

**Universidad Andina Simón Bolívar**

**Sede Ecuador**

**Área de Derecho**

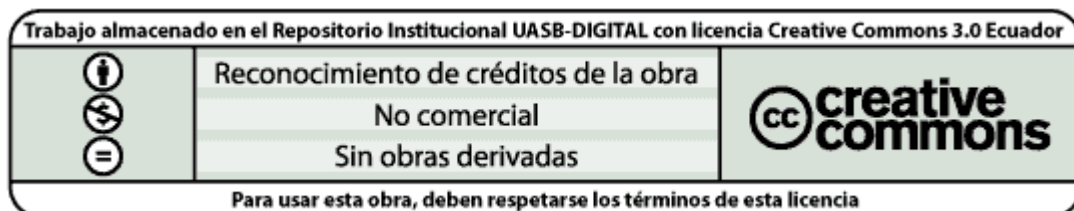
Programa de Maestría Derecho Procesal

**Procedimientos y aplicación de la cámara de Gésell en el Ecuador, en relación al testimonio anticipado (urgente) en los delitos de violación**

Autora: María Belén Cadena Ramírez

Director: Christian Masapanta Gallegos

**Quito, 2015**



## **Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis**

Yo, María Belén Cadena Ramírez autora de la tesis intitulada “Procedimientos y aplicación de la cámara de Gésell en el Ecuador, en relación al testimonio anticipado (urgente) en los delitos de violación”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autora de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Quito, ... de septiembre del 2015

Firma: .....

## **Resumen**

En el presente trabajo se desarrolla el testimonio anticipado (anteriormente denominado testimonio urgente) realizado a las presumibles víctimas en los procesos penales en la investigación (anteriormente denominada indagación previa) en el delito de violación, en la cámara de Gésell, para determinar si en su recepción existen vulneraciones a los derechos de la víctima y del procesado.

La motivación principal de esta temática, radica en la innegable importancia y beneficio de los testimonios en cámara de Gésell para la protección de los derechos de la víctima, y celeridad procesal; sin embargo, no se puede dejar de lado la protección de los derechos de la o el sospechoso.

Se abordan temas primordiales que permitirán esclarecer estas características, respecto al testimonio anticipado-urgente tomado en cámara de Gésell, que al ser un medio probatorio en materia penal, sugiere el análisis del tipo de sistema penal que se encuentra vigente en el Ecuador, que es de vital importancia para determinar los medios probatorios que en materia penal en el Ecuador deben servir de fundamento al juez para emitir su sentencia, en adición con la utilización de medios tecnológicos, que han ayudado a perfeccionar dichos medios (cámara de Gésell).

En virtud de lo cual, se podrá establecer el enfoque ecuatoriano respecto a la protección de los derechos de las partes procesales involucradas en un proceso penal, y si la innovación de medios probatorios en el Ecuador, responde o no a la realidad ecuatoriana en razón del sistema penal vigente, o en su defecto a una realidad de un país distinto.

Por tanto, se desarrolla y analiza lo expresado por la normativa tanto del derogado Código de Procedimiento Penal, del Código Orgánico Integral Penal, y del procedimiento establecido por el Consejo de la Judicatura en el Ecuador, en el uso de la cámara de Gésell para la recepción de testimonios anticipados de víctimas de delitos de violación, así como el valor que tiene esta prueba testimonial para la determinación de una sentencia condenatoria por parte de las y los administradores de justicia.

## **Dedicatoria**

A mi padre, Cristóbal Ramiro Cadena Moscoso, admirable profesional del derecho, por  
su esfuerzo y ejemplo incansable.

A mi familia: mi madre, mi hermana, hermanos y cuñados, por su apoyo y amor  
incondicionales.

## **Agradecimiento**

A Dios, por otorgarme fuerzas todos los días.

A mi tutor, Christian Masapanta Gallegos, distinguido catedrático, por su gentil  
colaboración y ayuda invaluable.

## Contenido

Introducción .....	8
Capítulo primero	
La prueba testimonial anticipada a través de la cámara de Gésell, como mecanismo probatorio en los delitos de naturaleza sexual .....	9
1.1. El sistema penal acusatorio en el Ecuador, en relación con la prueba testimonial. 9	
1.1.1. El derecho a la no revictimización. ....	12
1.1.2. El derecho a la defensa en la garantía de la contradicción.....	14
1.2. Naturaleza de los medios probatorios en materia penal. ....	15
1.3. Medios probatorios testimoniales excepcionales. ....	18
1.4. Los medios probatorios testimoniales excepcionales y su relación con los delitos de naturaleza sexual.....	22
1.5. Empleo de la cámara de Gésell para la recepción de testimonios urgentes de las víctimas de delitos de violación. ....	24
1.5.1. Qué es la cámara de Gésell para la doctrina penal. ....	24
1.5.2. Cámara de Gésell en el marco constitucional ecuatoriano.....	27
1.6. Nociones generales de los derechos sexuales y reproductivos en el Ecuador y su naturaleza excepcional. ....	31
1.7. Relativización del principio de publicidad en los delitos de naturaleza sexual. ...	35
Capítulo segundo	
Análisis del empleo de la cámara de Gésell en la recepción de testimonios anticipados, como elemento probatorio en la realidad ecuatoriana, dentro del delito de violación. ..	38
2.1. Procedimiento empleado para la recepción de testimonio anticipado a través de la Cámara de Gésell en delitos de violación en el Ecuador. ....	38
2.2. Sujetos que intervienen. ....	43

2.2.1. Posibles afectaciones a los derechos de las víctimas en la recepción de testimonios urgentes en cámara de Gésell en delitos de violación en el Ecuador.	44
2.2.2. Posibles afectaciones a los derechos de los procesados en los testimonios urgentes en cámara de Gésell en delitos de violación en el Ecuador. ....	47
2.2.3. Valor probatorio y relevancia como medio de prueba en las decisiones judiciales.....	51
Conclusiones.....	54
Recomendaciones .....	56
Bibliografía .....	57
Anexo 1	
Protocolo para el uso de la cámara de Gésell .....	60

## **Índice de imagen y tabla**

a. Ilustración de la Cámara de Gésell. ....	26
---	----

## Introducción

El objetivo central de la presente investigación, radica en determinar si existe vulneración al derecho del presunto responsable de delitos de naturaleza sexual, cuando se utiliza el testimonio anticipado o urgente en cámara de Gésell<sup>1</sup>, respecto al procedimiento aplicado en el Ecuador en este tipo de testimonios, y si esta realidad resulta proporcional.

Por ello, se ha decidido desarrollar este tema, que por su novedad en la recepción de testimonios anticipados en cámara de Gésell, ha impactado en todo el procedimiento penal, estableciéndolo como una práctica generalizada en la persecución de la sanción penal, cambiando *per se*, el procedimiento.

