



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL
VI PROMOCIÓN “B”

**EXAMEN COMPLEXIVO PARA OBTENER EL GRADO DE MAGÍSTER EN
DERECHO CONSTITUCIONAL**

TEMA:

“LA VULNERACIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL NIÑO,
NIÑA Y ADOLESCENTE POR LA NO RECEPCIÓN DEL TESTIMONIO
ANTICIPADO DESDE LA INVESTIGACIÓN PREVIA, CAUSA
REVICTIMIZACIÓN”

AUTOR:

AB. KAREN LUISA KINCHUELA MORÁN, ESP.

TUTORES:

DR. TEODORO VERDUGA SILVA

DR. NICOLÁS RIVERA HERRERA

11 DE DICIEMBRE DEL 2018

GUAYAQUIL – ECUADOR



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, Ab. Karen Luisa Kinchuela Morán

DECLARO QUE:

El examen complejo: *“La vulneración de derechos constitucionales del niño, niña y adolescente por la no receptación del testimonio anticipado desde la investigación previa, causa revictimización”*; previo a la obtención del **Grado Académico de Magíster en Derecho Constitucional**, ha sido desarrollado en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance científico del proyecto de investigación del Grado Académico en mención.

Guayaquil, 11 de diciembre del 2018.

EL AUTOR

Ab. Karen Luisa Kinchuela Morán



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
SISTEMA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

AUTORIZACIÓN

Yo, Ab. Karen Luisa Kinchuela Morán

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la publicación en la biblioteca de la institución del examen Complexivo: *“La vulneración de derechos constitucionales del niño, niña y adolescente por la no receptación del testimonio anticipado desde la investigación previa, causa revictimización”*, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, 11 de diciembre del 2018.

EL AUTOR

Ab. Karen Luisa Kinchuela Morán

DEDICATORIA

A aquellas niñas, niños y adolescentes que han sufrido algún tipo de agresión sexual y que llevan adelante su vida, demostrándonos que nuestros problemas no son complejos.

AGRADECIMIENTO

A Dios, porque bendice mis pasos cada día, mi guía en todo momento, mi
fortaleza diaria y luz en mi vida.

A mi madre, porque es mi motor y quien guía mis pasos con su amor y su apoyo
diario

A mis amigos con los que cuento como ángeles en mi vida.

GRACIAS

ÍNDICE

CAPÍTULO I INTRODUCCIÓN

EL PROBLEMA	2
OBJETIVOS	
Objetivo General	3
Objetivos Específicos	3
BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL	4

CAPÍTULO II DESARROLLO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antecedentes	6
Descripción del Objeto de investigación	7
Pregunta Principal de Investigación.....	8
Variable única.	8
Indicadores.....	8
Preguntas Complementarias	9

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Antecedentes de Estudio	10
-------------------------------	----

BASES TEÓRICAS

La Victimología	11
La víctima, concepto	12
Clases de víctima.....	13
Tipos de victimización	14

Derechos de las víctimas en el Ecuador	15
Derechos de las víctimas (menores de edad).....	16
Derechos de los menores en la Constitución de la República del Ecuador.....	17
Derecho a la no revictimización.	19
Derechos establecidos en los Convenios y Tratados Internacionales	21
Derechos de los menores en el Código de la Niñez y Adolescencia.....	22
La víctima en la investigación previa y etapas del proceso penal	23
El anticipo de prueba en el proceso penal acusatorio oral	24
Antecedentes de la Cámara de Gesell	25
Testimonio anticipado	27
Victimización secundaria causada por el proceso de investigación	29
Retractación.	30
Tutela judicial efectiva y protección estatal	35
Mecanismos de protección y reparación integral	38
DEFINICIÓN DE TÉRMINOS	39
METODOLOGÍA	39
Modalidad	39
Población	41
Métodos de Investigación	
Métodos Teóricos	42

Métodos Empíricos.....	42
PROCEDIMIENTO.	43

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES

RESPUESTAS

BASE DE DATOS CUALITATIVOS O NORMATIVOS	44
Constitución de la República del Ecuador	46
Análisis de resultados.....	46
Código de la Niñez	47
Análisis de resultados.....	47
Código Orgánico Integral Penal.....	49
Análisis de resultados.....	49
Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).....	50
Análisis de resultados.....	50
Convención Americana sobre los Derechos del Niño.....	50
Análisis de resultados.....	50
Declaración de los Derechos del Niño	51
Análisis de resultados.....	51

BASE DE DATOS JURISPRUDENCIAL

Juicio No. 639-2013, de fecha 26 de diciembre del 2013	52
--	----

Análisis de resultados	52
Caso de la niña (S) 09281-2016-07113.....	53
Análisis de resultados.....	54
ENTREVISTAS	
Juicio de expertas	63
CONCLUSIONES.....	66
RECOMENDACIONES.....	67
BIBLIOGRAFÍA.....	70
ANEXOS	
Anexo No.1.- Caso de niña (S), dentro de la causa penal No. 09281-2016-07113 en el que se señala testimonio anticipado	
Anexo No.2.- Caso de niña (S), dentro de la causa penal No. 09281-2016-07113 en el que se realiza la solicitud de Cámara de Gessell (Formulario de Cámara de Gessell).	
Anexo No.3.- Providencia emitida dentro de la causa penal No. 09286-2016-03817G por el Juez de Garantías Penales del Guayas donde se niega el testimonio anticipado en la investigación previa.	
Anexo No.4.- Cuestionario de entrevista a expertas: Fiscales de Delitos Sexuales	
Anexo No.5.- Reforma legal respecto del testimonio anticipado	

RESUMEN

La vulneración de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes al no permitirse la recepción de su testimonio anticipado en la fase de investigación previa sino en instrucción por parte de los Jueces, omitiéndose lo que establece el Art. 78 de la Constitución de la República del Ecuador, en cuanto a la no re victimización; así como la aplicación del principio del interés superior del niño, que se encuentra establecido en nuestra Constitución de la República del Ecuador, Convenios y Tratados Internacionales, de los cuales nuestro país es suscriptor, en los cuales se establece la obligación de carácter estatal de dar la protección y tutela judicial efectiva, así como ser escuchados en todo momento, por ello ante esa problemática y por la necesidad social, la recepción del testimonio anticipado desde el conocimiento de la infracción o desde una investigación previa, es de vital importancia porque permite al titular de la acción penal recabar elementos para determinar la existencia de una infracción y la responsabilidad de alguna persona en la comisión de un delito y se evitaría la revictimización de este grupo vulnerable ya que se daría el realce constitucional de sus derechos.

CAPÍTULO I

INTRODUCCIÓN

EL PROBLEMA

El presente trabajo está basado en determinar la vulneración de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, al realizarse la recepción del testimonio anticipado en la etapa de instrucción por parte de los Jueces en la ciudad de Guayaquil, omitiéndose lo que establece el Art. 78 de la Constitución de la República del Ecuador, la no re victimización; como también la aplicación del principio del interés superior del niño, a pesar de las peticiones que se realizan por parte de la Fiscalía o de quienes ejercen la defensa de la víctima. La aplicación de estos principios no son solo de carácter constitucional, también se encuentran establecidos en los Convenios y Tratados Internacionales, de los cuales nuestro país es suscriptor, estableciéndose la obligación de carácter estatal de dar la protección a estos niños, niñas y adolescentes. Ante esa problemática y por la necesidad social, la recepción del testimonio anticipado desde el conocimiento de la comisión de la infracción o desde una investigación previa, es de relevancia ya que permite al titular de la acción penal recabar elementos para determinar la existencia de una infracción y la responsabilidad de alguna persona en la comisión de un delito.

Dentro del presente trabajo de titulación, exaltaremos la importancia de “los primeros dichos” que realiza la víctima cuando cuenta lo sucedido, haciendo hincapié que por la edad de las víctimas, y las situaciones que surgen al haber comunicado lo acontecido son objetos de reproches, presiones, amenazas en su entorno familiar y social, causándose una revictimización. Por lo que resaltaremos la utilización de las herramientas que nos brinda el Estado, como en el caso la utilización de la Cámara de Gessell, amparada en el Art. 504 del Código Orgánico Integral Penal. Plantearemos la importancia de una reforma en el cual se agregue al final del Art. 504 y 502 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal que el testimonio anticipado podrá ser receptado desde la investigación previa y por ende se le dará el valor probatorio que establece la ley Penal.

OBJETIVOS

Objetivo General

Proponer la recepción del testimonio anticipado de los niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos sexuales desde el inicio de la investigación, evitándose la vulneración de sus derechos constitucionales, entre ellos la revictimización.

Objetivos Específicos

1. A través de esta investigación establecer que el testimonio de los menores que sufren violencia sexual, se recabe desde la fase de investigación previa en Cámara de Gesell, como mecanismo de no revictimización.
2. Identificar qué derechos de los menores se vulneran al receptarse su testimonio en la instrucción.
3. Determinar las formas de protección que debe establecer el Estado ecuatoriano para proteger a los niños, niñas, y adolescentes encaminados a una reparación integral.
4. Proponer la reforma a los artículos 504 y 502 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, para que el testimonio anticipado pueda ser receptado desde la investigación y por ende se le otorgue el valor probatorio que establece la ley penal. (ver anexo 5)

BREVE DESCRIPCIÓN CONCEPTUAL

El problema objeto de investigación es la vulneración de derechos constitucionales al que se encuentran sometidos los niños y niñas del Ecuador al realizarse su testimonio en la Cámara de Gessell en un procedimiento de carácter formal la instrucción, y no en el mismo momento en que se denuncian los hechos, con la finalidad de evitar así la revictimización de este grupo vulnerable. Siendo el Ecuador un Estado constitucional de derechos y justicia tiene como uno de los principios fundamentales la protección a los grupos vulnerables, siendo uno de éstos los niños, niñas y adolescentes del país, a quienes se vulneran sus derechos

cuando son revictimizados por éstas situaciones. Es por ello que el Estado Ecuatoriano tiene la obligación estatal de no revictimizar, conforme lo indica nuestra Carta Magna en su artículo 78, en la que se establece la protección a las víctimas, las mismas que en infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantiza su no revictimización. Debiendo resaltarse que los niños, niñas y adolescentes de conformidad a lo establecido en nuestra Constitución son un grupo vulnerable, gozando así de una doble protección especial pero resulta en la realidad que la protección estatal, existe solo en letras ya que en la práctica diaria no sucede.

De esta manera se entiende que revictimizamos si días después de ocurrido un hecho de carácter delictual, se recepta el llamado testimonio anticipado en Cámara de Gessell en un procedimiento formal como la instrucción, y no en el momento flagrante del hecho o en una investigación respetando todos los principios constitucionales. Es así que se debe manifestar lo recogido en el Diario El Telégrafo del día miércoles 02 de mayo del 2012, en la sección Justicia, cuando se indicó:

Una de las principales causas por las que las víctimas de abuso sexual abandonan los juicios contra sus agresores es la serie de trabas que presenta el proceso, como el hecho de que sean obligadas a recordar y relatar cómo ocurrió la violación al menos cinco veces, desde que presentan la denuncia hasta que el caso llega a la etapa de juzgamiento. Por esa situación, Marjorie (nombre protegido) desistió de seguir con el proceso legal contra el sujeto que el 11 de enero pasado violó a su pequeña hija de 4 años, dentro de su domicilio, situado en un barrio del centro de Guayaquil. La mujer cuenta que tuvo que esperar hasta cuatro horas en el Departamento de Medicina Legal de la Policía para que, pasadas las 16:00, se le practique el reconocimiento ginecológico a su hija, eso después de que presentara la denuncia, a las 11:00, en la oficina de la Fiscalía. Hasta esa hora la menor ya había repetido unas cuatro veces su agresión ante los policías, amanuenses y fiscales, sin contar que quien examinó sus partes íntimas fue un médico (ginecólogo hombre).

Como se ha manifestado esto sucede en los casos de procesos penales donde al realizarse después el testimonio se estaría recordando lo acontecido y no solo radica en dicha situación sino que el testimonio debe ser rendido a varias personas con la finalidad de cumplir con la investigación. Esta situación debe ser cumplida ante varias personas o ayudantes del sistema de justicia como

psicólogos, agentes policiales, médicos, asistentes, secretarias o secretarios, con la finalidad de obtener pruebas para demostrar un caso, y solo así valorizar el testimonio de la víctima.

Muñoz, (2012) expresa respecto de la indemnidad sexual:

la idea de indemnidad sexual, fundamenta también la prohibición del ejercicio de la sexualidad con incapaces. El concepto de incapaz que se utiliza en estos delitos debe ser interpretado conforme lo que dispone el Art. 25, es decir, como toda persona que, haya sido o no declarada su incapacitación (padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma). Una importante diferencia con respecto a los menores se da en cuanto que aquí no hay unos límites rígidos marcados por la edad, sino unas situaciones graduables, diferentes en cada caso y personas, que permiten una cierta matización (p. 219)

Refiriéndose el autor a una persona incapaz como alguien que no se puede gobernar por sí mismo, y en el caso de los menores marcados los límites por la edad. Siendo en el caso de ellos, la utilización de la Cámara Gessell, una herramienta que ayudaría para que los primeros dichos realizados por esa víctima sea prueba directa, ya que al cometerse estos delitos en contra de los niños, niñas y adolescentes dañando su indemnidad sexual, se los hace de manera oculta sin testigos, por lo general solo siendo actores el victimario y su víctima, y siendo relevante su testimonio debería receptárselo desde el conocimiento de la infracción desde una investigación. Respetando de esta manera el principio de legalidad, pero sobretodo respetando el principio constitucional de no revictimización, acortando pasos de esta manera y asegurando también pruebas reales dentro de un proceso penal, libre de amenazas e intimidaciones de cualquier índole, como su indemnidad sexual.

CAPÍTULO II

DESARROLLO

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Antecedentes

Con el incremento de víctimas de delitos sexuales entre ellos de niños y niñas, conocemos que esto trae como resultado la afectación no solo en la esfera familiar, sino en la sociedad, así como los daños físicos, psicológicos y de convivencia que se ocasionan. En muchos de los casos este problema de carácter social entra a la lista de la llamada “impunidad”, la misma que sucede por varios factores, entre ellos represalias, corrupción y compra de silencios así como cansancio, procesos largos y falta de tiempo. Todas estas situaciones provocan la ausencia de acusación en la etapa de juicio, por falta de éste testimonio fundamental, el cual es considerado por la administración de justicia como relevante, para añadirla a las demás pruebas y fundamentar una acusación fiscal.

Debiendo señalarse que en el Ecuador las pruebas se realizan en la audiencia de juicio teniendo como excepción la recepción de la prueba anticipada (antes llamada testimonio urgente), la misma que se practica en un procedimiento formal, esto es, en la etapa de instrucción a través de la utilización de medios tecnológicos como la cámara de Gesell para su obtención. Día a día se observa respecto de los menores la vulneración de sus derechos constitucionales, ya que pese a dar su testimonio en Cámara de Gessell, éste se hace mucho tiempo después de la presentación de la denuncia, se realiza en la etapa de instrucción y debido a las solemnidades requeridas dentro de este procedimiento y al desconocimiento de las normas constitucionales, no se permite la admisión del testimonio del niño o niña, o adolescente de forma inmediata evitando su revictimización.

Descripción del Objeto de investigación

Partiendo de la realidad de la sociedad, y de lo establecido en nuestros cuerpos normativos debemos indicar que el testimonio anticipado en el Ecuador se

encuentra establecido dentro de la etapa procesal de instrucción. Este testimonio no se puede receptor desde el momento de la comisión del hecho delictivo, o en una investigación previa. Esta situación genera malestar no solo a los ciudadanos como víctimas de delitos sino a sus familiares; así como, se evidencia esta necesidad en lo expuesto por fiscales de delitos sexuales que solicitan y requieren con urgencia una reforma al Código Orgánico Integral Penal respecto de la recepción de este testimonio anticipado de estos menores con primacía al interés superior del niño con la finalidad de evitar su revictimización.

Si el Ecuador es un Estado social de derechos y justicia debemos respetar los preceptos y principios constitucionales, mucho más si se trata de un grupo vulnerable al que debemos todos proteger. Estos menores deben ser altamente protegidos, muchos más cuando sufren de algún tipo de violencia. Siendo sorprendente como los operadores de justicia desconocen estos hechos y niegan la recepción de ese testimonio anticipado en la fase investigativa, en el decurso de una investigación previa; negación contraria a éstos principios y que no reúne la motivación establecida en el Art. 76 numeral 7, literal 1) de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que indica:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados

La Constitución del Ecuador (2008) nos expresa que los operadores de justicia deben motivar sus resoluciones, esta motivación se debe realizar para aceptar o negar cualquier petición, conforme se indica aplicando los preceptos constitucionales, los mismos que deben guardar relación con los hechos que se han anunciado, lo que en la práctica diaria no sucede ya que los jueces en estos casos de testimonios anticipados privilegian el principio de legalidad sobre el principio constitucional. Se debe señalar que no solo existe normativa de carácter nacional, sino también de carácter internacional que debemos respetar, así como los principios de derechos humanos, principios y normas de carácter jurídico entre las que encontramos el principio de interés superior del niño.

