, de igual manera el estrés postraumático, la valoración; por otro lado, la persistencia que se vaya a lo largo del tiempo se mantenga la acusación, osea si yo digo que estuve el día 24 de julio a las 5 de la tarde en tal lugar se pueda mantener eso, osea que después a lo largo del testimonio y de los testigos que vayan al juicio se vaya manteniendo el mismo discurso, lo que dice la Sala y me parece correcto es se tiene que determinar por ejemplo en el caso de persistencia también la edad de la víctima, el nivel de educación de la víctima, porque por ejemplo hay abogados que a niños de 10 años les dicen pero qué día, qué hora fue y los niños dicen no cuando yo estaba en cuarto año, cuando yo estaba en quinto año, entonces, dice la doctrina y la

jurisprudencia que se tiene que analizar también las circunstancias de cada una de las víctimas y la tercera y que para mí es muy importante de los elementos de la investigación es que no hayan motivaciones espurias, osea que no haya un resentimiento, un motivo oculto para presentar una denuncia, por ejemplo en casos de alienación parental, cuando hay divorcios que cuando se fue a dormir con el papá, el papá le tocó las partes íntimas, todo eso tiene que ir investigando Fiscalía a través de los peritajes correspondientes, osea determinar que no hayan resentimientos o motivaciones ocultas de investigación, para la presentación de esa denuncia, sin embargo, yo creo que nosotros tenemos que partir de una investigación en delitos sexuales en los que se crea que sucedió para ir descartando todo, porque lo que sucede en nosotros los adultos cuando dice un niño, es que mi tío me tocó las nalguitas o cosas así, nosotros decimos vos mientes, eres mentiroso, cosas que van cerrando a la víctima y van agravando su nivel de vulnerabilidad.

Dentro de la casuística son muy raros los casos que la madre denuncia al padre de sus hijos respecto de un delito de carácter sexual, es más frecuente que el padre de los hijos acuse al padrastro o a la nueva pareja de la madre de abusar sexualmente de sus hijos, osea en la casuística y en la práctica es muy rara la mujer que denuncia al padre de sus hijos, de que haya abusado de ellos, lo contrario porque por ejemplo de hecho, en las investigaciones cuando son niños víctimas de delitos sexuales, es muy difícil y se vuelve yo digo el gato y el ratón porque esta mujer muchas veces depende económicamente del marido, tiene varios hijos, y vive un círculo de violencia, entonces más bien como que se tiende a una defensa y sentimiento de culpa respecto de la denuncia y no es muy frecuente, esos delitos nacen o se denuncian por parte por ejemplo del psicólogo o del profesor, o de personas cercanas al niño, que se llegan a enterar del hecho, es muy poco frecuente que ella denuncie, si es muy frecuente que como yo tengo una nueva pareja, el padre de mis hijos lo denuncie a mi nueva pareja respecto de eso, a veces y la mayoría de casos, esta nueva pareja abusa también de los niños, porque tenemos naturalizada la violencia, eso para aclarar, y luego dentro de la investigación obviamente es importante el testimonio anticipado de la víctima o el testimonio

de la víctima pero también sobre todo una valoración ginecológica o proctológica en el caso de los niños que nos determine si es que existen desgarros o no, para qué nos sirve la valoración médico legal ginecológica o proctológica para determinar frente a qué delito estamos o violación, o abuso sexual, o puede haber un acoso sexual que ya sería innecesaria la valoración ginecológica, porque se entiende que es un delito de pretensión, no de acción; es el proponer actos de naturaleza sexual basándose de una relación de poder, el proctológico, médico legal ginecológico, de igual manera el psicológico, para determinar yo creo que el psicológico es de los más importantes de una manera forense porque nos ayuda a determinar las motivaciones espurias o no, la existencia de un estrés postraumático, y determinar las vulnerabilidades o perfil victimal de la víctima, entonces son cosas que nos van guiando y fortaleciendo ya probatoriamente lo que es la verosimilitud y la persistencia del hecho, y del relato de la víctima y también la valoración del entorno social, valoración de entorno social para que nos ayude a determinar donde se desarrolla, las vulnerabilidades que tiene la víctima, se encuentra un ciclo de violencia o no, y que es lo que llevó a la comisión de un delito; y también se complementa por ejemplo con valoración de reconocimiento del lugar de los hechos, pruebas genéticas de ADN, puede haber P30 biológicas, no solo de ADN sino análisis biológico de saliva, también puede haber químicos, en caso de que se haya utilizado alcohol o drogas, informáticos, si hay mensajes de texto, si hay correos electrónicos, formas en las que por ejemplo una persona de 30 llegó a una niña de 12 años a seducirlas y cosas así, entonces va dependiendo del caso, pero en general es el testimonio, la valoración ginecológica o proctológica, el psicológico, el entorno social y el reconocimiento del lugar. En el caso de delitos sexuales en el que tengamos varias víctimas se tiene que hacer también, se tiene que enfocar la investigación tanto a la víctima como al procesado, porque a nosotros nos interesa el conocer la verdad de los hechos, pero qué motivó a esa comisión de los hechos, porque la finalidad de la pena no es solo la sanción sino también la prohibición, entonces si yo tengo a una persona que ha violado a más de una, dos o tres niñas, ya le voy hacer también rasgos de personalidad, una valoración psicológica forense a él para determinar y si es que hubo por ejemplo un delito flagrante de violación también le hacemos