En virtud de aquello, la investigación se desarrolla en dos capítulos, el primero contiene elementos doctrinales y legales respecto a la cámara de Gésell y su relación con el testimonio anticipado en los delitos de naturaleza sexual.

En concordancia con aquello, en el capítulo segundo se desarrolla el procedimiento actual para la recepción del testimonio urgente o anticipado en la cámara de Gésell, respecto a su aplicación normativa en la realidad ecuatoriana.

En razón de los dos capítulos, se determinará la existencia de vulneraciones del derecho a la defensa y contradicción de la prueba del presunto responsable del delito de violación, frente al derecho de la víctima a la no revictimización, que de forma clara se entendería justificada; sin embargo, la falta de regulación normativa, con claros vacíos que han permitido interpretaciones extensivas en materia penal, ocasionando que la aplicación de la cámara de Gésell unida a testimonios anticipados en el proceso penal, vulnere el principal de los derechos, el de legalidad.

Por tanto, con las consideraciones establecidas, se desarrolla a continuación la novedosa utilización de la cámara de Gésell en la recepción de los testimonios anticipados o urgentes, en víctimas con delitos de violación.

---

<sup>1</sup> En el desarrollo de la presente tesis, se utilizará la palabra “Gésell”, en consideración a lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, registro oficial N.º 180 (10 de febrero del 2014), en razón que en distintos textos también se encuentra la denominación de “Géssel”.



## Capítulo primero

### La prueba testimonial anticipada a través de la cámara de Gésell, como mecanismo probatorio en los delitos de naturaleza sexual

#### 1.1.El sistema penal acusatorio en el Ecuador, en relación con la prueba testimonial.

El desarrollo del derecho penal ha evolucionado en proporción al reconocimiento universal de los derechos de los ciudadanos, y aquello se ha plasmado en la determinación de nuevos principios, penas y procesos que conducen a la aplicación de las mismas, entre los que se encuentran los medios probatorios.

Así pues, "...sin duda, el sistema probatorio es un reflejo de la concepción ideológica que impera en una sociedad. La evolución probatoria, relativa a que probar y cómo probarlo es consecuencia de una paralela evolución cultural..."<sup>2</sup>; en virtud de aquello, a largo de la historia, han cambiado estos aspectos, que el desarrollo histórico del derecho penal los ha denominado sistemas penales.

Ahora bien, respecto al sistema penal vigente en el Ecuador, pues para su identificación, es necesario remitirnos a la Constitución de la República del Ecuador de 2008 que al ser la norma suprema, determina los principios básicos y fundamentales sobre los cuales se ha desarrollado la normativa legal.

De esta forma, encontramos que en el Ecuador el sistema penal tiene como característica la separación de funciones en la etapa procesal; estableciendo a la Fiscalía General del Estado, como un órgano autónomo de la Función Judicial (de los jueces), que dirige la etapa preprocesal y procesal penal, de conformidad con lo establecido en los artículos 194 y 195 de la Constitución de la República del Ecuador; y la potestad de administrar justicia, es decir emitir una decisión respecto al caso en concreto, es facultad exclusiva de las juezas y jueces, de acuerdo a lo contenido en los artículos 167 y 76 numeral 7 literal k) de la misma normativa constitucional; además que se han desarrollado derechos y principios constitucionales como la inmediación, la legalidad, la defensa, la

---

<sup>2</sup> Jacobo López Barja de Quiroga, *Instituciones de derecho procesal penal (Argentina: Ediciones Jurídicas de Cuyo, 2001)*, 247.

oralidad, la publicidad, y la contradicción, comprendidos respectivamente en los artículos 75, 76 numerales 3 y 7, literales c, d, y h) de la referida Constitución.

De lo mencionado se colige que las características indicadas responden al sistema penal acusatorio, que se aprecian mejor diferenciándolas del sistema inquisitivo por lo siguiente:

...se exigió la separación de las funciones requirentes y decisorias -que antes reunían al juez inquisidor- y su atribución a dos órganos estatales diferentes. Esta separación fue sólo formal porque la función requirente también fue depositada en un órgano estatal (el ministerio público), si bien distinto del tribunal, con lo cual se mantuvo el principio material de la persecución pública.<sup>3</sup>

De esta forma, el sistema acusatorio, se caracteriza por la división de funciones entre quien le corresponde la acusación, con quien va a otorgar una decisión sobre los hechos, así pues es la Fiscalía o Ministerio Público, es quien realiza la investigación y la acusación para que inicie el proceso penal en contra de cualquier persona, y el juez es un tercero imparcial, que analiza las actuaciones procesales otorgadas por las dos partes. Además las características primordiales de este sistema son la inmediación, la contradicción y la oralidad, implementadas mediante la ejecución de audiencias en que las partes intervienen para determinar y contradecir pruebas, apartándose de un sistema meramente escrito.

De conformidad con lo señalado respecto al sistema acusatorio, la doctrina de igual forma advierte una característica esencial en la aplicación de dicho sistema, y que corresponde a la característica de ser adversarial, que se entienden de la siguiente forma:

Algunos operadores del sistema utilizan indistintamente las palabras “acusatorio” y “adversarial”, sin embargo no significan lo mismo, no obstante que están internamente relacionados y que su uso se da en nuestro medio en un mismo contexto. Por el primero entendemos que quien formula la acusación es alguien diferente al juez, pues a este únicamente le corresponde el rol de dirigir el debate entre las partes, mientras que el segundo significa que la verdad en relación con los hechos controvertidos, será determinada a partir de las posiciones contrastantes de las partes respecto a las pruebas producidas en juicio<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Alberto Bovino, *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. (Buenos Aires: Editores del puerto, 2005), 9 y 10.

<sup>4</sup> Miguel Ángel Rodríguez Vázquez, *La casación y el derecho a recurrir en el sistema acusatorio*. (México: Primera Ed., 2013), 14.

Por tanto, una de las características intrínsecas del sistema penal acusatorio, es ser adversarial, cuya particularidad es la integración de principios del debido proceso a favor de la persona en contra de quien se imputa un delito, como la instauración de principios como la presunción de inocencia, el indubio pro reo, el derecho de contradecir las pruebas (contrainterrogatorio), favorabilidad para el procesado, otorgando a los abogados herramientas procesales para que puedan interponer pruebas, y llegar a una sentencia más justa, porque los medios probatorios serían más confiables y objetivos en su obtención y calificación.

Finalmente, para determinar de forma clara cuál es el sistema jurídico vigente en la realidad del derecho penal ecuatoriano, pues la exposición de motivos y considerandos del Código Orgánico Integral Penal<sup>5</sup>, indica de forma literal que el sistema acusatorio adversarial es el imperante en el Ecuador.

De esta manera, como bien lo ha dicho el legislador, una de las problemáticas prevalentes en el ejercicio del derecho penal, es efectuar la protección efectivamente balanceada en el ejercicio y protección de los derechos reconocidos tanto a las víctimas y a los presuntos responsables de delitos, así como a los responsables.