Pregunta Principal de Investigación

En virtud del objeto de la investigación de aplicar y receptor el testimonio de los niños, niñas y adolescentes en la Cámara de Gesell desde la investigación previa, para no vulnerar el derecho de la víctima ni provocar revictimización. Debemos plantearnos la siguiente interrogante

¿El testimonio anticipado de niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales receptados en la etapa de instrucción, vulnera sus derechos constitucionales, causando revictimización?

Variable única.

La aplicación del testimonio anticipado para los niños, niñas y adolescentes que sufran delitos sexuales en etapa de instrucción vulnera sus derechos constitucionales, causando revictimización

Indicadores:

1. Falta de aplicación de las normas y principios constitucionales por parte de los jueces de garantías penales.
2. Aplicación de los principios de legalidad en la recepción del testimonio de niños, niñas y adolescentes.
3. Revictimización secundaria de los menores por parte de los funcionarios administrativos y judiciales.
4. Leve protección estatal hacia los menores de edad.

Así como en virtud de los Objetivos Específicos se deben plantear las siguientes

Preguntas Complementarias:

1. ¿En qué fase o etapa del proceso penal al receptarse el testimonio de víctimas de delitos sexuales, menores de edad se evitaría su revictimización?
2. ¿En qué medida se vulnera los derechos de los menores en virtud de los derechos de los procesados?

3. ¿En qué medida la protección estatal es suficiente para evitar la vulneración de derechos de los menores?
4. ¿Hasta qué punto la reforma de los artículos 504 y 502 numeral 5 del COIP evita la vulneración de derechos constitucionales de este grupo de atención prioritaria?

FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Antecedentes de Estudio

La Constitución de la República del Ecuador (2008) establece en su Artículo 1 que:

El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

Siendo el Ecuador un Estado Constitucional de derechos y justicia tiene como uno de los principios fundamentales la protección a los grupos vulnerables, siendo uno de éstos los niños y niñas de nuestro país. De la misma manera tiene como característica y resalta el ámbito social por lo cual se debe trabajar por la clase desprotegida y futuro de nuestro país. Pero en la práctica y en la realidad social a pesar de existir mecanismos éstos no evitan una revictimización a estos infantes, tal como lo señaló: YAVAR, Fernando. Diario El Telégrafo, Justicia, (2012) “En muchas ocasiones (la afectada) es llamada a declarar dos y hasta tres veces y es expuesta a vejaciones.” (Pr 3)

Como se ha manifestado, las víctimas son llamadas a declarar en varias ocasiones para rendir su versión de los hechos en las diferentes etapas del proceso penal, y con diferentes personas, esto es ante el personal policial que tome procedimiento de un hecho, ante el personal de la Fiscalía sea el asistente o secretario como al o la Fiscal, psicólogos en varias entrevistas, peritos. En el caso de los niños es aún más difícil poder para ellos expresar este doloroso hecho del que fueron víctimas, éstos niños son revictimizados al tener que contar este hecho varias veces. Esta problemática que sufren las víctimas en todos los hechos, es más fuerte en el área de los delitos sexuales, ya que aquí el testimonio de la

víctima es relevante. Así también, lo han señalado respecto a la revictimización y de la importancia de este testimonio los diarios del país, como en el presente caso el Diario El Telégrafo, el cual indica en una de sus publicaciones que la Fiscalía promueve una atención integral para evitar revictimización. Diario EL TELÉGRAFO. JUSTICIA. (Miércoles, 02 Mayo 2012 00:00)

Otro suceso que sirve para ejemplificar las falencias del sistema de justicia, que aún no protege de forma integral a la víctima, quien debe hacer reconstrucciones, relatos o declaraciones reiteradas de lo sucedido durante el proceso penal, es el que se dio el 1 de febrero de 2012 en el Tercer Tribunal de Garantías Penales del Azuay, cuyos jueces declararon la inocencia de Jonny Ortiz Caicedo, alias “Negro Jonny”, a pesar de todas las pruebas presentadas por la Fiscalía de que el acusado habría violado a un niño de 4 años. Uno de los argumentos que esgrimió el abogado defensor de Ortiz, fue que el niño no estuvo presente en el juicio para su comparecencia. Sin embargo, para demostrar la culpabilidad del acusado, así como el estado físico y mental del menor, la fiscal que investigó el caso, Patricia Inga, expuso en el juicio los resultados de los peritajes médicos y psicológicos realizados durante más de un año al niño. Finalmente, en ese caso que ocurrió en Cuenca, el Tribunal dio la razón al abogado de la defensa y liberó al procesado, a pesar de las evidencias presentadas. “Es obligarla a revivir la experiencia, peor si la víctima es un infante”, explicó Paulina Garcés, asesora de la Fiscalía.

Conforme ya se ha indicado el testimonio de la víctima y en este caso del menor es prueba fundamental en los casos de delitos sexuales, donde como en el caso que antecede, de no producirse genera impunidad ya que no existe certeza respecto de la prueba para la condena de una persona procesada por el cometimiento de esta clase de delitos execrables, pero qué podríamos decir nosotros de ese infante a quién le toca revivir todas aquellas circunstancias inconcebibles para de esta manera probar un proceso penal, ya que de ésta manera se afecta su aspecto psicológico así como también su dimensión social incluido también su entorno familiar, es por ello que la protección estatal debe ser primordial. El mismo Estado con la vigencia del Código de la Niñez y Adolescencia, establece en su Artículo 1, esta protección integral que el Estado, la sociedad y la familia deben de garantizar a los niños y niñas en su Art. 11 con lo que respecta al interés superior del niño. También estas normas legales son concordantes con los Art. 35, 44, 45 y 78 de la Constitución de la República del Ecuador.

BASES TEÓRICAS. -

La Victimología

La Victimología es una ciencia que estudia científicamente a la víctima y su papel en el hecho delictivo. Estudia en forma inter y multidisciplinaria, las causas por las que determinadas personas son víctimas de un delito y de cómo la existencia de determinados factores acrecientan o no las posibilidades de serlo. Esta ciencia se respalda en otras ciencias o disciplinas, tales como: la sociología, la psicología, el derecho penal, la criminología, la estadística. Este estudio no sólo comprende a las víctimas directas de un delito, sino también abarca a las derivadas como consecuencia de este hecho, como familiares, accidentes de tránsito, desastres naturales, crímenes de guerra. En este estudio entran en análisis todas las causas por las que una persona puede ser víctima como circunstancias psicológicas, sociológicas, históricas, así como la personalidad, las características de la víctima, la forma o conducta en base a ese hecho delictivo, así como cuantas veces ha sido victimizada.

La Víctima

Concepto:

Víctima, es la persona que sufre un daño, ya sea físico, sexual, psicológico, patrimonial. En el Ecuador el Código Orgánico Integral Penal, tiene un capítulo, en el artículo 441, para los efectos del proceso penal considera víctimas, a las siguientes personas:

- 1. Las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción.**
- 2. Quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal.**
- 3. La o el cónyuge o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas señaladas en el numeral anterior.**
- 4. Quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.**

- 5. La o el socio o accionista de una compañía legalmente constituida que haya sido afectada por infracciones cometidas por sus administradoras o administradores.**
- 6. El Estado y las personas jurídicas del sector público o privado que resulten afectadas por una infracción.**
- 7. Cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos.**
- 8. Las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas indígenas en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo.**

Vemos del contenido de la norma legal donde se expresa que víctima no solamente es la persona que sufre la comisión de la infracción, sino las demás que son mencionadas; y distingue las víctimas primarias, secundarias, terciarias. En cuanto a violencia intrafamiliar, son considerados víctimas las parejas en unión libre o del mismo sexo, ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas respectivamente, extendiendo esa calidad también a las personas que son víctimas de delitos sexuales que compartan el hogar donde se encuentre el agresor o la persona agredida. Se debe indicar que no solo la ley limita al ser humano que puede ser una víctima, sino también indica a las personas jurídicas, y a los que tenga interés directo en caso de aquellas infracciones que afecten intereses colectivos o difusos, las comunidades, pueblos, nacionalidades y comunas indígenas, en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo. Así como nuestra legislación define a las víctimas, la doctrina también realiza diferentes clasificaciones entre las que podemos destacar la de MELDELSHON.

Clases de víctimas

MENDELSON (citado por ELIACHEFF Caroline y Soulez Lariviere 2009 p.p.45-46) indica la clasificación en tres grupos:

“Las víctimas inocentes

Las víctimas que han colaborado a la acción nociva (víctima provocadora, por imprudencia, voluntaria y por ignorancia)

Las víctimas que han desempeñado un papel exclusivo en la acción (víctima agresora, simuladora e imaginaria)”

Esta es la clasificación doctrinaria definida por el autor, inocentes, que colaboraron con la acción nociva y las que han desempeñado un papel exclusivo de la acción. En esta distinción, los menores de edad se encontrarían enmarcados en las víctimas inocentes, ya que por su edad éstas no gozan de un pensamiento lógico y coherente que es lo que aprovecha su agresor para realizar un ataque de carácter sexual. Es por ésta inocencia en ellos que en estos delitos de carácter sexual, el consentimiento del menor de edad es irrelevante. Así también es necesario estudiar las diferentes concepciones o tipos de victimización sean estas de carácter directo o por el entorno social.

Tipos de victimización

La doctrina distingue varios tipos de victimización como son primaria, secundaria y terciaria. Conceptualizándose a la victimización primaria como la que sufre una persona de manera directa, se refiere a los daños físicos, psicológicos, psíquicos o traumáticos que sufre una persona directamente por un hecho delictivo. Siendo la victimización secundaria el costo sufrido por el sistema judicial, por parte de los operadores de justicia, administradores que no evitan su victimización. Y la victimización terciaria como lo indica la autora CARVAJAL Karla “al conjunto de costes de la penalización sobre quien soporta personalmente o sobre terceros, es decir la sociedad. Por ejemplo diversos estudios versan sobre los niveles de ansiedad de los internos en centros penitenciarios, sobre los hijos de madres reclusas o sobre el impacto del encarcelamiento” Esto es la incidencia que produce en las víctimas, en sus familiares o en la sociedad, el grado de afectación, la característica de problemática social que tiene el hecho de que una persona sea víctima de un delito, o el daño que se genera en la sociedad como los costos alcanzados.

En el caso del presente análisis debe observarse detenidamente lo acontecido en la victimización secundaria que constituye el conjunto de costes personales para la víctima en un proceso penal, así como también la afectación traumática de los hechos por su intervención, esto es la afectación económica, psicológica que el sistema procesal le genera como producto de ser víctima de un hecho delictivo. El sistema judicial a la víctima la vuelve a hacer víctima otra vez producto del sistema generado ya que no tutela sus derechos debidamente, por

medio de los operadores de justicia y demás participantes dentro del proceso se debe garantizar la no revictimización de la persona afectada, y evitando vulneraciones acontecidas por un sistema procesal.

Derechos de las víctimas en el Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador, tiene el capítulo referente a los “Derechos de Protección”, el cual es considerado como el derecho de toda persona al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses. En este mismo capítulo, en su artículo 78, extiende su protección a las víctimas de infracciones penales. La misma Constitución garantiza también la no revictimización en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Los derechos que gozan las víctimas en todo proceso penal, los encontramos en el Título III, Capítulo I del Código Orgánico Integral Penal artículo 11 que establece la víctima de la infracción penal gozará de los siguientes derechos:

- 1. A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer.**
- 2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso.**
- 3. A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización.**
- 4. A la protección especial, resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos.**
- 5. A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos.**
- 6. A ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral.**
- 7. A ser asistida gratuitamente por una o un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento así como a recibir asistencia especializada.**
- 8. A ingresar al Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, de acuerdo con las disposiciones de este Código y la ley.**

9. A recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo con sus necesidades durante el proceso penal.

10. A ser informada por la o el fiscal de la investigación preprocesal y de la instrucción.

11. A ser informada, aun cuando no haya intervenido en el proceso, del resultado final, en su domicilio si se lo conoce.

12. A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana.

Se establece por parte de nuestra Constitución de la República, determinándose doce derechos que ésta tiene, siempre se encuentra el mandato constitucional de protección a la víctima en toda su integralidad, entre los que se encuentra que le asista un profesional del derecho para velar por sus intereses en las diversas etapas del proceso, así como en la reparación integral que es la forma de resarcimiento del daño causado. Otros de los derechos de las víctimas de un delito es que se respete su intimidad, de esta forma se debe evitar toda forma de divulgación de datos de carácter reservado. En la problemática de estudio resaltamos que no puede ser revictimizada en la obtención y valoración de pruebas, y debe protegérsela de cualquier forma de intimidación, esto es concordante con el noveno derecho que se refiere a recibir asistencia integral es decir en su totalidad, en su conjunto, siendo esta asistencia de profesionales adecuados de acuerdo a sus necesidades, esto refleja la necesidad de personal especializado en el caso de niños y de personas que han sido víctimas de delitos sexuales.

Derechos de las víctimas (menores de edad)

Respecto de los niños, niñas y adolescentes mucho se ha hablado y recogido en diferentes cuerpos normativos de carácter nacional como la Constitución de la República del Ecuador, Código de la Niñez y Adolescencia, así como referente a la normativa de carácter convencional. Por ello el autor Andrade, Fernando (2008) ha manifestado respecto de los Derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes: “En términos generales derechos son aquellos que corresponden en forma esencial, o que son indispensables para asegurar a todo individuo una vida digna con libertad y justicia dentro de una sociedad jurídicamente organizada” (p. 299)

El autor ha señalado a estos derechos fundamentales de este grupo vulnerable como derechos esenciales debidos a que la infancia, la niñez es lo fundamental para el hombre o mujer de mañana y para la sociedad. Es por este grupo inocente, que el Estado como sociedad jurídica organizada debe velar y tutelar sus derechos con leyes y políticas públicas que garanticen en su integralidad su infancia y adolescencia. Estas políticas deben ser suficientes y mejorar los mecanismos legales para evitar la revictimización de este tierno y vulnerable grupo.

Derechos de los menores en la Constitución de la República del Ecuador.

Tal como se ha manifestado en esta investigación los niños, niñas y adolescentes, pertenecen al grupo de atención prioritaria. Así lo manifiesta el Art. 35 de la Constitución de la República del Ecuador (2008):

... Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad...

Dentro de la presente normativa el Estado ha tratado de tutelar el derecho de los menores, especificándose que pertenecen al grupo de atención prioritaria y que además en el caso de ser víctima de delitos sexuales se encontraran en doble vulnerabilidad a lo que nuestro país deberá prestar especial atención. Este desarrollo integral de los niños de doble vulnerabilidad deberá ser protegido además por el Estado, tal como lo manifiesta el Art. 44 de la Constitución (2008):

El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar, escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus

necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales...

Esta protección no corresponde solamente al Estado sino a la sociedad, cuando se refiere a la familia, la que debe precautelar este desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes. Este desarrollo integral debe entenderse como aquel disfrute pleno de su niñez, de esa etapa de infancia libre de cualquier tipo de preocupación, de violencia sea doméstica, física o sexual. Estas son las causas por la que los derechos de los niños prevalecen sobre los de los demás, por la importancia que radica para cada ser humano, como para la sociedad y el Estado este grupo vulnerable.

El Art. 45 de la Carta Magna determina:

Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas...

Este grupo vulnerable es protegido por el Estado, incluso desde la concepción. Se le reconoce los derechos de todo ser humano, así como los relativos a su infancia, derechos que deben ser garantizados por el Estado. Debiendo resaltar que esa garantía también debe ser extendida a todos los derechos inherentes a su edad como derechos a la salud, nutrición, educación, cultura, deporte, recreación, éstos derechos se garantizan por ser relacionados a su crecimiento y para su desarrollo integral. Así mismo a los menores de edad se les garantiza de conformidad al artículo 78 de la Constitución el siguiente derecho:

Derecho a la no revictimización.

El Estado Ecuatoriano tiene la obligación según lo establece expresamente la Constitución de la República del Ecuador a la no revictimización, cuando establece la protección a las víctimas, las mismas que en infracciones penales gozarán de protección especial, a quienes se les garantizará dicha situación. Debiendo resaltarse que los niños, de conformidad a lo establecido en nuestra Carta Magna son un grupo vulnerable, gozando así de una doble protección especial. Pero resulta que la protección estatal, no se podría llamar como tal, si días después de ocurrido un hecho de carácter delictual se recepta el llamado testimonio anticipado en Cámara de Gessell en un procedimiento formal como la instrucción, y no en el momento flagrante del hecho, este testimonio se puede receptar de esta manera respetando todos los principios constitucionales. Ya que “al realizarse después se está recordando lo acontecido y no solo radica en dicha situación sino que el testimonio debe ser rendido a varias personas con la finalidad de cumplir con la investigación”, esto lo cita. BLACIO, Lucy (2014).