un reconocimiento médico legal al procesado en ese momento aprehendido para determinar signos de violencia en su humanidad.

5.- ¿A su criterio el testimonio anticipado en la Cámara Gesell cumple su propósito de proteger los derechos de las partes procesales y cree que sea necesario hacer algún ajuste?

Bueno yo creo que el propósito de no revictimización se cumple, ahora sí creo que hay que hacer ajustes porque por ejemplo con los años y la práctica hemos aprendido cómo se debe llevar una entrevista forense, este testimonio anticipado de acuerdo al protocolo de Michigan se da la entrevista forense que está aprobado por UNICEF y suscrito por el Ecuador y también ratificado en Ecuador da que el testimonio sea un relato libre de la víctima asistido por el psicólogo, y luego de que ella digo víctima en general, hombre o mujer, en su relato las partes podamos realizar las preguntas aclaratorias respecto del tema que se lleva, creo personalmente que no todos los abogados están preparados para desarrollar o cumplir el protocolo de Michigan, entonces si la víctima empieza a hablar y hay abogados por ejemplo que empiezan a chatear en el celular o quieren contestar llamadas, osea no le prestan la atención y la importancia probatoria que tiene esto, además; que dicen y por qué solo ella cuenta, cuando el protocolo es que se relate, incluso nosotros como fiscales vamos como desde 2018 en preparación de la entrevista forense, osea vamos dos años en preparación de entrevista forense; frente a los abogados por ejemplo que no tienen o que nunca han ingresado a una Cámara de Gesell, y que quieren hacer preguntas como si fuera un testimonio normal, frente al Tribunal en el que nosotros somos los que hacemos brillar al testigo cuando acá es el testigo quien brilla solo, y nosotros vamos haciendo preguntas aclaratorias, es importante también que por ejemplo, muchos abogados van y preguntan por ejemplo de los alimentos, cuando no es materia del litigio; cuando ni siquiera a Fiscalía le compete aclarar respecto de los alimentos, y no tienen nada que ver, osea no todos los abogados están preparados para ir a Cámara de Gesell y eso causa también aparte del retardo puede causar una victimización, pues insisten e insisten, y ya se empieza el psicólogo

como ser humano pero y ya lo contestó o pero por qué le preguntan eso, entonces si es ahí como que los adultos a discutir cosas que no tendrían que pasar en Cámara de Gesell.

DR. JOSÉ CRISTÓBAL ÁLVAREZ RAMÍREZ

JUEZ DEL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES DE LOJA:

1.- ¿Desde su experiencia como juez penal cuáles han sido los problemas más importantes al hacer la valoración probatoria del testimonio anticipado en casos de delitos sexuales?

Problemas tal vez técnicos, a veces las grabaciones no van bien, pero de lo otro pues, tal vez por la cultura demasiado legalista a veces se protege a la víctima para que no pueda ser reexaminada, y si luego de haber dado un testimonio anticipado aparecen nuevas cosas que deberían ser aclaradas existe una cultura que dice que como eso no está regulado en la ley, para no revictimizar no la pueden hacer que regrese a que dé su testimonio, cuando vemos por ejemplo en Colombia la Corte Constitucional habla de que habría que hacerse un test de proporcionalidad para ver la posibilidad de que regrese la víctima porque a veces lo que hay que aclarar son precisamente cosas que podrían significar la absolución del procesado, o cosas que podrían también significar el condenar a un inocente, lo mismo con los acuerdos plenarios sobre delitos sexuales en Perú también hablan de la posibilidad de que cuando sea necesario se podría pedir que la víctima regrese a la Cámara de Gesell para aclarar para cierta investigación, sin embargo aquí cuando se ha pedido eso hemos hecho un test de proporcionalidad y si alguna vez hemos negado esa posibilidad ha sido por haberse aplicado el test de proporcionalidad no porque creemos que la ley agota todas las posibilidades, con una cultura demasiado exegética, demasiado cerrada, lo otro es que los abogados deben ejercer la contradicción en el testimonio anticipado porque éste es como un pedacito ya de la audiencia del juicio, y naturalmente que si no se hace uso del derecho a controvertir de