Es así que, una de las interrogantes que ha surgido en los delitos de violación, e inclusive de manera general, en los distintos delitos establecidos actualmente en el Código Orgánico Integral Penal, y anteriormente en el derogado Código de Procedimiento Penal, es advertir si la ejecución de una prueba anticipada (antes urgente) del testimonio de la víctima, en la etapa de investigación (anteriormente indagación previa), adicionando, la utilización de medios tecnológicos como la cámara de Gésell para su obtención, es indispensable para la protección de los derechos de la víctima, frente a los derechos del procesado, y si el procedimiento aplicado actualmente es el expedido para que permita garantizar, de conformidad con la realidad de la legislación y práctica ecuatoriana, que la prueba testimonial anticipada-urgente- en cámara de Gésell, sea fidedigna y vele por la observancia de garantías básicas; en virtud de aquello, la presente

---

<sup>5</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en registro oficial suplemento N.º 180 (10 de febrero del 2014.) Exposición de Motivos. En adelante se cita este Código como COIP...Que el derecho penal adjetivo debe garantizar la existencia de un sistema adversarial, que cuente con fiscales que promuevan el ejercicio de la acción penal dentro de los principios y fundamentos del sistema acusatorio, con defensoras y defensores públicos que patrocinen técnicamente a las personas acusadas de cometer una infracción y a las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos, y con juezas y jueces que dirijan el proceso y sean garantes de los derechos de los participantes procesales...

temática desarrollará estas determinaciones, es decir el enfrentamiento entre el derecho de las víctimas (la no revictimización), y el derecho de los presuntos responsables del cometimiento de un delito (el derecho a la defensa, respecto a la contradicción.)

### **1.1.1. El derecho a la no revictimización.**

Este derecho de rango constitucional, pretende la protección de las víctimas de infracciones penales para que en la obtención y valoración de pruebas se les proteja de amenazas e intimidaciones, además que se ha establecido la reparación integral que conlleva el conocimiento de la verdad de los hechos, restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado (artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador).

De esta manera, es preciso determinar en primer lugar que víctima es en contra de quien se ha perpetrado cualquier infracción penal, definición que se colige de lo señalado en la normativa constitucional y penal; pero este alcance mismo, es más profundo que lo descrito, porque para determinar que esa persona fue víctima de una infracción penal, se debería entender que existió un procedimiento constitucional-legal penal previo, que ha permitido establecer la existencia de la infracción y los hechos suscitados y que esa persona es una víctima; sin embargo, aún sin aquello, con la denuncia o conocimiento por parte de la Fiscalía sobre situaciones que lleven a sanciones de carácter penal, el Estado ya adopta a dichas personas como víctimas de una infracción.

Entonces, dichas víctimas *prima facie*, ya tienen una protección, y a partir de aquello, tienen como beneficio uno de los derechos establecidos en la Constitución, que es su derecho a la no revictimización en primer lugar, y luego en la finalización del proceso, si así se determina por parte de las y los administradores de justicia, su derecho a la reparación integral.

Este derecho a la no revictimización, ha nacido por la actuación de la Fiscalía quien es la encargada de la investigación para el *uis puniendi* del Estado en el ámbito penal, y la imputación de delitos, y porque ha reemplazado a la víctima en su actuación dentro del proceso, entonces la posición de la víctima, aunque no directa, debe ser protegida. Al respecto, se considera lo siguiente:

En cuanto a la víctima, podemos decir que hay dos tendencias claramente opuestas, si bien ambas reconocen el triste papel que le ha tocado desempeñar en los últimos siglos,

frente a la injerencia del Estado. Una de estas tendencias pretende construir una víctima-sujeto con facultades dispositivas, a la que se le reconocen sus intereses concretos a través de diversos mecanismos de composición. El objetivo de esta tendencia es que la presencia del conflicto, su magnitud, qué hacer frente a él, sean cuestiones que deben ser decididas por personas concretas, según sus propios intereses, y sin el límite de la verdad material heredado de la vieja Inquisición. En este esquema, la decisión tomada por las partes torna innecesaria la intervención penal del Estado. Lo que se propone, en definitiva, es la constitución de una víctima a través del mecanismo de inclusión antes referido, pero sin la segunda etapa de exclusión.

Otra tendencia, sin embargo, expresa la necesidad de una estrategia a favor del poder penal del Estado. Son manifestaciones de esta tendencia todas aquellas decisiones político-criminales que contribuyen a la constitución de una nueva víctima: la colaboracionista. En este caso, se continúa apelando al mecanismo de inclusión – exclusión. Así, para la construcción de esta nueva víctima, los ordenamientos la reconstituyen como sujeto, ampliando sus posibilidades e participación en el proceso penal. Éste es el momento de la inclusión. Pero sus facultades no se relacionan con los intereses concretos y particulares que cada sujeto pueda tener, sino por el contrario, con las necesidades –otra vez– punitivas del Estado.<sup>6</sup>

Por su parte, en el Ecuador, existe la participación de la víctima para la obtención de las pruebas, es decir, de conformidad con lo señalado, es una participación inclusión-exclusión. Por tanto, en la denuncia y recepción de testimonios de las víctimas en la Fiscalía, debe primar el derecho de no revictimización para que en la obtención de las pruebas sean tratadas con un mínimo de garantías, que no provoquen nuevamente una afectación por los presumibles hechos acaecidos en su contra, de este modo se puede señalar que la no revictimización se circunscribe dentro del análisis de lo que a continuación se detalla:

...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...<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Alberto Bovino. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. (Buenos Aires: Editores del puerto, 2005), 84,85.

<sup>7</sup> Alexander Rodríguez. *Derechos de las víctimas en el proceso penal*. Ed. Johana Pesántez Benítez. *Memorias: Prevención del Delito y Derecho Penal*. (Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2013) 285m 286.

En la perspectiva que aquí se acoge, se colige que existe una colisión de derechos, pues en los países que se encuentren a favor del imputado, deben existir medios y mecanismos que permitan la obtención de pruebas, sin vulneración del derecho a la no revictimización; y en los países que estén a favor de las víctimas, deben existir garantías y procesos que permitan ejercer una de las garantías básicas y primordiales en el ejercicio del derecho a la defensa en los sistemas orales, que es la contradicción de la prueba, en consecuencia debe también prestarse especial atención a dicha garantía, que ha continuación se la detalla.