Bien se expresa por parte de la autora que al realizarse el testimonio, tiempo después de acontecido el hecho, se estaría recordando lo vivido en este caso el hecho delictual del cual la persona fue víctima del delito. Los psicólogos siempre sugieren que la persona víctima de una violencia de delito sexual olvide el hecho, o trate de no recordarlo permanentemente para de esa manera superar ese momento doloroso. Pero que sucede si su testimonio es tomado días o meses después, haciendo esto, se estaría recordando lo vivido y se estaría revictimizando a la persona.

La norma constitucional, en el Art. 78 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece:

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

asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales. Capítulo tercero Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria...

El Estado ecuatoriano al ser un estado tutelador de derechos, debe brindar protección especial a los niños, niñas y adolescentes, debe protegerlos de cualquier forma de amenaza o de intimidación para la obtención de pruebas, es decir, en el momento de la recepción de su testimonio debe buscarse mecanismos idóneos que evite su revictimización. Estos mecanismos pueden ser de carácter técnico como lugares apropiados para la recepción del testimonio como personas adecuadas que intervengan en la preparación de éste menor, así como en la recepción en el tiempo pertinente y adecuado que les evite recordar con posterioridad sucesos tan dolorosos.

Derechos de los menores establecidos en los Convenios y Tratados Internacionales

La normativa internacional también refiere respecto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, entre los que podemos mencionar los siguientes:

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969).** En su Art. 19 establece: “Derechos del niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. Esta Convención refleja la garantía tutelar que debe tener la familia, la sociedad y el Estado entendiéndose por ello como una unidad, la misma que vigile por sus derechos. Se determina que el menor tiene derecho a las medidas de protección que requiera de acuerdo a su condición, como en el caso de infantes respecto de alimentos y en el caso de todos los menores relacionados el derecho a un procedimiento judicial adecuado y que garantice sus derechos.
- **Convención sobre los Derechos del Niño (1992).**
Art. 3.- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una

consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Se expresa en esta Convención que el Estado por medio de las instituciones sean éstas públicas o privadas deben velar por el bienestar de los menores. Siempre éstas instituciones, entre las que se encuentran también los Juzgados o Tribunales, así como personal administrativo y que participen en el proceso judicial deben velar por los derechos de esos niños, basándose en el principio universal de interés superior del niño que se encuentra por encima de cualquier persona inclusive.

- **Declaración de los Derechos del Niño: Principio 2**

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

Esta normativa de carácter internacional refleja la obligación del Estado de crear políticas y programas de carácter institucional que efectivice este derecho. La creación de leyes en las que el Estado debe atender el interés superior del niño, todo con la finalidad de que el menor pueda gozar de una infancia adecuada y de un desarrollo pleno en todos los ámbitos físico, mental, moral, espiritual y social. Por ello es el compromiso de cada Estado parte suscriptor de esta Declaración de cumplir con esta protección especial que debe dársele a este grupo.

La autora ILDELFONSO (2013) indica sobre el derecho al niño a ser escuchado, elaborado por el Comité de Derechos del Niño indicándose que este derecho conforme a la interpretación oficial de la Convención antes citada, esencialmente consiste en:

Es una opción para el niño, pero una obligación de garantizar para el Estado asegurar que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior.

El niño no puede estar manipulado ni estar sujeto a una influencia o presión indebidas, es decir, que pueda expresar sus propias opiniones y no las opiniones de los demás.

El niño no debe ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria en especial cuando se investiguen acontecimientos dañinos para evitar la revictimización

El derecho a ser informado de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que puedan adoptarse y sus consecuencias.

No basta con escuchar al niño, sino que las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente cuando el niño sea capaz de formarse un juicio propio.

Los procedimientos para escuchar eficazmente a un niño tienen que ser accesibles y apropiados, descartando un entorno intimidatorio hostil, insensible, o inadecuado para su edad. (pp. 878-879)

El derecho a ser escuchado establecido en la normativa de carácter internacional es una garantía que el Estado le debe brindar al niño, de acuerdo a su edad, siempre debe garantizarse que sea lo que el niño quiere expresar y no esté influenciado por otra persona. Entre los derechos del niño relacionado con este derecho a ser escuchado está también no ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria, esto con la finalidad de evitar que recuerde eventos dolorosos y que afecten su infancia. Esta prohibición se realiza en especial en los procedimientos judiciales con la finalidad de evitar su revictimización por parte de los operadores de justicia.

Escudero, M (2014) respecto al Derecho a la Integridad Personal de los niños, niñas y adolescentes manifiesta: “Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser protegidos contra todas las acciones o conductas que causen muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico.”(p. 1050) Como lo manifiesta Escudero deben los niños en sentido general ser protegidos por el Estado de toda forma de violencia, y circunstancias o conductas que amenacen o dañen su desarrollo. Dentro de estas circunstancias tenemos receptor el testimonio al menor que ha sufrido un acto de violencia con posterioridad al acontecimiento, repetirlo meses después que el menor ha pretendido olvidar o lo ha olvidado. Recordar es volver a vivir y al exigirle que lo recuerde no se está cumpliendo con esta protección estatal.

Derechos de los menores en el Código de la Niñez y Adolescencia.

El Código de la Niñez y Adolescencia consagra los derechos fundamentales de los menores que son: derecho a la vida, a la integridad física, a la salud, a la seguridad social, a la alimentación, a tener un nombre y una nacionalidad, a tener una familia, a la educación, y a la cultura, a expresar sus opiniones con libertad, a recibir amor y a ser protegidos del abandono, de sufrir violencia física o moral, del abuso sexual de la explotación, de los trabajos riesgosos, de ser objeto de tráfico o venta. Así como también son beneficiarios de los demás derechos consagrados en la Constitución, las leyes, los Convenios y Tratados Internacionales. Dichos derechos se encuentran recogidos en los artículos 20 al 27; 31 al 35; 37, 42 al 45, 48, 50, 51, 53 al 55, 56 al 63. Así como también se encuentra dentro de dicho Código el principio del interés superior del niño establecido en el artículo 11, que recoge la política de interpretación de la ley, donde se da primacía al interés de ese niño y su bienestar por encima de otras cosas o personas.

En cuanto al interés superior del niño, refirió Andrade (2008)

las legislaciones de algunos países también establecen que, en caso de conflicto, los derechos de los niños y adolescentes prevalecerán por sobre los demás. Adicionalmente estipulan que las medidas para hacer efectivos los derechos de los niños y adolescentes, tienen máxima prioridad entre los asuntos de interés público.” (p.305)

Por ello debe entenderse que a los niños, niñas y adolescentes los protege el principio del interés superior del niño, el mismo que coloca a este grupo por encima de las demás personas cuando se trate de elegir entre derechos vulnerados o cuando exista contradicción de derechos. Esta es la razón por la cual el Estado debe tener primordial atención a sus derechos y los funcionarios pleno conocimiento de los mismos, así como de los principios constitucionales. Por ello el Estado debe prestar atención y brindar capacitación a los funcionarios administrativos y judiciales, así como la concientización de los derechos que les asisten a los niños, como ser oídos, mucho más si se trata de un proceso penal de carácter de delitos sexuales, en el que el Estado debe brindarles doble protección estatal.

La víctima en la investigación previa y etapas del proceso penal

Es necesario señalar que dentro del proceso penal ecuatoriano la investigación previa es una fase pre procesal, es decir, anterior al proceso penal y dentro de este proceso cuando se tiene datos que permiten presunción de la materialidad, así como una imputación se formulan cargos con lo que se genera o inicia la instrucción, antes llamada instrucción fiscal. Es dentro de esta etapa de instrucción, proceso formal de investigación donde se recaban elementos de convicción entre los que se puede dar el testimonio anticipado. Una vez que se concluye la etapa de instrucción sea ésta flagrante o no, el Fiscal deberá determinar si existió o no suficientes elementos de convicción respecto de la materialidad y responsabilidad y emitirá su pronunciamiento, en el caso de encontrarlos solicitará al juez el respectivo auto de llamamiento a juicio de la persona procesada.

Dentro de este proceso la víctima constituye un factor importante en el aspecto investigativo, siendo ella la llamada a aportar todos los datos posibles a fin de que el Fiscal recabe elementos de convicción en la investigación previa realizando diligencias investigativas, con atención a los principios del debido proceso, y a los derechos de las víctimas. En la instrucción, que es una etapa formal, la víctima dentro del proceso además del derecho a ser oída y a participar en el proceso tiene el derecho de presentar la acusación particular, de esta manera acompaña a la Fiscalía en esta acusación en contra del procesado, ayuda a guiar la investigación con los datos que aporte durante el desarrollo de ella, aunque como establece el Código Orgánico Integral Penal, esta víctima puede retirarse en cualquier momento y no se la puede obligar a continuar en el proceso.

Debiendo indicarse que es ya en la etapa de juicio y ante un Tribunal de Garantías Penales donde la Fiscalía presentará toda la prueba con la que cuente con la finalidad de demostrar la materialidad y la responsabilidad del procesado, debiendo de esta manera producirse en la o las audiencias de juzgamiento las pruebas testimoniales, documentales y periciales. En esta etapa, el testimonio de la víctima es muy relevante, ya que es allí en la etapa de juicio donde se produce

la prueba, ya sea esta testimonial, documental y la pericial, donde con esta prueba se va a demostrar la teoría de la Fiscalía.

En este momento la víctima va a contar y aportar en la audiencia de juicio con cada uno de los datos, información que sirve a los miembros del Tribunal Penal para obtener su respectiva conclusión de certeza respecto de la materialidad y de la responsabilidad del procesado. Aquí puede narrar cada uno de los hechos a ella acontecidos, y aunque éstos hechos sean execrables, permiten estos detalles determinar la credibilidad, testimonio que se realizará si esa víctima voluntariamente decide estar aún dentro del proceso. En el caso de no querer estar físicamente en esa etapa de juicio, en la audiencia propiamente dicha, o estar imposibilitado para ello, la Fiscalía podrá aportar ese testimonio de la víctima mediante una prueba anticipada, siendo fundamental ésta toma de recepción de testimonio en el caso de niños, niñas y adolescentes.

El anticipo de prueba en el proceso penal acusatorio oral.

La finalidad del sistema acusatorio oral, es la de dar más celeridad a los casos, y que todo se desarrolle de forma oral, regulándose por los principios y garantías de un debido proceso, permitiendo que las partes puedan realizar el anticipo de prueba, a fin de ser presentada en la etapa de juicio, permitiendo en todo momento la litigación oral de las partes. En este contexto Benavente Chorres, Hesbert, (2009) indica:

... podemos hablar de que el proceso penal es el medio por el cual se ventilará el conflicto generado por el delito, buscando hallar una solución en función a los intereses postulados, argumentados y probados. Ahora bien, en un conflicto de intereses, son, valga la redundancia, los interesados los llamados a desarrollar un rol protagónico; es decir, las partes deben de construir, argumentar y fundamentar sus intereses, expectativas o pretensiones... (p.5)

Como se ha indicado en el proceso penal se ventila el conflicto y es en este momento donde las partes deberán demostrar cada aseveración realizada, donde cada uno de los actores de esta historia deberá relatar los hechos que le sucedieron y que consideran válidos. En el Ecuador, el proceso se desarrolla mediante el sistema oral y las decisiones se toman en audiencia, se utilizarán los medios

técnicos disponibles para dejar constancia y registrar las actuaciones procesales. El anticipo de prueba, permite receptar el testimonio de la víctima en casos que tenga que salir fuera del país, que se le imposibilite acudir a la audiencia de juicio, o para evitar la revictimización, y encontrarse presente frente a su agresor.

Antecedentes de la Cámara de Gessell

Distintos doctrinarios atribuyen el nombre de la cámara de Gesell, respecto a su creador, el psicólogo y médico estadounidense Arnold Gesell. Un apasionado por el estudio del desarrollo infantil, que dedicó su vida a observar a niños, al desarrollar un método denominado por él “cinemanálisis”. Como lo manifestó SALGADO (2012) “al tiempo que estudiaba a los niños en su laboratorio, Gesell era un curioso observador de todo”. Por esta curiosidad de observar y observar de haber experimentado con caballos y posteriormente observar a los niños para lograr sus análisis. Esta curiosidad generada al haber realizado diversos experimentos es así que por su interés y por las combinaciones de técnicas, éste autor Gessell construye algo parecido a lo que hoy se denominó cámara de Gesell, que fue:

...un domo, del tamaño de un pequeño aposento, dentro del cual él, u otros investigadores, interactuaban con los niños para observar detenidamente su comportamiento ante distintos estímulos y situaciones..., hasta que utilizó unos espejos de una sola vía, es decir, que dejaban a las personas que se situaban afuera ver con toda facilidad lo que tenía lugar adentro, mientras que quienes estaban en el domo, no podían ver a los de afuera... (p.413)

Esta técnica combinada con la cinemanalisis que era el estudio de los cuadros individuales o cronotografías fue lo que llevo a lo que en la actualidad se llama Cámara de Gessell, debido a su creador, que actualmente para nosotros y como lo establece BELAEFF, (2014) 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”, respecto del cual precisa la siguiente ilustración gráfica, la que solo discrepa de nuestra realidad por la intervención del policía.

Este autor Arnold Gessell se convirtió en pionero en cuanto a la protección de los derechos de los niños, por el invento que realizó. Así mismo existen

personas, instituciones que han luchado por la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como las distintas convenciones que se han realizado para hacer prevalecer los derechos de los menores. Respecto de cómo está vista la Cámara de Gessell, opina la sección Justicia, Diario El Telégrafo (septiembre del 2013):

La Cámara está conformada por dos habitaciones separadas por una pared 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 a la inversa, y que cuenta con equipo de audio y video para grabar íntegramente lo que ocurre.

El Telégrafo describe en este artículo como se estructura una Cámara de Gessell, esto es dos habitaciones en las que se debe manifestar una habitación que se encuentra amoblada se encuentra la psicóloga o psicólogo con la persona a rendir su testimonio o el menor de edad. Esta habitación debe dar el mejor ambiente para que en el caso de los menores se sientan cómodos y puedan hablar con libertad. La otra habitación es una habitación donde se encuentra el equipo técnico y se encuentran observando el juez y secretario, la o el Fiscal, abogado o abogados defensores del o los procesados, curador y abogado de la víctima.

Testimonio anticipado

El testimonio anticipado, actualmente es la recepción de la prueba que se realiza con anticipación a una audiencia de juicio. Se la realiza en la dentro de la etapa formal de instrucción, por cuanto los testigos se encuentran enfermos, imposibilitados de concurrir, van a salir del país, víctimas o testigos protegidos, informantes. En general se recepta a los testigos que justifican no podrán comparecer a la audiencia de juicio y por ello se dispone que se recepte con anterioridad ante el juez de garantías penales y los sujetos procesales para que ese acto judicial sea grabado en un cd y sea reproducido en audiencia de juicio como su testimonio.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes sean testigos o víctimas también se requiere, ya que conforme el mandato constitucional se los protege y se pretende que no estén frente a su agresor y /o sus familiares en una audiencia de juicio. Este testimonio que se recepta en la etapa de instrucción como

testimonio anticipado, previo a la audiencia de juzgamiento es receptado para evitar la revictimización en la llamada Cámara de Gessell. Esta Cámara se solicita por parte del Fiscal al señor Juez de Garantías Penales en el caso de los menores justificándose en virtud del artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, acogida la solicitud el Juez dispondrá fecha para la recepción del testimonio anticipado en Cámara de Gessell (ver anexo 1).

Una vez señalada la fecha y notificados los sujetos procesales, de igual forma al ser un testigo solicitado por la Fiscalía, deberá ésta notificarla para que comparezca el o la menor acompañado de su representante legal y de su abogado defensor de ser el caso. La Fiscalía también deberá solicitar administrativamente la fecha dispuesta por el Juzgador a la Unidad de Atención en Peritaje Integral llenando el respectivo formulario de solicitud de cámara de Gesell en los que se deberá colocar: la fecha en la que se solicita, la Fiscalía que lo solicita, Fiscal solicitante, tipo de delito, número de expediente de la Fiscalía y del Juzgado, como la fecha y hora de la diligencia dispuesta. También se deberá colocar los datos del usuario y en el caso de los menores una sigla o siglas que permitan su identificación. Se deberá elegir entre el tipo de diligencia a realizarse testimonio urgente que es el cual se encuentra plasmado en el formato y que es el antecedente del testimonio anticipado. (ver anexo 2)

La cámara de Gessell no es más que la habitación de una sala donde constan dos ambientes y permite la visualización al juez, al fiscal, a la defensa y al representante del menor y defensa de ser el caso, y así mismo en el otro se encuentra el menor con un perito psicólogo para el respectivo acompañamiento en la realización de la entrevista. El perito en el caso de menores debe usar técnicas psicológicas como utilizar material lúdico, dibujos, plastilinas, distintos tests entre los que podrían estar: bajo la lluvia, y familia, para que de esta manera pueda relatar los hechos de los cuales fue víctima.