manera adecuada en el testimonio anticipado más adelante es un poco complicado controvertir, mayores problemas no he visto yo en torno a ese tema.

El test de proporcionalidad típico de que si es necesario, la adecuación, la necesidad, es decir, en primer lugar de que si hacer regresar a esa persona que declare va a cumplir con una finalidad, lo otro de la necesidad a ver si no hay otra manera de llegar a obtener el mismo fin a través de otro medio, y la proporcionalidad en el sentido estricto de que habiendo el derecho de la víctima y el derecho del procesado no se vaya a afectar demasiado el derecho de la víctima, suponiendo que la víctima es una persona que dependiendo del caso ha quedado gravemente traumada es imposible revictimizarla, entonces esos requisitos son los que hay que ver para analizar la posibilidad a ver si se la hace regresar o no.

Generales:

2.- ¿A su criterio al no encontrarse presente el procesado en la recepción del testimonio anticipado, se vulneran los principios procesales de contradicción y de igualdad de armas?

No yo creo que no, porque un proceso al menos en la parte investigativa y en determinados delitos como por ejemplo el peculado no es necesario la presencia del procesado, lo importante es que esté representado por una defensa técnica que sea de su absoluta confianza y en eso sí somos estrictos porque cuando el procesado cambia de abogado a última hora, nosotros diferimos la audiencia para dar la posibilidad de que el nuevo abogado se prepare, pero lo que pasa es que hay que tener en cuenta que estamos hablando de delitos sexuales, y cuando hay delitos sexuales hay la posibilidad cierta de que a la víctima que a ese tiempo es presunta víctima se la esté revictimizando a cada momento, entonces teniendo en cuenta eso hay que hacer un balance y a mí me parece pues que si el procesado en ese testimonio anticipado que es un pedacito de audiencia anticipada, perdón la redundancia, está representado por su abogado de confianza no hay ningún problema.

3.- ¿A su criterio al estar presente la defensa técnica del procesado en la recepción del testimonio anticipado, se garantiza a cabalidad el debido proceso?

Sí, yo creo que sí mientras esté presente y haya una adecuada comunicación, ahora con los medios que hay telemáticos como lo que estamos utilizando en este momento, el procesado puede estar en contacto permanente con su abogado, yo no veo ningún problema.

Generalmente el procesado no va, porque a veces está con prisión preventiva, a veces están de huida, bueno y ahí hay que también considerar que no se puede detener el proceso porque no se lo detiene al procesado, pues el proceso tiene que continuar; en otras veces el testimonio anticipado se lo toma inclusive antes de que se inicie el proceso penal entonces el derecho tiene que adecuarse a los fines y tienen que en ese caso ser flexible, siempre y cuando desde el punto de vista de la razonabilidad uno vea que el procesado está debidamente representado y haya una comunicación entre el defensor y su procesado.

4.- ¿Desde su experiencia, qué valor probatorio tiene el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales?

Bien, lo que dice el Supremo Español, lo que dice la Corte Colombiana, lo que dicen los acuerdos plenarios del Perú, y la jurisprudencia ecuatoriana y la mayoría de la latinoamericana es que en los delitos de ese tipo que son ocultos, si el testimonio de la víctima es determinante, naturalmente que para que ese testimonio sea determinante se debe cumplir una serie de requisitos que ha desarrollado la doctrina como es por ejemplo la ausencia de móviles espurios, la persistencia en la acusación, concordancia periférica que es un test para evitar que ese testimonio que es determinante tampoco pase por pasar sin asegurarnos de que cumpla ciertos requisitos básicos que sin hacer de ese testimonio una especie de prueba tasada pero son una especie de cautelas que observamos para evitar condenar a un inocente.

Cuando hablo yo de circunstancias periféricas concordantes que es un requisito del test, quiere decir que ese testimonio esté mínimamente corroborado con circunstancias que estén también debidamente probadas, entonces con eso evitamos el creer por creer.