### **1.1.2. El derecho a la defensa en la garantía de la contradicción.**

Luego del análisis del derecho a la no revictimización, se presenta el tema de la garantía de la contradicción, como su contraposición, pues directamente puede encontrarse afectada la contradicción cuando se concentren medios y mecanismos especiales a favor de la víctima; así pues, en atención a la problemática expuesta, en primer lugar la contradicción es entendida como:

...consecuencia de la separación de funciones procesales...que surge entre las posturas de las llamadas partes procesales, que es una condición necesaria del sistema acusatorio. Incluso, antes que haya partes en sentido procesal de la palabra, en la investigación previa, la contradicción puede darse como derivación de la vigencia del derecho de defensa que se puede ejercer desde la sospecha misma, concretándose en forma necesaria una vez que se ha formulado la imputación que da inicio al proceso penal y se han constituido formalmente las partes.<sup>8</sup>

Dicho de otro modo, la contradicción se plasma a favor de las dos partes procesales, no solo de una, y permite que las pruebas y fundamentos expresados por cualquiera de las partes, puedan ser refutados por la otra, sea con medios probatorios, conainterrogatorio o con alegatos que indiquen la pertinencia o no de las pruebas para la determinación de sanciones penales en contra de una persona.

Además que en los sistemas orales es de vital importancia, porque en virtud de las actuaciones de las partes en la presentación y respuesta a la contradicción de las pruebas y alegatos, los jueces podrán por medio de la observación directa, determinar la verdad de los hechos puestos a su conocimiento.

---

<sup>8</sup> Jorge Zabala Egas. *Responsabilidad Penal de las personas jurídicas en el sistema constitucional ecuatoriano (Art. 49 y 50 COIP). Una guía práctica.* (Guayaquil: Universidad Espíritu Santo, 2014), 132.

Adicionalmente, la contradicción garantiza *per se* el derecho a la defensa de las partes, porque impide que prosigan pruebas fraguadas o inexistentes, y que los jueces por medio de su decisión las desestimen.

Por tanto, la revictimización y la contradicción se plasman en el ejercicio procesal del derecho penal, y son de indudable importancia para el respecto de garantías básicas para la víctima, y para el presunto responsable, e incluso para ambas partes, como es el caso de la contradicción.

En virtud de aquello, en el presente trabajo se toma especial consideración a uno de los medios probatorios, que es el testimonio anticipado –urgente- en la cámara de Gésell, en las víctimas de delitos sexuales, que por su excepcionalidad, durante su desarrollo, ejecución y valoración, puede determinar la observancia o no de estas dos garantías.

## **1.2. Naturaleza de los medios probatorios en materia penal.**

En razón que el desarrollo de la presente tesis trata del testimonio urgente como uno de los medios probatorios en materia penal, y por la vigencia de un sistema acusatorio adversarial en el Ecuador, el proceso penal debe estar nutrido por pruebas otorgadas por las partes procesales que permitan a los jueces la determinación de una decisión acorde con la realidad de los hechos, que otorgue certeza jurídica, y se obtenga la justicia social, por lo cual, es necesario referirnos a los medios probatorios penales.

En tal virtud, para el desarrollo de la naturaleza jurídica de los medios probatorios en materia penal, en primer lugar hay que aludir el tema de la prueba, esto porque de manera general se entiende a la prueba y los medios probatorios como sinónimos, y al ser diferentes hay que establecer las razones de las diferencias de los mismos.

Por tanto, en sentido estrictamente amplio, la prueba es entendida como “... la acción y efecto de probar; y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación”<sup>9</sup>

Ahora bien, esta referencia general, en el momento de ser plasmada en la realidad jurídica, entonces su concepción debe ser entendida bajo los siguientes parámetros:

---

<sup>9</sup> Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires: 4ta. Ed, 2007), 177.

“...el hecho que hay que valorar no está presente, el juez tiene que servirse de otros objetos que le permitan conocer el hecho ausente. Estos otros objetos son las pruebas. Tampoco la palabra prueba, como tantas otras, tienen un solo significado en el lenguaje jurídico: prueba no se llama solamente al objeto que sirve para el conocimiento de un hecho, sino también al conocimiento mismo suministrado por el tal objeto...”<sup>10</sup>

Por otro lado, para Miguel Fenech, la prueba se constituye en “los actos procesales cuya función es formar el convencimiento del Juez o Tribunal sobre la verdad de los hechos objeto de del proceso”<sup>11</sup>.

Entonces, la prueba es el objeto que tiene el juez para poder establecer razones que le van a suministrar el conocimiento sobre la existencia o inexistencia de los hechos que conforman el desarrollo del juicio, y sobre el cual debe decidir; además, dependiendo de la materia en derecho, es decir, sea civil, penal, administrativa, se establecen los tipos de pruebas que pueden ser utilizadas por las partes procesales para la determinación de su teoría de cada caso.

Con estas determinaciones, corresponde establecer cómo es entendida la prueba, pero como medio; así pues, medio de prueba es entendido de la siguiente forma:

... cuando nos referimos a los medios de prueba, estamos hablando de la prueba en sí, pero utilizada en un determinado proceso judicial, es decir, la prueba existe por sí y al ser ofrecida y admitida dentro de un proceso judicial adquiere el nivel de medio, no siendo medio de prueba sino solo cuando se cumpla el requisito de ser ofrecida y admitida como tal en un proceso...”<sup>12</sup>

De igual forma, se consideran medios de prueba a “... los elementos o instrumentos (testimonios, documentos, etc.) utilizados por las partes y el juez, que suministran esas razones o motivos (es decir, para obtener las pruebas).”<sup>13</sup>

Es decir, medio probatorio, es la práctica de la prueba en el juicio, y su procedimiento y forma para aplicación, se deben encontrar establecidos en la normativa para cada materia, que le permitirá al juez valorar en el juicio los acontecimientos del

---

<sup>10</sup> Francesco Carnelutti, *Instituciones del proceso civil* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Traducción de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo. Vol. 1), 257.

<sup>11</sup> Miguel Fenech. *Derecho Penal* (Barcelona: Ed. Labor, 1952), 700.

<sup>12</sup> Raúl Plascencia Villanueva, “*Los medios de prueba en materia penal*”, *Revista jurídica. Boletín mexicano de derecho comparado* N.º83, nueva serie año XXVIII. (México: Universidad Autónoma de México, Mayo-Agosto 1995), 715.

<sup>13</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la prueba judicial* (Argentina: Tomo I, Ed. Victor P. de Zabala, 1976), 29.



caso, para tomar una decisión dotada de la certeza más cercana a los hechos que ocurrieron en tiempo pasado.

En esta línea, para diferenciar claramente entre prueba y medio probatorio, es necesario mencionar que: "...‘fuente’ es lo que tenemos antes del proceso y aún con independencia de él; ‘medio’ es la actividad desarrollada en el proceso, para que esas fuentes se incorporen al mismo..."<sup>14</sup>

En tal virtud, los medios probatorios son los procedimientos que establece la normativa para que la prueba pueda ser actuada en un juicio. A saber, en nuestra legislación se establecen distintas formas y momentos, dependiendo de la materia del derecho, pero no se diferencia prueba de medios probatorios, sino que existen títulos generales en capítulos, secciones o párrafos que hacen relación a la prueba y encasillan también a los tipos de pruebas en el desarrollo de otros artículos, e inclusive reglamentos, señalando el procedimiento con el cual se aportan al proceso dichas pruebas; por tanto se encuentra en forma dispersa en la legislación en el Ecuador.