Lo que se consigue con esto es que como base de la norma constitucional, existe la jurisprudencia que explota lo pertinente en cuanto a la importancia del testimonio, dando la importancia de “los primeros dichos” que realiza la víctima cuando cuenta lo ocurrido. Por ello evitar la revictimización es indispensable,

debiendo indicarse que el testimonio se realiza en el desarrollo de este proceso de investigación, desde la presentación de la denuncia, las entrevistas con personal operativo de investigación (Fiscal, Secretario, Asistente, Psicólogo, Trabajador Social), causa esta vulneración de derechos constitucionales, por lo que la utilización de la cámara en investigación previa permite que las víctimas por una sola vez rindan su testimonio, y que no tengan que hacer frente con el agresor en el juicio. Agresor que en base al principio de defensa, se le permite por intermedio del juez a realizar las preguntas que en derecho crea conveniente, para el esclarecimiento de sus inquietudes en cuanto a la acusación en la comisión de la infracción que se le está atribuyendo.

Victimización secundaria causada por el proceso de investigación

Respecto de la victimización secundaria que son los efectos que se causa en la víctima por parte de personal institucional, sea policial, fiscal, judicial, peritos entre otros, Es necesario revisarlo ya que por ello se plantea la necesidad de esta recepción de testimonio anticipado desde investigación previa, con la finalidad de que la víctima no sufra más. Por ello DUPRET, Marie (2013) indica:

...Se entiende por revictimización institucional a las carencias ligadas a la atención recibida por parte de entes dedicados a la protección de la niñez y la adolescencia. La más conocida se manifiesta en la dificultad de articulación y remisión entre las distintas instituciones a cargo del bienestar y de la protección de los menores que lo lleva al “peloteo”, o sea, el paso de una institución a otra, sin que ninguna se haga cargo; cada una considerando que no es de su competencia, de modo que al fin nadie se responsabiliza por el caso y no existe ningún tipo de seguimiento del proceso. Otro aspecto muy típico y que deriva del primero, es la multiplicación de entrevistas, exámenes periciales, interrogatorios y pruebas de toda índole, muy a menudo con una falta de profesionalidad de los intervinientes (p. 104)

Es así como podemos observar que esta victimización secundaria o también llamada revictimización vuelve varias veces víctima a la víctima. No sólo es víctima del hecho delictivo, sino también ahora de un proceso penal donde se debe colaborar con varias visitas, con volver a contar lo acontecido, con narrar detalles de carácter íntimo y personal que siguen afectándola una y otra vez y así varias veces, circunstancias que no le permiten olvidar el suceso. Por ello respecto

de la atención que se le debe dar a esta víctima es necesario citar a **Rodríguez, Alexander** (2013) indica:

... la atención digna que debe darse a las víctimas y derivándose de esto, se encuentra el derecho a que la víctima no sea revictimizada o doblemente victimizada pues ha sido victimizada en primer lugar cuando fue objeto del delito y lo que se trata de evitar es que la víctima nuevamente sufra como consecuencia del maltrato de los funcionarios, esto se inicia con la recepción de su denuncia en un ambiente que sea privado... también en juicio oral y público se reciba su declaración en una audiencia privada, eso significa excluyendo al público y a los medios de comunicación, y en algunos casos, excluyendo también al imputado cuando la presencia de este en la sala de audiencias pueda poner en peligro la versión que la víctima pueda transmitir; ese es uno de los puntos en los que la jurisprudencia en diferentes países se encuentra a favor del imputado y en otros a favor de la víctima.... (pp.285-286)

Debemos recalcar que es conocido como principio universal que la víctima no debe ser revictimizada por cuanto ya ha tenido el sufrimiento por el delito y no es congruente que se la vuelva a victimizar por parte de los funcionarios por culpa, dolo, desconocimiento o por negligencia. El autor citado en líneas anteriores acertadamente manifiesta el trato especial que debe tener la víctima, incluso especificándose que su declaración debe ser tomada en un ambiente privado, que es lo que conocemos como Cámara de Gessell. La toma de su testimonio con esta característica basada en sus derechos constitucionales no excluye del debido proceso. Es tal la protección que debe brindarse que Rodríguez manifiesta que en algunos casos en audiencia de juicio se podría en audiencia privada, sin público y sin imputado tomarse el testimonio de la víctima, siempre que esto implique un riesgo de esta declaración y con la finalidad de evitar su revictimización, situación que los países aún se encuentran ponderando entre los derechos de la víctima y del procesado.

Y si bien es cierto, en nuestro país se toman mecanismos para tratar que la víctima no sufra, estos mecanismos no son suficientes y mucho más si se trata de los menores de edad, quienes desconocen todo lo que conlleva un proceso formalista y lo único que quieren es olvidar un hecho que les ha causado tanto daño, ya que lo único que quisieran es que nunca les hubiera sucedido. Respecto de cómo se afrontan estas situaciones dolorosas, hay personas que lo pueden

realizar de mejor manera y continuar con su vida y otros justificadamente sienten que el mundo se les acabó. Se debe mencionar que no todos los niños tienen en su vida la capacidad de resiliencia ante las adversidades, ya que la forma de recuperación cambia en cada menor y esto va ligado a su edad, a su entorno social, familiar y apoyo psicológico y terapéutico.

Es importante indicar que como condición humana propia y como consejos emitidos por los psicólogos cuando se acude a alguna terapia psicológica se recomienda olvidar este tipo de hechos a sus familiares como a las propias víctimas. Entonces qué sucede cuando en un momento de transición de olvido, recordamos por parte de las autoridades y llamamos a declarar a un niño en un proceso penal, en la etapa de instrucción, días, meses y hasta años después, se estaría nuevamente victimizando a esa persona vulnerable. Por ello el Estado debe proteger a este grupo vulnerable y brindarles los mecanismos, leyes y herramientas necesarias para evitar su revictimización y la seguridad de una reparación integral acorde a sus necesidades. Tal como se indicó anteriormente en muchos de los casos esta revictimización es por tiempo continuo y prolongado, ya que algunas veces hasta la obtención de un proceso formal han pasado años, y es en esta etapa en la que la víctima debe rendir su testimonio según el Código Orgánico Integral Penal, es por eso que muchas veces también se produce la retractación de la víctima.

Retractación.

La retractación consiste en el retroceso, cambio parcial o total que hace una persona sobre la versión de los hechos, ligado a un interés propio o ajeno que lo lleva a negar lo que sí ocurrió. La figura de la retractación afecta en gran parte al proceso penal, por cuanto en casos en los cuales las víctimas han sido menores de edad, debido a muchos factores se retractan de lo dicho al inicio, existiendo una contradicción enorme en cuanto a las informaciones proporcionadas. Esta situación acarrea un análisis profundo por parte de la autoridad, a fin de establecer que indujo a la retractación, y valorar el contenido de ambas versiones o testimonios para la valoración objetiva, así como la importancia de los primeros dichos de la víctima.

Esta retractación no acarrea que la víctima menor de edad haya mentido acerca del hecho. Nos preguntamos ¿cuáles son los factores que conllevan a la retractación? Pues los factores son muchos desde el ámbito familiar, social, y hasta amenazas. Por ello se debe indicar que lleva a la retractación la presión o influencia realizada por el entorno familiar, por el abusador y por los familiares de la parte procesada sobre la víctima menor de edad, abusando de su condición familiar con intrigas, amenazas y hasta haciéndole sentir remordimientos que es por causa de ellos que el abusador cuando éste es familiar como padre, padrastro, hermano, tío entre otros se encuentra preso por su responsabilidad.

La influencia ejercida sobre la víctima es tal que incluso, se observa a diario madres capaces de influenciar a sus hijos, quienes abusando de su condición y en lugar de ser protectoras como su naturaleza, son más mujeres que madre y obligan al menor que se retracte de lo dicho, quienes en muchos de los casos lo hacen en la investigación previa o en la etapa de juicio, por los tiempos excesivos que demanda el proceso. Esta influencia no sólo es pedirle que se retracten, es hacerles sentir culpa que sus hermanitos sufren por cuanto el padre de ellos se encuentra en la cárcel (en el caso de ser el abusador su padrastro), que la familia se ponga en contra de ellos, que les digan mentirosos e incluso que les digan que todo se lo inventaron a pesar de los detalles que puede dar este menor respecto del hecho vivido y de las demás pruebas que prueban su historia verdadera. De todas estas influencias negativas y que afectan su personalidad el Estado debe proteger al niño, niña, adolescente mediante su carácter tutelar mediante la tutela judicial efectiva.

Tutela judicial efectiva y protección estatal

La tutela judicial efectiva, existe y está encaminada a que todas las personas incluidos los niños, niñas y adolescentes, acudan a los órganos jurisdiccionales y obtengan una decisión basada en estricto derecho, sobre sus pretensiones propuestas. Todo esto, por disposición de la Constitución de la República del Ecuador las autoridades judiciales en representación del Estado, deben brindar el acceso a la justicia. Así como debe realizarse por parte de dichos funcionarios la resolución a dichas pretensiones dentro de un término

razonable y prudente, ya que de lo contrario se estaría vulnerando éste derecho.

El Código Orgánico de la Función Judicial (2009) en el Artículo 23 expresa:

La Función Judicial, por intermedio de las juezas y jueces, tiene el deber fundamental de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos declarados en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos o establecidos en las leyes, cuando sean reclamados por sus titulares o quienes invoquen esa calidad, cualquiera sea la materia, el derecho o la garantía exigida.

Deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley, y los méritos del proceso.

La desestimación por vicios de forma únicamente podrá producirse cuando los mismos hayan ocasionado nulidad insanable o provocando indefensión en el proceso.

Esta tutela judicial efectiva expresa el deber de los jueces y juezas de resolver conforme a la Constitución de la República del Ecuador y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y los ratificados por el Estado, así como la ley. El deber de valorar adecuadamente las normas jurídicas en los casos específicos en base a las actuaciones de los sujetos procesales que existan en el proceso. Por ello los operadores de justicia deben estar plenamente preparados con conocimientos constitucionales para la aplicación de estos conocimientos a cada caso, ésta es la aplicación que todos los ciudadanos requerimos de esta efectiva tutela judicial.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), en su artículo No. 8 consagró un derecho de amparo en los términos que siguen: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la ley”. Dentro de esta Declaración se realiza el reconocimiento a la tutela judicial efectiva como un recurso efectivo. Podemos indicar que constituye un derecho humano que toda persona tiene a la protección judicial por parte de los tribunales competentes por actos que violen sus derechos constitucionales. Expresándose en el Art. 75 Constitución de la República del Ecuador (2008), lo siguiente:

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

Cobijando ello nuestra Carta Magna, la Constitución de la República del Ecuador, en el Capítulo II, Título VIII, plasma este derecho, no como una garantía del Debido Proceso, sino como un derecho fundamental de defensa y protección, con redacción autónoma e independiente. Esta tutela judicial efectiva es de acceso gratuito, es decir, sin costos a los ciudadanos, ni tasas, la razón de ello es que es todos absolutamente todos tengan accesos. Sobre esta protección de carácter estatal dirigida a todos sus habitantes lo recoge la misma **CRE (2008)** en su Art. 35 cuando establece:

... Al Estado le corresponde garantizar la integridad física y síquica de mujeres, niños, niñas y adolescentes y debe adoptar las medidas que aseguren la prevención y atención contra el maltrato...y la violencia...

Esta tutela debe estar ligada íntimamente con el principio de inmediación y de celeridad, que es el acceso inmediato y respuestas a lo solicitado con prontitud y agilidad. Además debe garantizar la integridad física y síquica de mujeres, niños y adolescentes, elevándose de esta manera la obligación estatal de carácter constitucional de garantizar del proceso la dimensión psicológica del menor, es decir, evitar versiones y actos innecesarios que perjudiquen su desarrollo. Inclusive para cumplir este mandato el Estado deberá adoptar las medidas necesarias contra estos maltratos y violencias.

Oyarte (2016) indica:

acerca de esta tutela efectiva teniendo como sentido básico el acceder al órgano de justicia en procura de la defensa de los derechos e intereses que alega el justiciable; que esa petición de justicia sea procesada, respetando los derechos del contradictor; que obtenga de ese proceso una decisión fundada; y, que cumpla la decisión (p. 413)

El Estado dentro de la tutela judicial efectiva, facilita la protección de los derechos de las víctimas, no solo de una persona sino también de forma colectiva a través de los grupos. Esta garantía tutelar facilita el acceso a la justicia respetándose el derecho de los sujetos procesales ya que las partes deberán alegar

cada uno su teoría y presentar las pruebas correspondientes al final le corresponderá a un juez imparcial tomar una decisión. Uno de los pilares fundamentales de la tutela judicial efectiva es la defensa mediante el principio de contradicción, así como la motivación de las resoluciones de los operadores de justicia.

Montoya Chávez, Víctor Hugo (2007), en su obra “Derechos Fundamentales de los niños y Adolescentes”, también menciona:

... los niños y adolescentes, por su situación delicada requieren de una protección especial, tal como la que el propio artículo 4º reconoce, todo ello con el fin de concederle una inclinación particular en la actuación de los demás a su favor, tratando de igualar sus condiciones con las de los demás. En tal sentido, hay que clarificar de qué manera debe buscarse la justicia en su trato. (p. 55)

Este autor Montoya considera que este sector vulnerable como en el caso de los niños y adolescentes por tener esa situación delicada requieren de esa protección especial, y en este caso el primero en dar esa protección es el mismo Estado, que como institución está dotada de derechos y obligaciones. El Estado debe cumplir lo emanado en la facultad que le otorga la Constitución de la República y los Convenios Internacionales. Los niños por requerir una protección especial por sus características deben tener una inclinación particular en el trato de los demás, esto es lo que se conoce como el principio de interés superior del niño

Muñoz, Francisco (2012), expresa:

... la idea de indemnidad sexual, fundamenta también la prohibición del ejercicio de la sexualidad con incapaces. El concepto de incapaz que se utiliza en estos delitos debe ser interpretado conforme lo que dispone el Art. 25, es decir, como toda persona que, haya sido o no declarada su incapacitación (padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por si misma). Una importante diferencia con respecto a los menores se da en cuanto que aquí no hay unos límites rígidos marcados por la edad, sino unas situaciones graduables, diferentes en cada caso y personas, que permiten una cierta matización... (p. 219)

Este autor en su obra “Derecho Penal” nos indica respecto de la incapacidad que tienen los menores por su edad, haciendo relación referente a que éste no se puede gobernar por si solo y por ello es que requiere de la protección estatal. Es por esta situación de incapacidad, indefensión, que se

requiere del Estado la protección estatal en la aplicación de políticas y leyes que eviten su revictimización las mismas que deben tener celeridad procesal y ser adecuadas para su desarrollo integral. Fundación Save the Children, (2012) en la “Guía de material básico para la formación de profesionales”, menciona:

... Con la ratificación de la Convención sobre los derechos del niño, los Estados tienen la responsabilidad de adoptar medidas apropiadas y eficaces, legislativas y políticas, para prohibir y erradicar la violencia contra la infancia, incluyendo el abuso.... (p. 13)

Nuestro país no solamente ha convenido en la Carta Magna su obligación de dar protección, sino que más bien lo ha exteriorizado con países extranjeros. Al firmar la Convención sobre los Derechos del Niño y haberla ratificado se compromete con ese poder que tiene el Estado, en la adopción de medidas para proteger con la normativa existente en el país a los niños, niñas y adolescentes, y evitar ese mal apogeo llamado violencia. Con la creación de políticas se espera dar fin a la violencia de menores incluido el abuso, dentro de esta violencia también se encuentra la revictimización de la que sufren por el sistema judicial. MACDONALD, Alistair (2011) *The rights of the child: law and practice*, manifiesta:

El derecho de niñas, niños y adolescentes a una vida libre de violencia La erradicación de toda forma de violencia contra los niños es una preocupación central en el derecho internacional de los derechos humanos en general, y en el derecho de infancia, en particular. En la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño el derecho de los niños a una vida libre de violencia conforma una garantía compuesta, que incluye una serie de elementos incorporados en dicho tratado: a) el derecho a la protección contra la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; b) el derecho a ser protegido frente a toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos... (p. 850)

Este tratadista Macdonald coincide con los otros tratadistas citados en líneas anteriores de la protección estatal de los niños desde el inicio, la misma que no es solo preocupación del Estado local, sino que también es preocupación del Derecho Internacional, e allí la importancia de las diferentes Convenciones ratificadas como la Convención sobre los Derechos del niño. El Ecuador se une abiertamente a esta corriente internacional de protección y tutelar constitucional de los derechos de las víctimas, no sólo desde una perspectiva individual, sino que

se preocupa también de las causas y consecuencias de victimización de grupos, comunidades y colectivos, en un afán estatal de protección.

Mecanismos de protección y reparación integral.

La Constitución de Montecristi incorpora en el capítulo referente a los “Derechos de Protección”, como derecho de toda persona el acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses. En este mismo capítulo, en su artículo 78, extiende su protección a las víctimas de infracciones penales, hace énfasis en que no es cualquier protección, sino que las víctimas gozarán de protección especial. Receptándose el testimonio anticipado desde la investigación previa, esto permitiría que esa víctima niña o niño, pueda recibir la reparación integral, ayuda psicológica y social para sobrellevar y olvidar lo sucedido, enmarcado en que continúe con su vida, su desarrollo normal, cesando de alguna manera los efectos de la infracción perpetrada.