5.- ¿A su criterio el testimonio anticipado en la Cámara Gesell cumple su propósito de proteger los derechos de las partes procesales y cree que sea necesario hacer algún ajuste?

Yo creo que si la gente maneja con ética y profesionalismo cumple, ahora si tenemos un fiscal que tiene visión de túnel, que no permite que la defensa haga preguntas o que hace preguntas sugestivas entonces no cumple, pero para eso también tenemos ahí la presencia de un juez garante que debe garantizar que ese testimonio que es muy delicado, del cual se puede derivar una condena por un crimen gravísimo, a un inocente que es un hecho reprochable o también se podría derivar la absolución de una persona autora de un crimen atroz, entonces hay que tener en cuenta que esa es una prueba muy interesante, muy importante en el proceso, y deben las personas observar lo que inclusive dice el protocolo, hay un protocolo para la Cámara de Gesell del Ministerio Público, que habla de que el objetivo de ese testimonio, en la Cámara de Gesell es evitar la revictimización, conocer qué mismo es lo que ha sucedido y a más de eso evitar que se planteen preguntas sugestivas, si se cumple todo eso, es una herramienta muy buena, si no se cumple entonces viene el problema que nosotros en el Tribunal cuando reproducimos el testimonio anticipado valoramos la forma en cómo se hicieron las preguntas, y cómo se obtuvo esa declaración.

DR. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ

ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO:

1.- ¿Desde su experiencia como abogado penalista en libre ejercicio cómo se ve efectivizado el principio de igualdad de armas, en el testimonio anticipado en casos de delitos sexuales o cree que se realiza alguna ponderación de derechos?

En realidad cuando se trata de testimonios anticipados como pruebas jurisdiccionales, que se las llama también anticipadas, de alguna manera yo debo indicar y de acuerdo a mi experiencia que si se ha respetado, desde mi punto de vista, toda vez de que ha existido por parte del juez quien es el encargado de dirigir esa diligencia, el control respectivo, lo que tiene

que ver a la observancia y al respeto a los derechos, tanto del procesado o procesados y de la víctima, es decir se han observado y se han aplicado también los principios de contradicción, inmediación, concentración y continuidad, tal cual fuera un acto probatorio ante un tribunal.

Generales:

2.- ¿A su criterio al no encontrarse presente el procesado en la recepción del testimonio anticipado, se vulneran los principios procesales de contradicción y de igualdad de armas?

Por supuesto que sí, recordemos que el principio de igualdad de armas, más allá de ser un principio es un derecho que establece la Constitución para quienes están procesados por esta clase de delitos; entendamos a la igualdad de armas, al equilibrio que tiene que ver en las posiciones, tanto del procesado como de la víctima, y a la equivalencia de oportunidades que tienen las partes procesales, en ese sentido yo sí creo que la no presencia o ausencia del procesado implica una vulneración directa del derecho que tiene a estar presente y a ejercer inclusive a través de esa garantía básica, una defensa material o autodefensa por parte del procesado; entonces sí se vulneraría.

3.- ¿A su criterio al estar presente la defensa técnica del procesado en la recepción del testimonio anticipado, se garantiza a cabalidad el debido proceso?

No se garantizaría. La anterior pregunta que se me ha hecho pues yo diría, sería necesaria, indispensable, la presencia del procesado; porque como le digo él también y según nuestra Constitución tiene derecho a ejercer la defensa material, que es la que él puede realizarla a través de su persona, y, más aún, cuando quien sabe en qué circunstancias posiblemente se ha presentado el hecho que es materia, en ese caso del proceso que se está llevando en su contra, es él quién debe informar al abogado para que éste a su vez ejerza la defensa técnica efectiva y eficiente como manda la Constitución, entonces sí se vulneraría el debido proceso

en la garantía básica del derecho a ser escuchado y el derecho también a replicar las pruebas o a contradecir las que se han actuado, las que se han presentado en su contra.

4.- ¿Desde su experiencia, qué valor probatorio tiene el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales?

El valor probatorio del testimonio anticipado de las víctimas en esta clase de delitos que hace mención, ya lo ha indicado la jurisprudencia y la doctrina que es altamente incriminatorio, es un valor probatorio que debería ser considerado por los jueces pues que están en este caso conociendo el hecho y de acuerdo a los principios de contradicción, concentración e inmediación este testimonio como prueba anticipada debería tener el mismo tratamiento ante el juez, ante quien que se lo practica o posiblemente ante un tribunal, siempre y cuando sea practicado en observancia a los principios que rigen pues la práctica de la prueba.