Así pues, nuestro Código Civil<sup>15</sup> establece en su artículo 1715 que las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, inspección personal del juez y dictamen de peritos o de intérpretes.

De igual forma, el Código Orgánico General de Procesos<sup>16</sup>, señala que la finalidad de la prueba es llevar al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.

En esta línea, respecto al testimonio anticipado en la cámara de Gésell de las víctimas de los delitos de violación, el derogado Código de Procedimiento Penal<sup>17</sup> manifiesta que el objeto de la prueba es probar todos los hechos y circunstancias de interés de los sujetos procesales, además que otorga la libertad de practicar las pruebas que la legislación prevea. En esta línea el mismo cuerpo legal establece que los tipos de pruebas son las materiales, testimoniales y documentales.

---

<sup>14</sup> Víctor Fairén Guillén, *Teoría general del derecho procesal*. (México: Primera Ed., 1992), 459.

<sup>15</sup> Ecuador, *Código Civil*, en registro oficial suplemento N.º 46, (24 de junio del 2005), art. 5. En adelante se cita este Código como CC.

<sup>16</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral de Procesos*, publicado mediante registro oficial suplemento N.º 506, (22 de mayo del 2015), art. 158. En adelante se cita este Código como COGEP.

<sup>17</sup> Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, derogado, publicado en el registro oficial suplemento N.º 360 (13 de enero del 2000), art. 84. En adelante se cita este Código como CPP.

Asimismo, el Código Orgánico Integral Penal<sup>18</sup>, señala que la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, y que los medios de prueba son el documento, el testimonio y la pericia.

Por tanto, la prueba es un elemento fundamental para el juez, porque es el único objeto que le va a permitir tomar una decisión sobre el tema controvertido, en razón que al ser un tercero imparcial, no conoce cuales fueron los acontecimientos suscitados, y corresponde a las dos partes procesales, actor y demandado, o en el caso del derecho penal, a la víctima y al presunto responsable, presentar las pruebas que permitan al juez determinar su decisión.

En consecuencia al ser la prueba de fundamental importancia para la decisión de los administradores de justicia, es necesario que su actuación esté dotada de validez procesal y fáctica, es decir tanto la normativa establecida para su actuación se encuentre debidamente contenida en los diferentes cuerpos legales, y que los procedimientos para su actuación otorguen certeza a la población ecuatoriana que la decisión es justa porque la obtención de las pruebas, su práctica y valoración es la adecuada, esto en razón que en un Estado en el cual no se normen procedimientos equitativos para las partes procesales, y en su defecto denoten insatisfacción y hasta injusticia social, que se verá plasmado de forma directa en decisiones de los jueces, no se cumpliría con el fin primordial del derecho, la justicia social.

Determinado aquello, entonces en materia penal, podemos establecer que de conformidad con la normativa al respecto, las pruebas van a permitir al juez a la determinación de su *decisum*, y los medios para aquellos son documentos, testimonios y pericias.

### **1.3. Medios probatorios testimoniales excepcionales.**

Establecida la importancia de los medios probatorios en general, es sustancial el análisis de medios probatorios testimoniales excepcionales, porque en relación con las reglas generales para la obtención de pruebas, contenidas en la normativa, los medios probatorios testimoniales excepcionales tienen características procesales especiales y

---

<sup>18</sup> Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en registro oficial suplemento N.º 180 (10 de febrero del 2014.), art. 453 y 498. En adelante se cita este Código como COIP.

como su nombre mismo lo dice, excepcionales, que van a permitir su obtención, y por tanto es trascendental establecer si es necesario la utilización de estos medios probatorios, y en el caso de ser así, si la normativa está estableciendo procedimientos excepcionales adecuados, que respeten garantías mínimas de las partes procesales.

De esta forma, el término testimonio es entendido como “...un acto procesal, por el cual una persona informa a un juez sobre lo que sabe de ciertos hechos, sea en un proceso o diligencias procesales previas; lo último cuando se recibe anticipadamente o para futura memoria...”<sup>19</sup>

Por su parte, el Código de Procedimiento Penal<sup>20</sup>, señala que el juez de garantías penales puede recibir y receptor pruebas urgentes, de carácter excepcional, de personas enfermas, personas que van a salir del país, de las víctimas de violencia sexual y de aquellos que demuestren que no pueden concurrir al tribunal de garantías penales en la etapa del juicio, y que observarán los mismos procedimiento, garantías y principios que los fijados para el testimonio en el juicio, y en consonancia con aquello, en el Código Orgánico Integral Penal<sup>21</sup>, se plantea el mismo medio probatorio, pero lo denomina testimonio anticipado.

Por tanto, se colige que nuestra normativa contiene medios probatorios testimoniales excepcionales, que es la prueba presentada por la declaración de una persona, pero que contiene características especiales para su aplicación sujetos de aplicación por características de la persona que la otorga, por el procedimiento a través del cual son recogidos, o por la naturaleza del delito, en virtud los hechos acontecidos, que la normativa los divide en general en el testimonio de la víctima, del sospechoso, y de terceros; los cuales, de igual manera, van ayudar al juez, a esclarecer los acontecimientos acaecidos, para su decisión.

Pues bien, este tipo de pruebas se justifican porque “desde el punto de vista práctico las pruebas anticipadas con fines judiciales se explican por la necesidad de asegurar una prueba que después, al adelantarse el proceso correspondiente y por el transcurso del tiempo y el cambio de los hechos y situaciones, no podría practicarse, o su práctica no arrojaría los mismos resultados”<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Hernando Davis Echandía. *Compendio de la Prueba Judicial*, concordado por Adolfo Alvarado Velloso (Buenos Aires: Tomo II, Editores Rubinzal-Culzoni, 2007), 7.

<sup>20</sup> CPP, artículo 119.

<sup>21</sup> COIP, artículo 502.

<sup>22</sup> Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-274-12. Expediente D 2972159 (Bogotá: 11, abril, 2012).

Nuestra legislación penal ha previsto medios probatorios testimoniales excepcionales, cuando no pueden ser practicados en el juicio, y se otorgan con antelación a la etapa de juicio ante el juez de garantías penales, esta es la diferencia principal que le otorga el carácter de anticipada o urgente a la prueba testimonial y su carácter excepcional, porque todos los testimonios, para poder tener valor probatorio, de conformidad con nuestra legislación, deben ser tomados en juicio ante los tribunales de garantías penales.

Por lo dicho, nuestra legislación ha establecido aquello, es decir un carácter excepcional para la recepción de testimonios urgentes o anticipados, en casos específicos, entre los que se encuentran a las víctimas del delito de violación.