Tal como lo establecen los artículos 77 y 78 del Código Orgánico Integral Penal, respecto de la reparación integral la misma radicará en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, para de alguna manera devolver al estado anterior de la comisión del hecho. Existiendo diversas formas de reparación integral como la restitución, la rehabilitación, las indemnizaciones de daños materiales e inmateriales, es decir, la compensación o pago de carácter económico por el perjuicio sufrido, o de alguna manera apalea los gastos en los que se incurre por esta clase de delitos sufridos, siendo ésta reparación la que corresponde al caso, la misma que se utiliza para el pago de terapias psicológicas.

Respecto de la reparación integral que tiene que dar la sociedad o el Estado también se encuentran establecido las medidas de satisfacción o simbólicas, las mismas que se refieren a la disposición del juez, de que se repare la dignidad, la reputación, así como la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, como puede ser en caso de hechos execrables perpetrados por funcionarios pertenecientes al Estado, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica. De la misma manera y también siendo un compromiso de carácter convencional se encuentra la reparación de las garantías de no repetición,

las mismas que se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes por parte del Estado y de los funcionarios para evitar la repetición de las mismas, éstas garantías significan el compromiso de tratar que éstos delitos no sucedan y no se vuelvan a repetir. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género sean ellos o nuevas víctimas.

Andrade (2008), indica en cuanto a lo que respecta a los niños, niñas y adolescentes lo siguiente:

que el aumento de la explotación sexual de niños, niñas y adolescentes se debe a leyes blandas, a la falta de autoridad de los encargados de imponer justicia, a la indiferencia de los gobiernos que no toman en cuenta el interés prioritario de los niños, y que son olvidados luego de ser usados en las campañas políticas por el poder. (p. 409)

De acuerdo al informe del Congreso Mundial contra la explotación sexual celebrado en Yokohama casi ningún país puede atreverse a proclamar que se encuentra al margen del problema, ni se encuentra en la posibilidad de facilitar datos precisos respecto al número de niños víctimas de la explotación sexual comercial. (p. 410)

Como lo indica Andrade el aumento de delitos sexuales se debe a leyes blandas, a la falta de autoridad de los operadores de justicia, a que no se toma como relevante el interés superior de los niños, ningún país incluido Ecuador puede manifestar que totalmente se encuentra apartado de esta problemática. Como se ha manifestado al ser los niños el progreso de las civilizaciones humanas y al tener normativa referente a ellos, siendo el Ecuador un estado social de derechos y justicia conforme lo indica la Constitución de la República del Ecuador, debe cumplir con la normativa internacional a la cual se encuentra obligado por ser Estado suscriptor de convenios internacionales, y adecuar su normativa nacional para la efectivización integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Creando como punto principal y primordial políticas públicas en materia penal, la creación de instrumentos que permitan a quienes han sido víctimas a temprana edad de hechos delictuales la certeza de su no revictimización, permitiendo de esta manera que ellos puedan olvidar situaciones muy doloras y más aun a su edad, conforme lo indican los psicólogos existen mayores repercusiones en sus vidas.

Espinoza (citado por Reyna Alfaro año 2014) indica:

... donde sufren agresiones los menores es en el entorno familiar o amical, que desde un entendimiento lego parecería mostrar un mayor confiabilidad y seguridad, nos muestra, paradójicamente, una realidad completamente opuesta,; la mayor cantidad de atentados contra la libertad e indemnidad sexuales se producen en dicho entorno... (p.254)

Como lo indica acertadamente el autor, estos delitos de carácter sexual contra niños son delitos que no solo atentan contra la libertad sexual sino contra su indemnidad. Aunque esta clase de delitos se pueden dar en cualquier lugar, por lo general ocurren cuando no son observados, en la clandestinidad, estos hechos se perpetran en el entorno familiar, de estudios, donde el menor y sus representantes tienen una mayor confianza y seguridad y esto es aprovechado por el agresor. Desde que ocurre un hecho delictivo de esta característica, infame, execrable, el menor ya está siendo violentado en el hecho como tal en su inocencia, como en su confianza, por ello el Estado debe brindar la suficiente protección, así como evitar que estos menores sigan siendo revictimizados por el sistema judicial del cual siguen siendo víctimas con procesos largos y engorrosos, como con repetidas entrevistas que violan plenamente su derecho a ser escuchado con celeridad y no ser entrevistado más de lo necesario.

El Estado debe cumplir con su obligación estatal de protección de los menores a través de las instituciones y de los funcionarios, quienes deben actuar con pleno conocimiento. Así mismo se debe escuchar al menor sin violentar sus derechos constitucionales y evitar esta doble victimización, por lo cual se deben crear leyes, políticas públicas acorde a las realidades sociales. Por ello se hace necesario que se recepte el testimonio del menor con el valor de prueba en la fase de investigación previa considerándose de esta manera todas las circunstancias sociales y psicológicas que sufre esta víctima y a la cual obligamos por un proceso judicial recordar hechos dolorosos, esto también es revictimización secundaria.

Ante estas circunstancias se plantea receptar el testimonio anticipado desde el primer momento de cometido un hecho esto es como delito flagrante o en una etapa de investigación, pues estos primeros dichos son de importancia y relevancia, ya que aquí el menor, el niño o niña recuerda con exactitud lo que hizo

su agresor, recuerda detalles de lo sucedido, los mismos que ayudan en un investigación penal. De igual manera esta recepción evita que posteriormente cuando ya han transcurrido los días, y a veces los meses y hasta los años cuando el niño ya olvidado el suceso por su bienestar, o por cuestiones del tiempo, vuelva a recordar tan solo por el cumplimiento de un procedimiento de carácter formal, con la finalidad de probar el hecho dentro un caso.

Benavidez, Jorge y Escudero, Joel (año 2013), expresan que: “para efectos del reconocimiento de los Estados se expresa como una doble obligación a la víctima, para que sea posible el alivio del daño sufrido y para proporcionar un resultado final que en la realidad ocupa el daño” (p. 275) Al hablar de alivio del daño sufrido esto conlleva a que los Estados como responsables de la protección de las víctimas tienen esa doble obligación de que se repare el daño causado y dar solución al mismo. De esta manera se evita la no repetición del hecho delictual hacia la misma persona u otra. Deberá como forma de reparación exigir a las instituciones el respectivo resguardo.

DEFINICIÓN DE TÉRMINOS

Se procederá a indicar la definición de términos considerados importantes, recogidos del diccionario de **CABANELLAS (2007)**:

- **CONTRADICCIÓN.** - (...) Oposición, contrariedad. Fundamento del proceso contencioso es el principio de libre *contradicción* garantizado a las partes. (V. JUICIO CONTRADICTORIO.) | Incompatibilidad de dos proposiciones, que no pueden ser a la vez verdaderas, por cuanto una de ellas afirma y otra niega lo mismo.
- **JUSTICIA.** - Supremo ideal que consiste en la voluntad firme y constante de dar a cada uno lo suyo, según el pensamiento y casi las palabras de Justiniano: “Constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi”. | Conjunto de todas las virtudes. | Recto proceder conforme a derecho y razón. | El mismo derecho y la propia razón, en su generalidad. | Equidad.

- **SENTENCIA.** - Dictamen, opinión, parecer propio. | Máxima, aforismo dicho moral o filosófico. | Decisión extrajudicial de la persona a quien se encomienda resolver una controversia, duda o dificultad. | Resolución judicial en una causa. | Fallo en la cuestión principal de un proceso. | El más solemne de los mandatos de un juez o tribunal, por oposición a auto o providencia (v.). | Parecer o decisión de un jurisconsulto romano.
- **TUTELAR.** - Que protege, ampara o defiende. | Que guía, dirige u orienta.

METODOLOGÍA

La modalidad adoptada fue la cualitativa, categoría interactiva, con el diseño estudio de casos: se investigó la situación de vulneración de derechos constitucionales de las niñas, niños y adolescentes, sobre la tutela judicial efectiva evitándose su revictimización en los procesos judiciales de los que son víctimas por este sistema. Se realizaron entrevistas a Fiscales de las Fiscalías de delitos sexuales para establecer si existe la necesidad primordial de la recepción de dicho testimonio anticipado en el caso de las niñas, niños y adolescentes en el Ecuador, que hayan sufrido violencia sexual.

La modalidad utilizada fue la **cualitativa**, en su categoría **no interactiva**, con enfoque en el análisis de conceptos: se realizó un análisis crítico de la doctrina jurídica referente a los derechos de los niños, protección estatal, victimización secundaria causada por el proceso de investigación, junto con el estudio de contenidos normativos de la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal y Convenios Internacionales. Se realizó el análisis de una providencia donde se niega el testimonio anticipado en fase de investigación previa.

Población

Unidades de Observación	Población	Muestra
Fiscales de las Fiscalías de delitos sexuales de Guayaquil	10	3
Constitución de la República del Ecuador (2008) Art. 35, 44, 45, 78	444	4
Código Orgánico Integral Penal (2015) (Art., 504, 502 numeral 5, 77,78)	730	4
Código de la Niñez y Adolescencia (2009) (Art. 11)	389	1
Convención sobre los Derechos del Niño. (Art. 3.- 1.)	54	1
Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San	82	1

José) (1969). (Art. 19)		
Declaración de los Derechos del Niño (1959) (Principio 2)	10	1
Jurisprudencia ecuatoriana. Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Juicio No. 639- 2016 de fecha 26 de diciembre del 2013	1	1
Providencia Juez Penal Caso No. 09286201603817G	1	1
Caso menor (S) No. 09281-2016-07113	1	1

MÉTODOS DE INVESTIGACIÓN.

Métodos Teóricos:

Análisis. Se realizó un estudio sobre los derechos de los menores en todos sus contenidos normativos constitucionales, así como legales de carácter nacional e internacional, así como el análisis doctrinario.

Deducción desde las disposiciones legales contenidas en normas jurídicas como la Constitución de la República del Ecuador y Convenios Internacionales de

derechos de menores, para determinar si esta normativa se está cumpliendo en la realidad de la ciudad de Guayaquil

Inducción a partir de la revisión de la providencia del Caso No 09286201603817G (ver anexo 3) en el que se niega receptarse el testimonio anticipado del menor en investigación previa, si esta decisión se encuentra acorde a los principios constitucionales. Así como el estudio del Caso menor (S) No. 09281-2016-07113 respecto del señalamiento de Cámara de Gessell (ver anexo No.1), violentándose el principio de celeridad y causándose revictimización.

Métodos Empíricos:

Cuestionario de entrevista a tres (3) Fiscales de Delitos sexuales a través de 9 preguntas abiertas de respuestas cortas en relación al testimonio anticipado para los niños y niñas del Ecuador (ver anexo 4)

Guía de observación documental de los expedientes de casos: análisis de providencia emitida por un señor juez de la ciudad de Guayaquil, en el que se niega el testimonio anticipado dentro del caso 09286-2016-03817G. (ver anexo 3). Así como el análisis del caso de niña S 09281-2016-07113 en el que se señala testimonio anticipado, (ver anexo 1) así como la solicitud de Cámara de Gessel (ver anexo 2)

PROCEDIMIENTO.-

Se buscó la normativa jurídica de carácter nacional como la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Código de la Niñez y Adolescencia, así como las normas de carácter internacional respecto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como de la no revictimización de menores y sobre la protección estatal que debe brindar el Ecuador, como son la Convención sobre los Derechos del Niño, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Declaración de los Derechos del Niño. El estudio de la providencia emitida por un Juez de Garantías penales del Guayas en la que se niega el testimonio anticipado en fase de investigación previa.

Conforme lo expuesto se realizó una recopilación de datos necesarios, reales y suficientes, como el caso de niña S 09281-2016-07113 en el que se señala

testimonio anticipado, (ver anexo 1) que fue una de las convocatorias realizadas dentro del caso, así como análisis del tiempo transcurrido y las oposiciones presentadas por la defensa del procesado, así como la solicitud de Cámara de Gesell mediante el respectivo formulario.

Se aplicó la técnica de juicio de expertas en delitos sexuales, por lo cual se entrevistó a tres Fiscales de delitos sexuales a través de 9 preguntas, quién mediante las respectivas respuestas ratifican la necesidad de receptarse el testimonio anticipado en investigación previa, dando valor al principio constitucional de no revictimización. (ver anexo 4)

CAPÍTULO III

CONCLUSIONES

RESPUESTAS

BASE DE DATOS CUALITATIVOS O NORMATIVOS

<u>NORMAS QUE DESARROLLAN RESPECTO DEL TESTIMONIO ANTICIPADO, VULNERABILIDAD DE LOS MENORES, PROTECCIÓN QUE DEBE BRINDARLES EL ESTADO</u>	
CASOS DEL OBJETO DE ESTUDIO	UNIDADES DE ANÁLISIS
Constitución de la República del Ecuador (año 2008)	<p>Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.</p> <p>Art. 44.- El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. Las niñas, niños y adolescentes tendrán derecho a su desarrollo integral, entendido como proceso de crecimiento, maduración y despliegue de su intelecto y de sus capacidades, potencialidades y aspiraciones, en un entorno familiar,</p>

	<p>escolar, social y comunitario de afectividad y seguridad. Este entorno permitirá la satisfacción de sus necesidades sociales, afectivo-emocionales y culturales, con el apoyo de políticas intersectoriales nacionales y locales.</p> <p>Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; a ser consultados en los asuntos que les afecten; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar. El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas...</p> <p>Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y</p>
--	--

	<p>asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales. Capítulo tercero Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria</p> <p>Análisis.- Como se establece en la Constitución, el Estado debe brindar la tutela efectiva, prioritaria y especializada al grupo de personas que se describe en el Art. 35, personas consideradas con doble vulnerabilidad. De la misma manera en los artículos 44 y 45 hacen referencia a una parte de las personas de atención prioritaria como son los niños, niñas y adolescentes, en los cuales dan a conocer la obligación que tiene el Estado para asegurar el ejercicio de los derechos que los abrigan, principalmente en los derechos comunes del ser humano desde su concepción.</p> <p>El Estado garantizará y fomentará todos esos derechos, y para ello ha destinado recursos tanto económicos, humano, infraestructura y ha creado programas y proyectos para que las instituciones estatales y privadas, aseguren y garanticen su cumplimiento, para llevar a cabo el desarrollo integral a través de atención en salud, educación en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades, planes de vivienda, múltiples actividades físicas deportivas y de recreación, e impulsará la participación activa de las personas del sector prioritarios.</p> <p>Así mismo, en el Art. 78 establece que al gozar los niños, niñas y adolescentes de protección especial se garantiza la no revictimización. De la misma forma protege de cualquier amenaza o intimidación que surja.</p>
<p>Código de la Niñez y Adolescencia (2009)</p>	<p>Art. 11.- El interés superior del niño. El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los</p>

<p>(Art. 11)</p>	<p>derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.</p> <p>Análisis.- Por ser de carácter fundamental el Estado a través de sus autoridades, en atención al principio de interés superior del niño, obliga a las autoridades de las instituciones públicas o privadas a hacer prevalecer derechos de los niños. Basándose en ese principio se debe de adoptar cualquier tipo de medidas para lograr la protección especial e integral de los menores. Esto como una obligación principal de la administración pública de proteger, velar, fomentar y desarrollar ese interés superior de los niños y niñas.</p>
<p>Código Orgánico Integral Penal</p> <p>(año 2015)</p> <p>(Art. 504, 502, 77, 78)</p>	<p>Artículo 504.- Versión o testimonio de niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores.- Las niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores, tendrán derecho a que su comparecencia ante la o el juzgador o fiscal, sea de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Para el cumplimiento de este derecho se utilizarán elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares, por una sola vez. Se incorporará como prueba la grabación de la declaración en la audiencia de juicio.</p> <p>Artículo 502.- Reglas generales.- La prueba y los elementos de convicción, obtenidos mediante declaración, se regirán por las siguientes reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas. 2. La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las

físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptor el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción.

Artículo 77 COIP.- Reparación integral de los daños.- La reparación integral radicaré en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado. La restitución integral constituye un derecho y una garantía para interponer los recursos y las acciones dirigidas a recibir las restauraciones y compensaciones en proporción con el daño sufrido...