El testimonio anticipado como prueba, en este caso el valor que tendría que dársele, también dependería de las circunstancias en las que pues se está juzgando el hecho, muchas veces es necesario que ese testimonio anticipado como prueba sea periféricamente corroborado por otras fuentes de prueba, y de modo que, sí sería pues necesario tomar en cuenta las circunstancias en las que se está juzgando el hecho, porque no sabría decirle o darle una respuesta específica a lo que me está preguntando, porque muchas veces es necesario que esa prueba anticipada sea corroborada por otras fuentes probatorias que lógicamente pues tendrán que en su momento, tener en cuenta el juez pues que está en este caso conociendo la causa y dirigiendo pues la práctica de esta diligencia.

5.- ¿A su criterio el testimonio anticipado en la Cámara Gesell cumple su propósito de proteger los derechos de las partes procesales y cree que sea necesario hacer algún ajuste?

En mi criterio, hasta el momento, y de acuerdo pues a la práctica y a la experiencia que tengo, se ha respetado o cumplido con los fines toda vez que ha existido pues un equilibrio como le digo, en las condiciones, en el trato que se le da tanto a la víctima como al procesado cuando

se ha practicado este tipo de diligencias, testimonios anticipados como pruebas, pues se ha respetado los principios y los derechos de las partes.

Considero, de que sí tendría que tomarse en cuenta los medios telemáticos a la hora también de la práctica de esa prueba, porque muchas veces si han habidos reclamos por parte de los abogados o la fiscalía, del derecho a la no revictimización, entonces el hecho de estar presente allí el procesado, señalan y argumentan ellos de que sería una especie de revictimización, pero por eso mismo la cámara de Gesell y su infraestructura nos dan cuenta de que existe una especie de barrera a través de la cual no podría haber contacto de la víctima con el procesado, sin embargo pues pensar lo contrario, asumir de que el procesado no deba estar allí presente en la cámara de Gesell cuando se lleve a cabo el anticipo jurisdiccional probatorio del testimonio de la víctima, sería sí vulnerar el derecho del procesado, sin embargo, como le digo dadas las circunstancias y atendiendo a las condiciones en las que se encuentre la víctima o el procesado, sería también bueno de pensar en esa metodología, para que se practique esa prueba a través de los medios telemáticos, ahora como usted conocerá está en auge las videoconferencias, que a través de una videoconferencia se pueda llevar a cabo tranquilamente siempre y cuando eso no atente pues contra los derechos ni de la víctima, ni del procesado.

DR. LUIS ALBERTO VILLAVICENCIO

ABOGADO EN LIBRE EJERCICIO:

1.- ¿Desde su experiencia como abogado penalista en libre ejercicio cómo se ve efectivizado el principio de igualdad de armas, en el testimonio anticipado en casos de delitos sexuales o cree que se realiza alguna ponderación de derechos?

Nosotros tenemos que partir sobre el hecho de que hay varios pronunciamientos sobre el testimonio anticipado de la víctima en lo que tiene que ver con delitos de carácter sexual, existe tanta jurisprudencia como doctrina, que refiere que el testimonio anticipado de la víctima es de alto poder incriminatorio; que quiero decir con esto, que el testimonio anticipado

de la víctima tiene un poder probatorio insuperable, por qué razón, porque los delitos de carácter sexual se los realiza en despoblado, no hay testigos presenciales, más que la propia víctima que conoce lo que le pasó el día de los hechos, en este sentido tengo que manifestar que la igualdad de armas se concentra en este caso el momento que se le permite al abogado del procesado poder ejercer el derecho de contradicción, que quiero decir con esto, que se le permita en este caso al abogado del procesado, preguntar o contra examinar en este caso a la supuesta víctima, y evidentemente pues nosotros como abogados litigantes, sí nos vemos afectados en este sentido, porque no tenemos intermediación directamente con la testigo principal de un hecho, en este caso pues en un delito de carácter sexual, claro que tenemos por ejemplo el principio de no revictimización, derecho que le favorece en este caso a la víctima, pero considero que sí nos coarta un poco el derecho en este caso de contra examinar efectivamente a la víctima.

Generales:

2.- ¿A su criterio al no encontrarse presente el procesado en la recepción del testimonio anticipado, se vulneran los principios procesales de contradicción y de igualdad de armas?