Entonces, surge la necesidad de establecer si los procedimientos normativos y técnicos permiten apreciar el testimonio urgente con verdadero valor probatorio que no vulnere derechos de las partes, es decir tanto de la víctima como del presunto responsable, y se enfatiza en el término de la presunción de la responsabilidad penal, porque este medio probatorio permite al Estado que a través de la Fiscalía General del Estado, se solicite al juez la práctica de este tipo de pruebas, aún en ausencia del presunto responsable, en la etapa de investigación o indagación previa.

Además, el análisis de los procedimientos de este tipo de testimonios, atiende a establecer si son expeditos, porque en relación con la teoría del fruto del árbol envenenado, si una prueba no es obtenida de conformidad con lo establecido en la normativa del caso, todo lo que produzca la misma, no será válido, lo que se corrobora Constitución de la República del Ecuador<sup>23</sup> que señala que todo proceso debe incluir garantías básicas del debido proceso, porque produce invalidez e ineficacia probatoria las pruebas obtenidas o actuadas con violación a la Constitución y a la ley. En consonancia con lo dicho, respecto al árbol del fruto prohibido es necesario indicar lo siguiente:

De la regla de exclusión de la prueba ilícitamente obtenida deriva la teoría del “fruto del árbol envenenado, según la cual es nulo también todo lo que derive de una prueba obtenida ilícitamente, siempre que entre la violación inicial y las pruebas adicionales haya una conexión lógica.

El precedente relevante en la jurisprudencia norteamericana es *Wong Sun versus United States*, de 1963, en el que la Suprema Corte tuvo que decidir sobre un caso en el que la policía había entrado ilegalmente en un domicilio; del registro de la vivienda derivó no

---

<sup>23</sup> Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, en registro oficial 449 (20 de octubre, 2008), art. 76 numeral 4. En adelante se cita esta norma como CRE 2008.

solamente la obtención de pruebas diversas y la detención de un sospechoso, sino también el levantamiento de declaraciones que permitieron abrir nuevas líneas de investigación. La Corte estimó que la nulidad afectaba no solamente a las pruebas obtenidas directamente, sino también a las evidencias que derivaran de las declaraciones obtenidas gracias a una violación de derechos fundamentales<sup>24</sup>

Ahora bien, en los delitos de violación, si bien la prueba madre para la determinación de una violación, es un examen médico legal que determine heridas fisiológicas por vía oral, anal o vaginal, y más aún la responsabilidad de que se identifique al responsable por los fluidos corporales; pues, en casos que no existan fluidos, porque pueden tratarse de violaciones antiguas, solo el testimonio permitirá esclarecer los acontecimientos suscitados, porque la víctima en muchos casos, sino en todos, es la única que sabe los sucesos, por tanto, respecto al testimonio en general, es necesario establecer la exactitud y la credibilidad del mismo, teniendo en cuenta que:

...[la] exactitud de los dichos del testigo depende de la correspondencia entre sus afirmaciones y lo que realmente sucedió o aconteció (dato objetivo), en tanto que la credibilidad es la convicción de que cada uno presta al testimonio (dato subjetivo). Esta última concierne a un estado interno, generado por la creencia honesta del testigo en cuanto a que está diciendo la verdad. La primera reposa en los hechos, en tanto que la segunda se halla en la persona...<sup>25</sup>.

Pues bien, si la exactitud y la credibilidad por simple apreciación de los administradores de justicia, no puede ser concebida, para ello existe el apoyo de los peritos al respecto, que se constituyen en general, en profesionales de distintas ramas del saber humano, entre los que se encuentran los psicólogos, que pueden catalogar la conducta de los seres humanos, a través de sus dichos mediante la utilización de distintos métodos de interpretación de la psiquis humana.

Adicionalmente, la exactitud y credibilidad de un testimonio puede verse perjudicado por distintos factores, que conciernen a la psiquis de cada persona, que pueden ser intrínsecas o extrínsecas, a saber, pueden presentarse circunstancias del hecho como la luz o la obscuridad, la distancia de visibilidad del hecho; y los factores respecto al testigo, su edad, sexo, profesión, inteligencia, factores de formación de la memoria.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Miguel Carbonell. *No admitamos las pruebas ilícitas*. Publicado en “El mundo del abogado”, número 115 (México: noviembre de 2008), 20-22.

<sup>25</sup> Inés Lucero, *El testimonio de los niños en el proceso penal* (Buenos Aires: 2011), 29.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

Pero, uno de los factores que rodea el interés del presente análisis, es el procedimiento establecido por la administración de justicia, mediante el cual se realizan los testimonios urgentes a víctimas de delitos penales, y en este caso de los delitos de violación, que no pueden incidir de manera sugestiva a la decisión, por la falta de métodos estandarizados. Así pues, este procedimiento judicial, a la final también va a dotar de exactitud y credibilidad a los testimonios, y aún más allá, otorgará a la decisión judicial de validez pragmática, si se ha respetado el debido proceso, al que tienen derecho todas las personas que viven el territorio ecuatoriano, recordando que el Estado no es inquisitivo, y la Fiscalía General del Estado, debe buscar la verdad de los hechos.

#### **1.4. Los medios probatorios testimoniales excepcionales y su relación con los delitos de naturaleza sexual.**

De conformidad con nuestra temática a desarrollar, y como se indicó *ut supra*, una de las razones de la existencia de los medios probatorios testimoniales excepcionales, son la naturaleza de los delitos, por los hechos acontecidos, y en la temática que se desarrolla, son los delitos de naturaleza sexual, y en el escenario que nos ocupa, los delitos exclusivamente de violación, aunque se pretenda la utilización desmedida de los testimonios urgentes o anticipados para todos los procesos de los delitos penales en general.

Por tanto, que la legislación ecuatoriana determina que el delito de violación acontece cuando existe el el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo, determinación contenida tanto en el derogado Código Penal, como en el Código Orgánico Integral Penal.

En relación con esta noción de delito de violación, se denota que al señalar a cualquier persona, entonces existen diferencias sustanciales entre los menores de edad<sup>27</sup> y los adultos, por el derecho superior del niño, reconocido en la Constitución de la República del Ecuador<sup>28</sup>, -criterio que es necesario tener presente, porque aunque esta

---

<sup>27</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia*, en registro oficial N.º 737, 03 de enero del 2003). Artículo 4. Definición de niño, niña y adolescente.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.

<sup>28</sup> CRE 2008, art. 35 y 44

garantía es de carácter superior, no es un derecho vacío, y es necesario dotarlo de contenido,- en donde, existen reglas de análisis jurídico de prevalencia de normas y de derechos de igual valor.