Artículo 78.- Mecanismos de reparación integral.- Las formas no excluyentes de reparación integral, individual o colectiva, son: 1. La restitución: se aplica a casos relacionados con el restablecimiento de la libertad, de la vida familiar, de la ciudadanía o de la nacionalidad, el retorno al país de residencia anterior, la recuperación del empleo o de la propiedad así como al restablecimiento de los derechos políticos. 2. La rehabilitación: se orienta a la recuperación de las personas mediante la atención médica y psicológica así como a garantizar la prestación de servicios jurídicos y sociales necesarios para esos fines. 3. Las indemnizaciones de daños

	<p>materiales e inmateriales: se refieren a la compensación por todo perjuicio que resulte como consecuencia de una infracción penal y que sea evaluable económicamente. 4. Las medidas de satisfacción o simbólicas: se refieren a la declaración de la decisión judicial de reparar la dignidad, la reputación, la disculpa y el reconocimiento público de los hechos y de las responsabilidades, las conmemoraciones y los homenajes a las víctimas, la enseñanza y la difusión de la verdad histórica. 5. Las garantías de no repetición: se orientan a la prevención de infracciones penales y a la creación de condiciones suficientes para evitar la repetición de las mismas. Se identifican con la adopción de las medidas necesarias para evitar que las víctimas sean afectadas con la comisión de nuevos delitos del mismo género.</p> <p><u>Análisis.</u>- En cuanto a los Artículos 502, 504, estos tienen que ver en cuanto a las diligencias versiones o testimonio de las niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores, los mismos que al ser consideradas personas de sector vulnerable, el mismo Estado deberá dar protección especial para ellos, y por ser su derecho velará para que su comparecencia ante la autoridad que requiera de su versión o testimonio se realice de forma adecuada con la ayuda de herramientas tecnológicas como video conferencia o cámara de Gesell. Versión o Testimonio que deberá ser realizado con la asistencia de personal capacitado como psicólogos, respetando su condición de persona con tratamiento especial y en el caso de los menores teniendo en consideración el desarrollo evolutivo.</p> <p>Diligencias que serán realizadas en el caso del testimonio con el valor de prueba la misma que para evitar la revictimización será grabada en cd y reproducida ante el tribunal competente.</p>
--	--

<ul style="list-style-type: none"> • Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969). 	<p>Art. 19 establece: “Derechos del niño: Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”</p> <p>Análisis.- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), como norma internacional plasma los derechos que tienen los niños y niñas en cuanto a la protección que por su edad deben de tener. Protección que los Estados deben brindarles en cuanto a su desarrollo de vida, salud, alimentación, educación, toda vez que son ellos los que directamente deben velar y proteger a sus ciudadanos, y en el caso que estamos tratando al ser los niñas y niños es su responsabilidad. Y el mismo Estado es el llamado a dotar de programas a las distintas instituciones para la protección especial.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Convención sobre los Derechos del Niño (1992) 	<p>Art. 3.- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.</p> <p>Análisis.- Este artículo habla de que las instituciones ya sean públicas o privadas, quienes por mandato estatal, deben brindar atención primordial a los niñas y niños, por el interés superior que le acoge. Atención que debe de ser de calidad y calidez.</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Declaración de los Derechos del Niño (año 1959) 	<p>Principio 2</p> <p>El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo por ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental,</p>

	<p>moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.</p> <p>Análisis.- El Estado debe promulgar leyes en favor de los niños, niñas y adolescentes. Debe trabajar por leyes que velen por el principio del interés superior del niño. Los niños gozarán de esta protección para que puedan crecer en un buen ambiente.</p>
--	--

BASE DE DATOS JURISPRUDENCIAL

No. Juicio	Análisis
<p>Juicio No. 639-2013, de fecha 26 de diciembre del 2013</p>	<p>...(…) Las niñas, niños y adolescentes, constituyen un grupo vulnerable, debido a que por su estado, se encuentran en una situación de desventaja en el ejercicio pleno de sus derechos y libertades, así como en indefensión frente a los demás, por lo que requieren de atención prioritaria por parte del Estado y sus instituciones cuyas acciones deben estar encaminadas a garantizar su desarrollo integral, así como una vida digna que les permita alcanzar el mayor grado de bienestar posible, protegiendo por sobretodo, sus derechos; y, sancionando quienes los transgreden entendiendo principalmente que esto no constituye una “bondad” del estado, sino un conjunto de acciones imprescindibles para la preservación y mejoramiento de la humanidad. La protección de este interés superior del niño es un fin internacional común, recogido en instrumentos internacionales como la Convención sobre los derechos del niño firmada y ratificada por el Ecuador que en su artículo 44 implanta el interés superior del niño: 1.- En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los Tribunales, las autoridades administrativas, o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se entenderá será el interés superior del niño. 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar,</p>

teniendo en cuenta los derechos y los deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables en el ante la ley, y, con ese fin, tomaran todas las medidas legislativas adecuadas. 3. Los Estados partes aseguraran que las Instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado, protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación, con la existencia de una supervisión adecuada...

Así también el Ecuador a través de su Constitución protege el interés superior del niño, niñas y adolescentes garantizando su desarrollo y protección integral: Art 44: El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y aseguraran el ejercicio pleno de sus derechos se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas ... (..)

Respecto de la protección especial, de esta vulnerabilidad que tienen estos menores y la política que debe manejar nuestro Estado, dentro de la Jurisprudencia encontramos la resolución de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Queda plenamente establecido que no es una bondad del Estado brindarle protección estatal, sino es una obligación del mismo, siendo una política ya que el menor no puede defenderse por sí mismo y necesita representación, por ello es un grupo vulnerable. Así mismo se debe resaltar que la sociedad como tal, la familia y las Instituciones deben velar para que el Estado cumpla este rol fundamental.

<p>Caso de la niña (S) 09281-2016-07113</p>	<p>Niña de 06 años de edad que fue obligada a realizarle sexo oral al señor que realizaba el expreso, configurándose el delito de violación. El hecho ocurrió el día 21 de diciembre del 2016, formulado cargos como un hecho flagrante. La cámara de Gessel fue dispuesta por el señor Juez el día 25 de enero del 2017 para el 03 de febrero del 2017 a las 11h30, no receptándose el testimonio por la falta del Juez a la diligencia señalada. El día 24 de abril del 2017 se dispuso la recepción del testimonio anticipado para el día 26 de abril del 2017, receptándose finalmente en este día el testimonio.</p> <p>Las problemáticas existentes fueron que fue difícil por parte de la psicóloga abordar a la menor que tan solo tenía 06 años. Ya que la misma no quería recordar la situación, además que por su edad es difícil expresarse ya que ella aunque lúcida y coherente no tiene suficientes palabras. Por lo cual la perito se tuvo que ayudar con material lúdico, esto es, dibujos, platinas, muñecos para que la niña pueda expresarse, donde contó lo sucedido a través de sus palabras y sus representaciones de que había sido violada, esto es que había sido obligada a realizarle sexo oral a su agresor.</p> <p>Como argumento de la defensa en la audiencia de Sala de Corte Provincial del Guayas se esgrimió que la Cámara, refiriéndose al testimonio de la menor que había sido tomado con posterioridad al cierre de la instrucción. Además que como había pasado tanto tiempo aproximadamente 4 meses la menor no podía</p>
---	---

recordar y que había sido inducida a dar su testimonio, esta es la problemática presentada en el presente caso 09281-2016-07113. Con ello se demuestra que es necesario que se recepte el testimonio anticipado de la menor desde el mismo momento de la investigación en flagrancia, además que esto también conlleva a dar herramientas a la defensa para que trate de nulificar los elementos probatorios.

No existe contradicción en la aplicación de carácter constitucional de que se recepte un testimonio anticipado en fase de investigación previa y no en la costumbre de aplicación legalista en una etapa formal. Ya que como conocemos a los menores gozan de mucha legislación, doctrina y jurisprudencia que los ampara, así como los principios universales y propios del menor como el del principio del interés superior del niño. Además de ninguna manera se violenta el derecho del procesado, pues se debe contar con todas las solemnidades del caso, mucho más si se cuenta con una defensa técnica y especializada estaría plenamente ejerciendo su derecho a la defensa.

ENTREVISTAS REALIZADAS A FISCALES DE DELITOS SEXUALES

Juicio de expertas en delitos sexuales

PREGUNTA 1: ¿Qué entiende por protección especial del Estado?

Respuestas

Ab. Rosalina Gallegos Morejòn, Msc

Fiscal Décima de delitos sexuales de Guayaquil.

EXPERTA A

Es la protección que debe brindar el Estado hacia los grupos vulnerables, en especial a los niños, niñas y adolescentes

Ab. Gioconda Armijos Morán

Fiscal Primera de Delitos Sexuales Guayaquil.

EXPERTA B

Es la que se le debe dar a las personas que tengan doble vulnerabilidad y a las víctimas de infracciones penales

Ab. Miriam Neira Reinoso

Fiscal Tercera de Delitos Sexuales Guayaquil

EXPERTA C

Es la que se emana de la Constitución de la República, la misma que ampara a las personas vulnerables.

ANÁLISIS

Las tres entrevistadas han coincidido en su respuesta que el Estado debe brindar protección a las personas víctimas de este grupo considerado vulnerables, lo que se encuentra establecido por mandato constitucional. El Estado a través de sus instituciones ha venido implementando una serie de servicios, programas y diversas actividades para dar protección a estas personas como lo son niñas, niños y adolescentes, de quienes se ha demostrado se encuentran en un alto índice de

violación de sus derechos, por un sinnúmero de circunstancias ya sea delictivas, intrafamiliares y educacionales. Se necesita mayor atención y protección, por cuantos estos menores se encuentran en pleno desarrollo evolutivo como seres humanos, siendo ellos los futuros ciudadanos que se van a desenvolver en la sociedad, y de la prevención mediante políticas que brinde el Estado en cuanto a protección, educación, convivencia familiar y social, se observarán esos cambios en bienestar de la sociedad.

PREGUNTA 2: ¿Qué es para usted el testimonio anticipado?

EXPERTA A:

RESP.- Una garantía de no revictimización, ya que la confrontación con el supuesto agresor genera un retroceso en el tratamiento psicoterapéutico de las víctimas.

EXPERTA B:

RESP.- Es un anticipo de prueba, que ayuda a que el titular de la acción penal evite la revictimización de la persona que lo rinde. Así como se evite un enfrentamiento de ver de forma directa a su agresor o victimario. Constituida como una prueba relevante.

EXPERTA C:

RESP.- Es la facultad que la norma da para evitar que las personas con protección especial dentro de una investigación o proceso penal sean revictimizadas, testimonio que alcanza el valor de prueba en la etapa de juicio.

ANÁLISIS

Para todas las expertas es una diligencia que no permite la revictimización. El testimonio anticipado es una diligencia con valor de prueba que fue creada por los juristas para evitar la revictimización de las víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal. Es un anticipo de prueba, que surge a raíz de que en mucho de los casos las víctimas no llegan hasta la etapa de juicio por múltiples factores, como las amenazas o intimidaciones de las que son objeto por parte del procesado, su familia o terceras personas, lo que hacen que se desliguen del caso, dejen de impulsar, haciendo que den un paso atrás para evitar se consolide una

acusación. Por lo que se debe explotar esa prueba del testimonio anticipado para evitar la revictimización, pero esto debe hacerse desde el conocimiento del hecho delictivo o desde la fase de investigación previa.

PREGUNTA 3: ¿En qué momento procesal es adecuado la recepción del testimonio anticipado a los niños, niñas y adolescentes que sufran violencia sexual?

EXPERTA A:

RESP.- El momento procesal al que usted ha referido en su pregunta es pues la Instrucción Fiscal, pero lo óptimo sería que el testimonio en el caso de niñas, niños adolescente y víctimas de Violencia de Género deberá hacerse en la Investigación Previa, que si bien no es etapa procesal, atendiendo al Interés Superior del Niño, y lo establecido en el Art. 35 de la Constitución y Art. 504 del COIP

EXPERTA B:

RESP.- Desde la investigación previa, para que esa información nos ayude a la investigación; así como, permita que la víctima pueda tener psicológicamente sus terapias para olvidar, asimilar y enfrentar lo ocurrido.

EXPERTA C:

RESP.- Desde la primera vez que se va a tomar contacto con la víctima o testigo

ANÁLISIS

Por unanimidad coinciden que el mejor momento para receptar el testimonio anticipado es desde la investigación previa, y que sea una sola diligencia en la Cámara de Gessel con la asistencia de personal capacitado. Las expertas han manifestado que se da en la etapa de instrucción, siendo lo óptimo que el testimonio en el caso de niñas, niños adolescente y víctimas de violencia de género se realice en la investigación previa, que si bien no es una etapa procesal, se puede realizar en atención al interés superior del niño, y lo establecido en el Art. 35 de la Constitución y Art. 504 del COIP. De esta manera el testimonio

receptado a la víctima ayude a la investigación y al proceso de recuperación del niño víctima de violencia sexual, debiendo recalcar que esto es una obligación del Estado evitar la revictimización conforme lo determina el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador.

PREGUNTA 4: ¿Al receptarse entrevistas previas al testimonio anticipado a víctimas, niños, niñas y adolescentes que sufran violencia sexual, violentaría el derecho a la defensa?

EXPERTO A:

RESP.- Al receptarse entrevistas previas al testimonio anticipado a víctimas niños, niñas y adolescentes que sufran violencia sexual, violentaría el derecho a la defensa. Siempre y cuando se notifique a la Defensoría Pública o al abogado de un investigado no se puede alegar que se ha violentado tal principio

EXPERTA B:

RESP.- No se violenta ese derecho cuando hay la notificación debida al sospechoso denunciado y su abogado o a la Defensoría Pública cuando se notifique a la Defensoría Pública

EXPERTA C:

RESP.- Si se respeta las normas del debido proceso y se notifica a un abogado para que represente al procesado no se estaría vulnerando el derecho a la defensa, porque el profesional del derecho realizará la defensa técnica.

ANÁLISIS:

Las entrevistadas coinciden que no se violentaría el derecho a la defensa si se notifica debidamente al denunciado, sospechoso, a su abogado particular o a la Defensoría Pública. Esto es manifestado en virtud que con la respectiva representación jurídica del procesado o sospechoso se puede ejercer el derecho de contradicción, lo que no perjudica en nada a su defensa, es más se considera que pone de relieve los primeros dichos donde el menor puede indicar legítimamente que fue lo que sucedió sin injerencias de ninguna clase. Si se hace la notificación al defensor del investigado o procesado para la recepción del testimonio

anticipado no se violentaría el derecho de la defensa y debemos recordar que el interés superior del niño está por encima de cualquier persona.

PREGUNTA 5: ¿Explique si al realizarse entrevistas a los niños, niñas y adolescentes que sufran violencia sexual, previa a la recepción un testimonio anticipado, los operadores de justicia ejercerían revictimización secundaria?

EXPERTA A:

RESP.- Siempre que se le recuerde a la víctima lo que aconteció estamos revictimizando, es por esta razón que se debe actuar con la debida diligencia, atendiendo como lo mencione en líneas anteriores principios como el interés superior del niño, y que en este caso los operadores de justicia, exactamente los jueces ayudarían mucho autorizando el testimonio anticipando en la investigación

EXPERTA B:

RESP.- Si porque esa no sería la única, faltaría la cámara gessel. Y se hace recordar lo acontecido.

EXPERTA C:

RESP.- Lamentablemente sí, porque hay casos que nos llegan de sorteo y ya viene una entrevista previa ya sea por el psicólogo o por Fiscal de Turno en donde aportan con datos del hecho denunciado.

ANÁLISIS:

Se ha hecho referencia, que siempre que se le recuerde a la víctima lo que aconteció estamos revictimizando. Por esta razón se debe actuar con la debida diligencia atendiendo como lo mencionamos en líneas anteriores al principio del interés superior del niño. En este caso los operadores de justicia, exactamente los jueces ayudarían mucho a la investigación como al niño autorizando el testimonio anticipado en la investigación previa. Así mismo, se ha referido que no es la única diligencia que se encuentra pendiente, por lo que si se realizan entrevistas anteriores, por parte de operadores de justicia, médicos y demás integrantes o participantes, sí se estaría revictimizando secundariamente.

PREGUNTA 6: ¿Dónde es adecuado la recepción del testimonio anticipado para los niños, niñas y adolescentes que sufran este tipo de violencia?

EXPERTA A:

RESP.- En la Cámara de Gessell, con personal capacitado.

EXPERTA B:

RESP.- En la Cámara de Gessell, y con peritos psicólogos acreditados.

EXPERTA C:

RESP.- Cámara Gessell, diligencia que será asistida por personal capacitado y quedará debidamente grabada.

ANÁLISIS:

Una sola respuesta que indica Cámara de Gessell. Por parte de las entrevistadas se ha hecho referencia que en la Cámara de Gessell, con personal capacitado, entre estos estarían los peritos psicólogos acreditados que deben en el caso de los niños actuar con técnicas y herramientas necesarias para que el niño libremente y sin sentir coacción, manifieste lo acontecido. Por ello los profesionales deben estar plenamente capacitados para abordar estos temas y mucho más en el caso de los menores todo con la finalidad de evitar su revictimización.

PREGUNTA 7: ¿Cuáles pueden ser las formas o mecanismos de garantizar los derechos de este grupo vulnerable, más cuando han sido víctimas de violencia de carácter sexual?

EXPERTA A:

RESP.- Garantizar un derecho es hacer que estos no sufran tal tipo de violencia, y si desgraciadamente fueron víctimas tratar en lo posible con la colaboración de su familia terapias para restablecer su desarrollo integral.

EXPERTA B:

RESP.- Utilizar las herramientas que nos ha dado el sistema de justicia para receptar un solo testimonio como dice la ley, y que evite q esa víctima recuerde más de una vez con las diligencias que se practique lo sucedido

EXPERTA C:

RESP.- Que haya un solo contacto con la víctima y este a través de cámara gesssel con asistencia de personal capacitado, de la misma manera con la ayuda de la unidad de peritaje integral e instituciones como Cepam y María Guare, se realizaría sesiones de terapias para que el profesional ayude en la guía psicológica para reintegrar a esa víctima a la vida daría, y poco a poco olvidar lo sucedido.