No, necesariamente, no es requisito que se encuentre el procesado para que se lleve a cabo el testimonio anticipado de la víctima, yo he tenido varios casos en donde me han concedido pues en este caso mis clientes la procuración judicial para yo poderles representar a estas personas dentro de esta diligencia, lo que es la recepción del testimonio anticipado, yo considero que no es necesario la presencia en este caso del procesado, pero sí de su defensa técnica, pues obviamente al no permitírsele pues ejercer el derecho de contradicción pues se le está dejando en total estado de indefensión al procesado.

3.- ¿A su criterio al estar presente la defensa técnica del procesado en la recepción del testimonio anticipado, se garantiza a cabalidad el debido proceso?

Claro, el abogado en este caso del procesado debe estar atento, justamente a todo el desarrollo de esa diligencia, porque se puede dar el caso y se ha dado el caso efectivamente

de que fiscales al momento de preguntar hacen preguntas totalmente inconstitucionales, preguntas sugestivas, preguntas que no están permitidas de acuerdo a las reglas del Código Orgánico Integral Penal, entonces el abogado tiene que estar atento, yo he tenido varios casos en donde se ha solicitado la nulidad de todo un juicio, por qué razón, porque ha existido falta de defensa técnica en este caso del procesado, qué pasa, se presenta el abogado del procesado, pero este abogado realmente no representa bien los derechos de su patrocinado, y se lo deja en total estado de indefensión, hay un sinnúmero de casos que se han dado incluso aquí en la ciudad de Loja, en donde se ha declarado la nulidad por falta de defensa técnica a favor del procesado.

4.- ¿Desde su experiencia, qué valor probatorio tiene el testimonio anticipado en víctimas de delitos sexuales?

Como le había referido anteriormente, pues el testimonio anticipado de la víctima es de alto poder incriminatorio, este testimonio no tiene que estar por ejemplo sujeto a elementos espurios, que quiere decir esto, que por ejemplo, el testimonio de la víctima, por ponerle un caso la víctima tiene una enemistad con el procesado, ese sería un elemento espurio; otro caso, por ejemplo que el testimonio debe tener una secuencia cronológica, y lo que esa persona les dice a los testigos y a los peritos, tiene que ser concordante, el momento que no es concordante ese testimonio, pues prácticamente carece de credibilidad y verosimilitud, entonces si reúne todos estos presupuestos este testimonio es de alto poder incriminatorio, como le repito pues en delitos de carácter sexual no existen testigos, más que la propia víctima que conoce del suceso.

5.- ¿A su criterio el testimonio anticipado en la Cámara Gesell cumple su propósito de proteger los derechos de las partes procesales y cree que sea necesario hacer algún ajuste?

La cámara de Gesell es una habitación que se encuentra dividida en dos, la división es de un vidrio, nosotros podemos observar a la víctima, pero la víctima no nos puede observar a nosotros, nosotros la podemos escuchar a la víctima pero ella no nos puede escuchar a

nosotros, todas las preguntas que nosotros hacemos, en este caso, sea fiscal, o el abogado de la víctima o el abogado del procesado, hace las preguntas y por medio de una psicóloga que tiene que estar presente en la diligencia, se le hace mención a las preguntas que se le está haciendo, pero no hay la posibilidad, en este caso como le decía la intermediación, en este caso poder acceder directamente, observar a la víctima, porque uno por ejemplo como abogado litigante pues uno prácticamente con ver a la persona, analizarla, pararse frente a esa persona podemos observar gestos que nos pueden incluso indicar si esta persona está mintiendo, está diciendo la verdad o no, en todo caso, todas estas situaciones impiden a la defensa del procesado tener un verdadero contraexamen, incluso hay veces que se le hace una serie de preguntas a la víctima, y el momento pues que llega la pregunta a oídos de la víctima la psicóloga no le hace efectivamente la pregunta en los términos que uno le está haciendo, entonces en ese sentido sí vemos que se encuentra afectado este principio de intermediación y de contradicción.

Usted hablaba en algún momento de la ponderación de derechos y de principios, en este caso tenemos y realmente tenemos los derechos de la víctima de no ser revictimizada y tenemos los derechos del procesado de hacer un uso efectivo de su derecho legítimo a la defensa, yo considero pues en ese caso de delitos sexuales se utilice lo que es el biombo, el biombo es una especie de cortina que se utiliza en la audiencia y eso es ante un tribunal, por ejemplo el testimonio anticipado se lo está recibiendo ante un juez de garantías penales, y recordemos que toda la prueba se la practica ante el tribunal de garantías penales, es lo que refiere el Código Orgánico Integral Penal, esa sería mi observación, en ese sentido.