Por otro lado, respecto a quienes intervienen en los delitos de violación –que en general es la característica de los delitos-, existen dos partes, la víctima y el sospechoso, situación en la que existe el derecho al debido proceso para las dos partes, el derecho a la no revictimización, y en relación al debido proceso, el derecho a la defensa y la contradicción, situaciones que el legislador, y en general quienes administren justicia, tienen el deber de considerar, derechos y garantías cuya observancia en el desarrollo de los procesos judiciales, debe ser analizada por cada conducta que pretenden regular, lo que ha sido establecido por los legisladores, es decir: “...la intención del legislador de clasificar las conductas delictivas de acuerdo al grado de doblegamiento de la voluntad que haya sufrido la víctima, los abusos sexuales se configuran requiriendo la ausencia de violación, intimidación y consentimiento válido...”<sup>29</sup>, porque es la parte más vulnerable, ya que conforme se ha señalado el estado *prima facie*, protege sus derechos en calidad de víctimas, sin aún haber determinado aquello, con una sentencia.

Así pues, por la existencia y reconocimiento de los derechos enunciados, y en especial de la no revictimización, se ha establecido en la normativa ecuatoriana, al delito de violación con una estrecha relación con los testimonios urgentes o anticipados que se realiza a la presunta víctima, para que no tenga que enfrentar nuevamente a su victimaria o victimario, y pueda decir sin ataduras, los acontecimientos y la o las personas que ejecutaron este delito execrable.

En esta línea, la legislación del Ecuador enunciada expresa que estos testimonios deben ser presentados respetando el principio fundamental de contradicción, porque como se ha señalado, los medios probatorios sirven a la jueza o al juez para tomar la decisión sobre acontecimientos pasados, que ellos mismos no presenciaron, por lo que a través de los medios probatorios, las partes van a tener que mostrarle la verdad de sus afirmaciones.

Entonces, es necesario profundizar el análisis de la aplicación de este tipo de testimonios en delitos de violación, adicionando una característica de este tipo de

---

<sup>29</sup> María Viviana Caruso Fortán, *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 289.

testimonios, que con el Código Orgánico Integral Penal se está implementando, que es el testimonio urgente o anticipado mediante la cámara de Gésell, como una innovación a la forma en la cual se receptan los testimonios, es decir con la aplicación de medios tecnológicos -aunque su aplicación se inició con la vigencia del derogado Código de Procedimiento Penal, que no tenía ninguna disposición sobre la cámara de Gésell-.

En tal virtud, es necesario esclarecer como es concebida la cámara de Gésell, como mecanismo para tomar los testimonios, y si en el Ecuador goza de alguna reglamentación mínima que proteja los derechos de las partes, temática que se aborda en el siguiente capítulo.

### **1.5. Empleo de la cámara de Gésell para la recepción de testimonios urgentes de las víctimas de delitos de violación.**

#### **1.5.1. Qué es la cámara de Gésell para la doctrina penal.**

Corresponde determinar que se entiende por la Cámara de Gésell, para lo cual es necesario señalar el origen de este método, y finalizar estableciendo como fue implementado en el derecho.

Al respecto, la cámara de Gésell, tiene su nombre, en honor a su creador "...el prestigioso 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". Al tiempo que estudiaba a los niños en su laboratorio, Gésell era un curioso observador de todo..."<sup>30</sup>

De esta manera, su interés por la observación de los distintos aspectos humanos, y así determinar actitudes de las personas, llevó a Gessel a construir algo parecido a lo que hoy se denominó cámara de Gésell, 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

---

<sup>30</sup> Edgar Salgado García, "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)>



facilidad lo que tenía lugar adentro, mientras que quienes estaban en el domo, no podían ver a los de afuera...”<sup>31</sup>

Además, en la búsqueda de la mejor observación de las conductas que para el ojo humano pueden pasar inadvertidas, Gésell tomó las investigaciones realizadas por el Edward Muybridge y su zoopraxiscopio, referente a “...las imágenes móviles que realizó del trote de los caballos, para ello utilizó 24 cámaras situadas a lo largo de una pista de carreras y luego develó los pormenores del movimiento de estos animales. Gésell (1935) define aquí el cinemanálisis como “el estudio analítico de los cuadros individuales o cronofotografías”...”<sup>32</sup>

Finalmente, la unión de ambos, fue lo que se plasmó en la ahora denominada cámara de Gésell, que actualmente “... 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”<sup>33</sup>, mismo que puede ser mejor entendido por medio de la siguiente ilustración<sup>34</sup>:

---

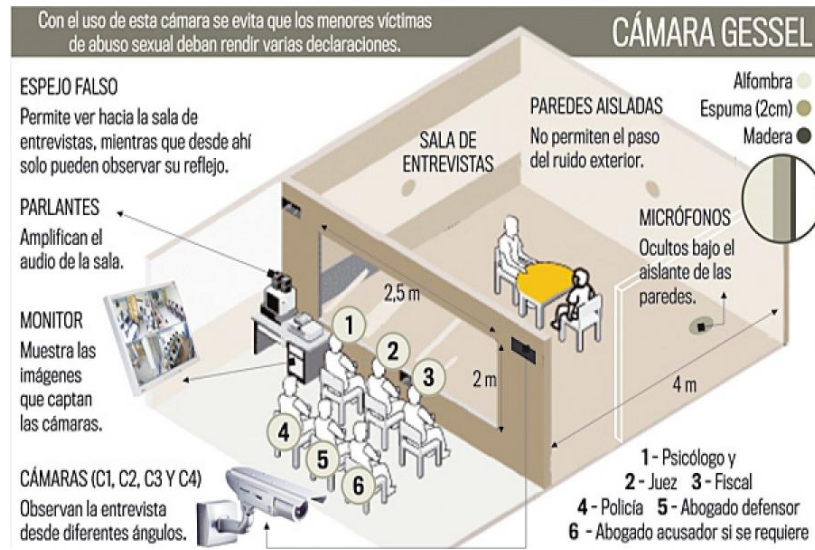
<sup>31</sup> *Ibíd.*

<sup>32</sup> *Ibíd.*

<sup>33</sup> Mariela Zanetta, La cámara Gésell en la investigación de delitos sexuales. Universidad Católica de Córdoba, (tomado en septiembre del 2015), en [«http://www.revistapersona.com.ar/Persona55/55Zanetta.htm»](http://www.revistapersona.com.ar/Persona55/55Zanetta.htm).

<sup>34</sup> Alejandro Belaeff, *Cámara de Gésell para casos con víctimas menores de edad*, (Argentina: 27 de marzo de 2014), en [«http://www.integridadpolitica.com.ar/index.php/integridad-politica/item/364-camara-gesell-para-casos-con-victimas-menores-de-edad»](http://www.integridadpolitica.com.ar/index.php/integridad-politica/item/364-camara-gesell-para-casos-con-victimas-menores-de-edad).

### a. Ilustración de la Cámara de Gésell.



Se puede entender entonces, que al ser una innovación tomada por otro país, e implantada en el Ecuador, nos encontramos frente a un trasplante jurídico<sup>35</sup>, una copia de la invención del derecho de otro país y aplicada en la realidad ecuatoriana, siendo necesario analizar si la aplicación de esta innovación en la realidad procesal penal ecuatoriana, reconoce derechos y garantías mínimas entre las partes procesales.