ANÁLISIS:

Se ha referido por parte de las entrevistadas que se deben utilizar las herramientas que nos ha dado el sistema de justicia para receptar un solo testimonio como dice la ley, y evitar que esa víctima recuerde más de una vez con las diligencias que se practique lo sucedido. Se debe cumplir con la obligación estatal de protección de los menores a través de las instituciones y de los funcionarios, quiénes deben actuar con pleno conocimiento de los derechos que tienen las víctimas. Así mismo se debe escuchar al menor sin violentar sus derechos constitucionales y evitar esta doble victimización, y recabar de forma inmediata su testimonio para que pueda haber una restauración de sus derechos vulnerados empezándose con las terapias psicológicas. Por ello se hace necesario que se recepte el testimonio del menor con el valor de prueba en la fase de investigación previa considerándose de esta manera todas las circunstancias sociales y psicológicas que sufre esta víctima.

PREGUNTA 8: ¿En su experiencia que respuestas ha recibido de los señores jueces cuando ha solicitado la recepción de un testimonio anticipado en fase investigativa?

EXPERTA A:

RESP.- Un solo caso lo he solicitado y me ha sido negando, por cuanto según su criterio se afecta el principio real de defensa y contradicción, cosa más rara.

EXPERTA B:

RESP.- No he solicitado, pero no conozco que los señores jueces en la realidad niegan este testimonio en investigación previa, por esta razón no lo solicito.

EXPERTA C:

RESP.- Si he solicitado, pero en un solo caso me negó un juez, quien indicó que se violaba el derecho de defensa, pese a que el investigado tenía un abogado defensor particular debidamente autorizado.

ANÁLISIS:

Se ha manifestado por parte de las entrevistadas su decepción respecto a que en la realidad no se permite la realización del testimonio anticipado en investigación previa, manifestando una de ellas que ha solicitado y le ha sido negado, por cuanto según su criterio se afecta el principio real de defensa y contradicción. No puede afectarse el principio de contradicción pues mientras se cumplan los presupuestos establecidos en el debido proceso, entre las que están realizar las notificaciones adecuadas para conocer plenamente del proceso, contar con una defensa técnica y de su confianza se ejercería plenamente la contradicción. También se debe mencionar que no puede encontrarse un principio legalista por encima de los derechos y principios constitucionales de los menores.

PREGUNTA 9: ¿Cómo ayudaría la aplicación del testimonio anticipado en Cámara de Gessell, en el momento del conocimiento del hecho delictivo o en una fase de investigación previa ayudaría al proceso y/o a los niños que sufren este tipo de violencia?

EXPERTA A:

RESP.- Ayudaría en la investigación, evitaría la revictimización. Y ayudaría q la víctima con el trabajo de profesionales psicólogos trate de olvidar lo sucedido y regrese a su vida cotidiana.

EXPERTA B:

RESP.- Ayudaría en la investigación, evitaría la revictimización. Y ayudaría q la víctima con el trabajo de profesionales psicólogos trate de olvidar lo sucedido y regrese a su vida cotidiana.

EXPERTA C:

RESP.- Facilitaría tener datos del hecho que ayudarían a direccionar la investigación.

COMENTARIO:

Vemos que en base a las respuestas de las tres expertas entrevistadas, todas coinciden en la importancia de recibir el testimonio anticipado desde el primer momento que la víctima ha sufrido el hecho delictivo, y que se ha tomado contacto con ella, testimonio que deberá ser realizado mediante Cámara Gessell y con la ayuda y asistencia de personal capacitado, en este caso de los psicólogos que facilitarían la extracción de esa información vital y ayudaría a la investigación, para cumplir con la verificación de la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona causante de esa infracción. Se ha reflejado dentro de estas entrevistas la importancia de este testimonio anticipado en investigación previa, ya que ayudaría a la investigación, evitaría la revictimización de los menores, siendo concordante con el planteamiento de nuestro problema dentro del trabajo, así como con la respectiva solución.

CONCLUSIONES

Como lo hemos analizado valorando los principios y normas de carácter constitucional, al receptarse el testimonio desde el cometimiento del hecho delictivo, o desde la fase de investigación previa se evitaría su revictimización. Es esta la fase adecuada y no el proceso formal de instrucción, ya que en esta la víctima brindaría detalles de lo acontecido, así como se receptaría como prueba fundamental su testimonio para un posterior proceso judicial. A pesar de que el testimonio anticipado de la víctima de delitos sexuales se realice en los primeros inicios de un proceso se realizaría garantizando el debido proceso.

Los derechos de los menores de edad, víctimas de violencia sexual son gravemente vulnerados en pro de los derechos de los procesados. Esta afirmación se la realiza en virtud de que se aplica erróneamente el principio legalista en lugar de las normas y principios de carácter constitucional por parte de los señores jueces de garantías penales. Como hemos analizado los menores tienen derecho a ser escuchados, a no entrevistarlos más de lo necesario, a la protección estatal, a las explicaciones acorde a su edad, a no ser revictimizados, y a la aplicación del principio de interés superior, por lo cual al no aplicarse la normativa constitucional y convencional se están lesionando los derechos de este grupo vulnerable.

Por parte del Ecuador si existe protección estatal, pero ésta no es suficiente para evitar la vulneración de los derechos de los menores. Por ello se deben crear programas y políticas públicas que permitan a los operadores de justicia empoderar de conocimientos de carácter convencional y constitucional en los casos de hechos delictuales que sufre la ciudadanía. Se debe concientizar a los funcionarios en el trato que debe brindarse a las víctimas de delitos sexuales y de los menores de edad. Para lograr una protección estatal acorde a las necesidades sociales se debe reformar normativa de la ley penal con la finalidad de que se evite la revictimización de víctimas menores de edad y de delitos sexuales ya que en estos casos son doblemente vulnerables.

Tal como se indicó al reformarse la ley penal; esto es, el Código Orgánico Integral Penal en sus artículos 502 y 504, se instauraría en esta normativa positiva, normas de carácter constitucional con lo cual se evitaría la vulneración de los derechos constitucionales de este grupo de atención prioritaria. Con esto se evitaría fundamentalmente la revictimización, ya que se realizaría una sola declaración, un solo testimonio que sirva tanto en la fase de investigación como en la instrucción y posteriormente como prueba en un juicio. De esta forma la administración de justicia evitaría gastar el tiempo en diligencias fallidas por la ausencia de la víctima que por factores endógenos y exógenos causan su falta de comparecencia por los largos tiempos que se espera para realizarse el testimonio de la víctima.

De esta manera se estaría garantizando que no se vulneren sus derechos constitucionales como la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, entre los que se encuentra derecho a ser escuchado, a no ser entrevistado con más frecuencia de la necesaria en especial cuando se investiguen acontecimientos dañinos para evitar su revictimización, a recibir atención prioritaria y asistencia integral de profesionales acorde con sus necesidades, a la protección especial resguardando su intimidad y seguridad, así como de cualquier amenaza u otras formas de intimidación, y en general la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción.

Por ello se puede concluir que efectivamente al realizarse el testimonio de niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos sexuales como sucede actualmente en etapa de instrucción, se vulneran sus derechos constitucionales causándose la revictimización de los menores. Siendo la fase de investigación previa la adecuada para receptarse el testimonio, tal como se ha indicado por la realidad social, artículos periodísticos y las expertas en delitos sexuales. De esta manera se estaría garantizando que no se vulneren los derechos constitucionales, entre los que se encuentran la tutela efectiva, imparcial y expedita, a no ser entrevistado más de lo necesario, a recibir la atención adecuada y prioritaria, al resguardo de su intimidad y seguridad, así como la protección de cualquier amenaza o formas de intimidación.

RECOMENDACIONES

Se recomienda al Consejo de la Judicatura que les brinde mayor capacitación a los señores Jueces de Garantías Penales en temas de menores víctimas y en especial de delitos sexuales, así como se les proporcione conocimientos de derechos y garantías constitucionales. También que se sociabilice a la ciudadanía la existencia de las herramientas que permiten la no revictimización como la Cámara de Gessell, videoconferencia y demás medios telemáticos para evitar la revictimización. Que se arme una directriz de sociabilización a los operadores de justicia, funcionarios y empleados públicos de la exigencia de principios y normas constitucionales con la finalidad de que solo por una vez se recepte el testimonio (declaración).

Se permita por parte de los jueces la aplicación del testimonio anticipado en el momento del conocimiento de la infracción, en la fase de investigación previa de un proceso judicial en los casos de niños, niñas y adolescentes que han sufrido algún tipo de violencia de carácter sexual. Se debería resaltar la utilización de las herramientas que nos da el Estado, como el elemento de la cámara Gessell, amparado en el Art. 504 del Código Orgánico Integral Penal. Diligencia judicial que permite que la víctima niña o niño, puedan expresarse libremente e indicar lo sucedido, asistido por un especialista, en este caso un perito psicólogo, el mismo que se plasmará en una grabación en cd, que tendrá valor de prueba por ser un testimonio anticipado. Por tanto, la necesidad de una reforma en el cual se agregue al final del Art. 504 y 502 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal que el testimonio anticipado podrá ser receptado desde la investigación previa y por ende se le dará el valor probatorio que establece la ley penal.

Que se acepte por parte de la Asamblea Nacional la reforma propuesta al artículo 504 y 502 del Código Orgánico Integral Penal (ver anexo 5), en la que se solicita se agregue en el artículo 504 del COIP “que esta declaración en niños, niñas y adolescentes en casos de naturaleza sexual por la doble vulnerabilidad que tienen y por la protección que debe brindarles el Estado, se podrá realizar en investigación previa, cumpliendo con las reglas del testimonio y observando el principio de contradicción”. Con esta reforma se estaría incluyendo normas y principios de carácter constitucional, como el derecho a ser oído, a no ser

entrevistado más veces de lo necesario, a la tutela judicial efectiva, así como se estaría cumpliendo con el principio de celeridad procesal inherentes de todos los juicios. El principio de contradicción mediante esta reforma se encuentra plenamente garantizado por la inmediación, y estará sustentada bajo los principios del debido proceso.

Así como en el artículo 502 del COIP agregarse “en casos de delitos sexuales donde se encuentren inmersos menores de edad, esto es, niños, niñas y adolescentes se podrá realizar este testimonio anticipado también en investigación previa, precautelando el derecho de la víctima, así como lo establecido como principio de no revictimización por el cual debe velar el Estado” Esta reforma resalta el carácter de protección constitucional que debe tener el Estado con los menores. De esta manera se precautelaría el derecho de la víctima en todas sus dimensiones pero sobretodo la parte psicológica. Se recalca el carácter tutelar del Estado respecto de la no revictimización a este menor, por parte de los integrantes del mismo a través de cualquier institución, pues lo que deben vigilar las instituciones son el respeto de los derechos.

BIBLIOGRAFÍA

- **Fuentes Normativas**

Constitución de la República del Ecuador. (2008) Editorial Ediciones Legales

Código de la Niñez y Adolescencia. (2009). Editorial Ediciones Legales

Código Orgánico Integral Penal (2015) – Editorial Ediciones Legales.

Convención sobre los Derechos del Niño. (1992)

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969).

Declaración de los Derechos del Niño. (1959)

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

Jurisprudencia Ecuatoriana. (2013) Corte Nacional de Justicia del Ecuador.

- **Fuentes doctrinarias**

Andrade Barrera, Fernando. (2008). Diccionario Jurídico educativo de los derechos de la niñez y adolescencia con legislación ecuatoriana Volumen I. Fondo de cultura ecuatoriana.

Belaeff, Alejandro. (2014). Cámara de Gésell para casos con víctimas menores de edad. Argentina

Benavente Chorres, Hésbert. (2009). “La prueba en el proceso penal acusatorio con tendencia adversarial: la teoría del caso y la actividad probatoria en el juicio oral”. Editorial Astrea. Argentina

Benavidez Ordoñez, Jorge Y Escudero Soliz Joel. (2013). Manual de Justicia Constitucional Ecuatoriana. Centro de Estudio y Difusión de la Corte Constitucional. Quito - Ecuador

Blacio Pereira, Lucy. Escuela Judicial. Consejo de la Judicatura. (2014). Atribuciones de Fiscalía como sujeto procesal en el Código Orgánico Integral Penal COIP y Documento La Ruta de la Violencia

- Cabanellas, G. (2007). Diccionario Jurídico Elemental (Vigésimo Primera ed.). Heliasta. Buenos Aires, Argentina.
- Dupret, Marie – Astrid y Unda Nathalia (2013). Revictimización de niños y adolescentes tras denuncia de abuso sexual. En *Universitas XI* (19), julio – diciembre. Quito. Editorial Abya Yala/Universidad Politécnica Salesiana
- Eliacheff, Caroline y Soulez, Lariviere. (2009). El tiempo de las víctimas. Daniel Ediciones Akal. Madrid- España
- Escudero Alzate, María Cristina. (2014) Procedimiento de familia y del menor (Vigésima edición). Editorial Leyer. Bogotá – Colombia.
- Ildelfonso V., Madeleine. (2013). El derecho al niño a ser escuchado, elaborado por el Comité de Derechos del Niño. El sistema penal y su aplicación teórico- práctico. *Ad Verbum-Revista de la Corte Superior de Justicia del Callao - Perú*
- Macdonald, Alistair. (2011). *The rights of the child: law and práctica*, Bristol, Jordan Publishing Limited.
- Montoya Chávez, Víctor Hugo. (2007). Derechos Fundamentales de los niños y adolescentes. Editorial Grijley. Lima – Perú.
- Muñoz Conde, Francisco. (2012). Derecho Penal. Parte especial. Décimo quinta edición revisada y puesta al día. Editorial Tirant lo Blanch. México D.F.
- Oyarte, Rafael. (2016). Debido proceso. Editorial de Corporación de estudios y publicaciones. Quito - Ecuador.
- Reyna Alfaro, Luis Miguel, Delitos contra la familia y de violencia doméstica, Tercera edición, actualizada conforme al Decreto Legislativo No. 1194 y la Ley No. 30364. Lima - Perú
- Rodríguez, Alexander. (2013). Derechos de las víctimas en el proceso penal. Ed. Johana Pesántez Benítez. *Memorias: Prevención del Delito y Derecho Penal*. Quito - Ecuador: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Fundación SAVE THE CHILDREN. (2012). “Guía de material básico para la formación de profesionales”, Gobierno de España.

- **Fuentes de internet**

Yavar, Fernando. Testimonio único amparado en juicios a víctimas de violación. Diario El Telégrafo. Justicia. Recuperado de: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/el-testimonio-unico-amparado-en-juicios-a-victimas-de-violacion>)

Fiscalía promueve una atención integral para evitar revictimización (miércoles, 02 Mayo 2012 00:00). Diario EL TELÉGRAFO. JUSTICIA. Recuperado de: <http://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/fiscalia-promueve-una-atencion-integral-para-evitar-revictimizacion>.

Salgado García, Edgar. “Muybridge y Gesell: Pioneros de los métodos de investigación visual en Psicología”, Colegio Profesional de Psicólogos de Costa Rica: Revista Costarricense de Psicología, vol. 31. (Ene–Dic. 2012) 1-2. Edición electrónica: [«https://www.academia.edu/2391607/Muybridge_y_Gesell_Pioneros_de_los_m%C3%A9todos_de_investigaci%C3%B3n_visual_en_psicolog%C3%ADa»](https://www.academia.edu/2391607/Muybridge_y_Gesell_Pioneros_de_los_m%C3%A9todos_de_investigaci%C3%B3n_visual_en_psicolog%C3%ADa)

Carvajal, Karla. Victimización Primaria, secundaria y terciaria. Recuperado de: http://www.academia.edu/23702770/_Victimizaci%C3%B3n_Primaria_Secundaria_y_Terciaria

La Cámara de Gesell minimiza revictimización. (02 de septiembre del 2013 00:00) Diario EL TELÉGRAFO. Justicia. Recuperado de: <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/judicial/13/la-camara-de-gesell-minimiza-revictimizacion>

ANEXO 1

**CASO DE NIÑA (S), DENTRO DE LA CAUSA PENAL
NO. 09281-2016-07113 EN EL QUE SE SEÑALA
TESTIMONIO ANTICIPADO.**

425
cuatro
minutos
antes
de
las
17:00

De:
Enviado el: jueves, 26 de enero de 2017 10:53
Para: Gioconda Armijos Moran
Asunto: RV: TESTIMONIO ANTICIPADO No 2016-07113

LO SOLICITADO

De: [mailto:jessica...@funcionjudicial.gob.ec]
Enviado el: miércoles, 25 de enero de 2017 17:44
Para: bosquez.aboga@hotmail.com;
Asunto: TESTIMONIO ANTICIPADO No 2016-07113

Juicio No. 09281-2016-07113

IDAD JUDICIAL DE GARANTIAS PENALES CON COMPETENCIA EN DELITOS FLAGRANTES DEL CANTON DE GUAYAQUIL. Guayaquil, miércoles 25 de enero del 2017, las 17h39.

Por encontrarme de turno reglamentario, en mi calidad de Juez de la Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Delitos Flagrantes del Guayas y continuando con la sustanciación de esta causa dispongo lo siguiente: 1) Agréguese a los autos el Oficio No. FPG-FEDOT10-0633-2017-000241-O presentado el día 23 de enero de 2017, a las 15h13, por el Agente Fiscal Ab. de la Fiscalía de Personas y Garantías.- 2) agréguese a los autos el escrito presentado por el procesado de fecha 23 de Enero de 2017, a las 08h41.- **PROYENDO.-** 1) en atención al Oficio No. FPG-FEVGI-0654-2016-002789-O, se convoca a las partes a la diligencia de recepción del testimonio anticipado de la menor: S., de 6 años de edad, a realizarse el día 03 DE FEBRERO DE 2017, A LAS 11H30 que se efectuara en la Fiscalía Provincial del Guayas, Ubicada en Víctor Manuel Rendón 302 y General Córdova, Edificio la Merced, Mezzanine, de esta ciudad de Guayaquil.- 2) se le comunica al procesado Señor, que aún no se ha dado por concluida la Instrucción fiscal, hecho que sea, se informará sobre la fecha y hora de la Audiencia de Evaluación y Preparatoria de Juicio.- 3) Tómese en consideración los correos electrónicos que señala el Fiscal Titular de la causa para futuras notificaciones. Ab. Roxana Michilena Rojas en calidad Secretaria (e) de esta Unidad Judicial.- Notifíquese y Cúmplase.-

JUEZ

Certifico:

SECRETARIO

En Guayaquil, miércoles veinte y cinco de enero del dos mil diecisiete, a partir de las diecisiete horas y cincuenta y cuatro minutos, mediante boletas judiciales notifiqué el DECRETO que antecede a: FISCALIA N. DE

FEDOTI en la casilla No. _____ en la casilla No. _____ y correo
electrónico alix33@gmail.com, hposquez.aragados@hotmail.com del Dr./Ab. _____
SAUL a: CAM@FISCALIA.GOB.EC, IRRESO@FISCALIA.GOB.EC, ADMJCSG@FISCALIA.GOB.EC
en su despacho. Certifico:

SECRETARIO

ANEXO 2

**CASO DE NIÑA S, DENTRO DE LA CAUSA PENAL No.
09281-2016-07113 EN EL QUE SE REALIZA LA
SOLICITUD DE CÁMARA DE GESSEL (FORMULARIO
DE CÁMARA DE GESSELL)**

Handwritten signature/initials in the top right corner.

FORMULARIO DE SOLICITUD DE CÁMARA DE GESELL

I. DATOS GENERALES

Lugar y fecha: *9 de abril, 26 de abril del 2017*
Fiscalía especializada solicitante: *Voluntaria de género*
Fiscal Solicitante: *Ab. Graciela Jimenez*
Tipo de delito: *Violación*
Número de expediente: *0901018 10125400*
Juzgado: *09281 - 2016 - 07 113*
Juez/a:
Cámara de Gesell solicitada:
Fecha y hora de la diligencia: *26 de abril del 2017 11:00 hrs*

II. TIPO DE DILIGENCIA A REALIZARSE

- Grabación de denuncia
- Toma de versión
- Testimonio urgente
- Identificación de sospechoso
- Peritaje Psicológico Grabado
- Peritaje de Entorno Social Grabado
- Identikit
- Testimonio urgente via Skype
- Identificación de sospechoso via Skype

Handwritten signature and date: 26/04/17 10:12

III. DATOS DEL USUARIO

Apellidos y nombres:..... S

Edad:.....

.....
Nacionalidad: *Paraguaya*.....

...
 C.I..... C.C..... Pasaporte..... No

Tiene

Género: Masculino Femenino

Estado civil:

Soltero/a Casado/a Divorciado/a Viudo/a Unión

Libre

IV. NECESIDAD DE INTÉRPRETE

Traductor

Interprete de señales

Capacidades especiales

Otros (definir).....

V. NECESIDAD DE CURADOR

SI No

[Signature]
DR.....
FISCAL DE.....

ANEXO 3

**PROVIDENCIA EMITIDA DENTRO DE LA CAUSA PENAL
No. 09286-2016-03817G POR EL JUEZ DE GARANTÍAS
PENALES DEL GUAYAS DONDE SE NIEGA EL
TESTIMONIO ANTICIPADO EN LA INVESTIGACIÓN
PREVIA**

De: satje.guayas@funcionjudicial.gob.ec
Enviado el: viernes, 17 de junio de 2016 11:28
Para:
CC: satje.guayas@funcionjudicial.gob.ec
Asunto: Juicio No: 09286201603817G Casillero No: 0
Datos adjuntos: Boleta_Juicio_09286201603817G_Casillero_0.pdf

REPÚBLICA DEL ECUADOR

CONSEJO DE LA JUDICATURA

Juicio No: 09286201603817G

Casilla No: 0

AB FISCAL

Dr / Ab:

En el Juicio Especial No. 09286201603817G que sigue [] en contra de [] hay lo siguiente:

VISTOS: Agréguese al expediente el oficio de fecha 15 de Junio del 2016, presentado por la Agente Fiscal , asignada a la Fiscalía de Violencia de Género, en atención a la petición de que se recepte el TESTIMONIO ANTICIPADO, a los menores que constan en su escrito, al respecto el Art. 66 numeral 23 del Constitución de la República del Ecuador garantiza el derecho de realizar peticiones y a recibir atención y respuestas motivadas, a efectos de garantizar este derecho atiendo la petición de la señora Agente Fiscal y procedo a responder en el sentido siguiente:

PRIMERO: Por mandato constitucional es la Fiscalía la titular de la acción penal pública, pues así lo establece el Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador, en ese sentido es a la Fiscalía a quien le corresponde dirigir de oficio o a petición de parte, la investigación pre-procesal y procesal penal; ejerciendo con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal. Bajo ese presupuesto constitucional la actividad investigativa le corresponde de manera exclusiva a la fiscalía. SEGUNDO: La Fiscalía amparándose en los Arts. 510 y 502 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, ha solicitado la recepción testimonio anticipado urgente al respecto cabe precisar lo siguiente: Entre las atribuciones de los y las fiscales se encuentra el establecido en el Artículo 444 del COIP, numeral 7, en donde consta: "Solicitar a la o al juzgador, en los casos y con las solemnidades y formalidades previstas en este Código, la recepción de los testimonios anticipados APLICANDO LOS PRINCIPIOS DE INMEDIACIÓN Y CONTRADICCIÓN, así como de las víctimas de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas y violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar." (Lo resaltado es mío) El testimonio anticipado, es una prueba anticipada que se incorporará posteriormente a la etapa de juicio, pues así lo prevé el inciso tercero del numeral 1 del Art. 454 del Código Orgánico Integral Penal, en donde se establece las reglas de la prueba, entonces partiendo de que el testimonio anticipado es una prueba anticipada, hay que advertir que toda prueba aun siendo esto anticipado debe practicarse estrictamente cumpliendo el principio constitucional de CONTRADICCIÓN, pues esto es una de las reglas fundamentales de la práctica de una prueba pues así lo garantiza el numeral 3 del Art. 454 del C.O.I.P., al establecer: "... Contradicción.- Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada..." Ya que de practicar una prueba, sin garantizar este principio de contradicción carecería de eficacia probatoria como lo señala el numeral 4 del Art. 76 de la Constitución, ahora bien, quien debe ejercer este principio de contradicción?. Pues la defensa de quien la Fiscalía le haya atribuido un presunto cometimiento de un delito de acción pública, en el caso en concreto de la solicitud fiscal, se observa que se encontraría en INVESTIGACIÓN PREVIA, una fase

administrativa donde no existe un proceso penal, donde tampoco ninguna persona se le ha imputado el cometimiento de un presunto delito, en ese sentido quien ejercería este principio de contradicción? Más aun cuando el Art. 580 del Código Orgánico Integral Penal dice: "...Artículo 580.- Finalidades.- En la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación Y DE HACERLO, POSIBILITARÁ AL INVESTIGADO PREPARAR SU DEFENSA..." (Las mayúsculas son mías). Al decir del Dr. Jorge Zavala en su libro Teoría del Delito y Sistema Acusatorio en el C.O.I.P., comenta que: "...La imputación como base del proceso penal, es exigida por el derecho de defensa, pues, para que esta sea ejercida de forma idónea debe conocer el individuó que conducta típica se le atribuye, cuales son los hechos atribuidos a su comportamiento, pues de otra forma le es imposible o se obstaculiza su defensa..." En esta causa en la solicitud de testimonio anticipado no existe aún un proceso penal y por ende tampoco existe un sujeto procesal quien pueda ejercer el legítimo derecho de contradicción y la defensa, es decir de darse el testimonio anticipado, esta no sería sometida al principio de contradicción alguna, por lo que contravendría lo previsto en la norma Constitucional que dice: "Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: ... 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ... a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento..." Esta disposición normativa claramente ordena que las y los fiscales deban solicitar la recepción del testimonio anticipado con las solemnidades y formalidades señaladas en este código. Bajo estos artículos del Código Orgánico Integral Penal, se observa que la recepción del testimonio anticipado tiene reglas específicas para la práctica de dicha diligencia esto es que se garantice el principio de CONTRADICCIÓN de parte de la defensa de un sujeto procesal. De la misma manera el máximo organismo de control constitucional CORTE CONSTITUCIONAL, mediante sentencia N.º 0001-09-SCN-CC de fecha 14 de mayo del 2009 ha dejado claramente establecido cuando indica que entre los Principios del debido proceso está el "... El principio de la permanencia de la prueba.- Se ha señalado que en el sistema acusatorio, la prueba practicada por el instructor es preparatoria, porque sirve para que el juez cite a la celebración del juicio, en el cual debe repetirse la prueba, en su integridad, ante el jurado, a fin de que opere el principio de inmediación. La prueba, para ser valorada, debe ser practicada cumpliendo las disposiciones constitucionales y legales, entendiendo que puede ser valorada únicamente cuando sea legal y que haya llegado oportunamente al proceso, de modo que si el fiscal, en su empeño de avanzar con su investigación, practica actos probatorios con anterioridad de vincularlos al proceso, SIN DARLE A LA DEFENSA EL DERECHO A CONTRAVENIR, ESA PRUEBA NO PUEDE SER TENIDA EN CUENTA POR EL JUEZ, PORQUE NO SÓLO ESTARÍA VIOLANDO EL CITADO DERECHO FUNDAMENTAL DE LA CONTRADICCIÓN, SINO TAMBIÉN EL DE LA DEFENSA..." (Lo resaltado es mío) Siendo así, por todas estas consideraciones en mi calidad de Juez Garante de los derechos de las partes y del debido proceso NIEGO LA SOLICITUD de la recepción de los testimonios anticipados dentro de una indagación previa por improcedente. Que la actuatoria del despacho tome nota de este particular tanto en los libros correspondientes así como en el sistema SATJE.- Actúe la Abogada Secretaria encargada del Despacho.- Notifíquese y Archívese.-

f:

Lo que comunico a usted para los fines de ley.

SECRETARIO/A

La información contenida en este mensaje es confidencial y reservada, prevista solamente para el uso de la persona o la entidad a quienes se dirija y no puede ser usada, reproducida o divulgada por otras personas. Si usted no es el destinatario de este mail, le rogamos se sirva eliminarlo.

***** UTILIDAD SÓLO PARA INFORMACIÓN *****

ANEXO 4

CUESTIONARIO DE ENTREVISTA A EXPERTAS: FISCALES DE DELITOS SEXUALES



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL

NOMBRE:.....

INSTITUCIÓN:
.....

CARGO:.....

ENTREVISTA REALIZADA A LAS SEÑORAS FISCALES DE DELITOS SEXUALES SOBRE EL TESTIMONIO ANTICIPADO EN MENORES DE EDAD EN CASOS DE DELITOS SEXUALES.

PREGUNTA 1: ¿Qué entiende por protección especial del Estado?
.....
.....

PREGUNTA 2: ¿Qué es para usted el testimonio anticipado?
.....
.....

PREGUNTA 3: ¿En qué momento procesal es adecuado la recepción del testimonio anticipado a los niños, niñas y adolescentes que sufran violencia sexual?
.....

PREGUNTA 4: ¿Al receptarse entrevistas previas al testimonio anticipado a víctimas niños, niñas y adolescentes que sufran violencia sexual, violentaría el derecho a la defensa?

.....

PREGUNTA 5: ¿Explique si al realizarse entrevistas a los niños, niñas y adolescentes que sufran violencia sexual, previa a la recepción un testimonio anticipado, los operadores de justicia ejercerían revictimización secundaria?

.....
.....

PREGUNTA 6: ¿Dónde es adecuado la recepción del testimonio anticipado para los niños, niñas y adolescentes que sufran este tipo de violencia?

.....
.....

PREGUNTA 7: ¿Cuáles pueden ser las formas o mecanismos de garantizar los derechos de este grupo vulnerable, más cuando han sido víctimas de violencia de carácter sexual?

.....
.....

PREGUNTA 8: ¿En su experiencia que respuestas ha recibido de los señores jueces cuando ha solicitado la recepción de un Testimonio Anticipado en fase investigativa?

.....
.....

PREGUNTA 9: ¿Cómo ayudaría la aplicación del testimonio anticipado en Cámara de Gessell, en el momento del conocimiento del hecho delictivo o en una fase de investigación previa ayudaría al proceso y/o a los niños que sufren este tipo de violencia?

ANEXO 5

REFORMA LEGAL RESPECTO DEL TESTIMONIO ANTICIPADO

Artículo 504.- Versión o testimonio de niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores.- Las niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores, tendrán derecho a que su comparecencia ante la o el juzgador o fiscal, sea de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo. Para el cumplimiento de este derecho se utilizarán elementos técnicos tales como circuitos cerrados de televisión, videoconferencia o similares, por una sola vez. Se incorporará como prueba la grabación de la declaración en la audiencia de juicio, **esta declaración en niños, niñas y adolescentes en casos de naturaleza sexual por la doble vulnerabilidad que tienen y por la protección que debe brindarles el Estado, se podrá realizar en investigación previa, cumpliendo con las reglas del testimonio y observando el principio de contradicción.**

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

1. El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas.
2. La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptar el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción. **En casos de delitos sexuales donde se encuentren inmersos menores de edad, esto es, niños, niñas y adolescentes se podrá realizar este testimonio anticipado también en investigación previa, precautelando el derecho de la víctima, así como lo establecido como principio de no revictimización por el cual debe velar el Estado.**



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, KAREN LUISA KINCHUELA MORÁN, con C.C.: No. 092466625-8, autor del trabajo de examen complejo: *“La vulneración de derechos constitucionales del niño, niña y adolescente por la no receptación del testimonio anticipado desde la investigación previa, causa revictimización”*; previo a la obtención del grado de **MAGÍSTER EN DERECHO CONSTITUCIONAL** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil:

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

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de graduación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 11 de diciembre del 2018

f. _____
Ab. Karen Luisa Kinchuela Morán
C.C. No. 092466625-8



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE GRADUACIÓN

TÍTULO Y SUBTÍTULO:	“La vulneración de derechos constitucionales del niño, niña y adolescente por la no recepción del testimonio anticipado desde la investigación previa, causa revictimización”.		
AUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Kinchuela Morán Karen Luisa		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES) (apellidos/nombres):	Dr. Teodoro Verduga / Dr. Nicolás Rivera		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
UNIDAD/FACULTAD:	Sistema de Posgrado		
MAESTRÍA/ESPECIALIDAD:	Maestría en Derecho Constitucional		
GRADO OBTENIDO:	Magíster en Derecho Constitucional		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	11 de diciembre del 2018	No. DE PÁGINAS:	70
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Constitucional		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Derechos constitucionales, niños, niñas y adolescentes, menor de edad, revictimización, testimonio anticipado, investigación previa		
RESUMEN/ABSTRACT:	<p>La vulneración de los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes al no permitirse la recepción de su testimonio anticipado en la fase de investigación previa sino en instrucción por parte de los Jueces, omitiéndose lo que establece el Art. 78 de la Constitución de la República del Ecuador, en cuanto a la no revictimización; así como la aplicación del principio del interés superior del niño, que se encuentra establecido en nuestra Constitución de la República del Ecuador, Convenios y Tratados Internacionales, de los cuales nuestro país es suscriptor, en los cuales se establece la obligación de carácter estatal de dar la protección y tutela judicial efectiva, así como ser escuchados en todo momento, por ello ante esa problemática y por la necesidad social, la recepción del testimonio anticipado desde el conocimiento de la infracción o desde una investigación previa, es de vital importancia porque permite al titular de la acción penal recabar elementos para determinar la existencia de una infracción y la responsabilidad de alguna persona en la comisión de un delito y se evitaría la revictimización de este grupo vulnerable ya que se daría el realce constitucional de sus derechos.</p>		
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: 0991006953	E-mail: kalu_1929@hotmail.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN:	Nombre: Hernández Terán, Miguel Antonio		
	Teléfono: 0985219697		
	E-mail: mhtjuridico@gmail.com		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			