Es decir, puede ser positiva o negativa, depende si este nuevo procedimiento se aplique conforme a las leyes y práctica ecuatoriana, y no de forma empírica, esperando, sin normar bien su aplicación, el resultado, porque esto claramente puede implicar que en su desarrollo y aplicación empírica se vulneren derechos; y más grave aún, pues este nuevo método se aplica en el derecho penal, de *ultima ratio*, por la existencia de sanciones que generalmente privan de uno de los derechos más sensibles y trascendentes de las personas, la libertad.

Cabe recordar entonces el principio de legalidad en el derecho penal que es uno de los rectores, que garantiza que los habitantes del Ecuador serán sancionados por los actos y omisiones tipificados como delitos en la normativa, y lo que no únicamente se

<sup>35</sup>Daniel Bonilla Maldonado, *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: 2009, p. 11. Los trasplantes jurídicos han sido fundamentales para la construcción y transformación del derecho en el mundo. El comercio, los procesos de colonización y mancipación, los proyectos evangelizadores del Cristianismo, los esfuerzos de integración regional y la globalización, por ejemplo, han sido factores poderosos para el encuentro de los diversos sistemas y tradiciones jurídicas que han existido en la historia de la humanidad. El aislamiento de los ordenamientos jurídicos ha sido la excepción. La regla ha sido el diálogo, choque, imposición, resistencia y cambio de las normas, instituciones y conceptos que estructuran los sistemas jurídicos que han existido a lo largo y ancho del globo.

vincula a las penas, sino que se extiende a todo el ámbito penal, es decir procesos, pruebas y actos de naturaleza procesal que garanticen la previsibilidad del derecho penal, y la certidumbre ciudadana respecto a su ejercicio.<sup>36</sup>, por ello, el derecho penal no es de interpretación extensiva, sino que corresponde a los jueces su aplicación literal.

### **1.5.2. Cámara de Gésell en el marco constitucional ecuatoriano.**

Para deducir las razones por las cuales se inició la aplicación de la Cámara de Gésell en el Ecuador, es menester mencionar que existen años específicos en los cuales, cambia de manera determinante la realidad jurídica internacional en razón del reconocimiento y protección de los derechos humanos, así, la Convención Americana de Derechos Humanos, que entró en vigor el 18 de julio de 1978, y ratificada por el Ecuador en 1977; y de igual forma, el 20 de noviembre de 1959 con 10 principios, se estableció la Declaración Universal de los Derechos del Niño, y el 20 de noviembre de 1989 con 54 artículos la Convención de los Derechos del Niño, la que entró en vigor el 02 de septiembre de 1990<sup>37</sup>, misma que fue ratificada por el Ecuador mediante registro oficial N.º 400 del 21 de marzo de 1990.

Por tanto, en razón que el Ecuador ha ratificado normativa internacional de derechos humanos, en consonancia con dicha realidad jurídica de ratificación, le correspondió implementar todos los medios jurídicos pertinentes, para que se plasme su reconocimiento jurídico en el Estado.

Situación de la cual, también se debe distinguir, los avances y reconocimientos dados en materia de los derechos de la niñez y adolescencia, que como se indicó tienen actualmente más protección por su situación de vulnerabilidad, y que al respecto se ha dado:

---

<sup>36</sup> Respecto al principio de legalidad, Ramiro Ávila Santamaría en el Principio de Legalidad vs. El Principio de Proporcionalidad, en la obra El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional, Ed. Miguel Carbonell, Ecuador: año 2008, p. 308, señala que: El principio de legalidad es uno de los principios y conquistas más importantes del estado legal de derecho. Gracias a este principio se pudo garantizar lo que, en su momento, se concibió como seguridad jurídica. Los parlamentos pudieron controlar los actos del poder administrativo o ejecutivo y garantizar que los jueces apliquen irrestrictamente la ley. Además, el principio de legalidad evitó la dispersión jurídica al establecer una sola fuente del derecho y al generar normas de reconocimiento del derecho válido. Este principio no ha desaparecido en el estado constitucional de derecho sino que se ha reconceptualizado en función de la Constitución y de los derechos reconocidos en ella.

<sup>37</sup> Convención sobre los derechos del Niño. Naciones Unidas, consulta 27 de septiembre de 2015, en: <<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>>.

A lo largo de la década subsiguiente tres hechos importantes para el movimiento de la infancia tuvieron lugar. Primero, se creó el Foro de la Niñez y Adolescencia, instancia que jugó un importante rol en la movilización social y en la inclusión en la agenda pública de varios temas que afectan directamente el desarrollo de la niñez y de la adolescencia, entre otros: la atención prioritaria a niños y niñas de 0 a 6 años, la salud, la educación, la violencia, el maltrato y la participación infantil. En segundo lugar, en 1992, se reformó el Código de Menores, reconociendo –por primera vez en la historia ecuatoriana– a los niños, a las niñas y a los adolescentes como sujetos de derecho. Y, finalmente, con la adopción de la Constitución de 1998, se ratificó el nuevo paradigma de la protección integral, el cual apunta a la plena garantía de los derechos de la infancia. Estos tres importantes avances fueron recogidos en el Código de la Niñez, instrumento legal aprobado en el 2003, en el que se planteó el pleno reconocimiento de los derechos de la infancia.<sup>38</sup>

Entonces hay que recordar el cambio que sufrió el sistema procesal penal en el Ecuador, de escrito a oral, con la expedición del Código de Procedimiento Penal del 13 de enero del 2000, en virtud del cual, las partes procesales dejaron de enfrentarse por medio de escritos, y empezaron a litigar en audiencias los argumentos, así como las pruebas, frente a la contraparte y a los jueces.

Por tanto, se observaba con la implementación de este Código, en delitos penales de carácter sexual, en el caso de las pruebas testimoniales, a las víctimas –en los que se incluyen a los menores de edad-, enfrentados delante a sus presuntos agresores, respondiendo interrogatorios respecto a los hechos acontecidos, situación que por demás se convirtió en los tribunales penales, en preocupante, por lo cual se empezó a tomar correctivos en el camino para la protección de los derechos de las víctimas.<sup>39</sup>

Uno de los principales avances fue el carácter reservado para audiencias en ciertos delitos, que tenían como fundamento aspectos como el interés superior de los menores, y la no revictimización. Posteriormente se empezaron a realizar testimonios urgentes o

---

<sup>38</sup> Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Estado de los derechos de la niñez y adolescencia en el Ecuador 1990-2011. (Ecuador: 2012), 41.

<sup>39</sup> CPP, art. 273, estableció únicamente que: “En caso de enfermedad de los testigos o cuando éstos deban ausentarse del lugar del proceso, se les recibirá inmediatamente sus declaraciones. Si el testigo pretende ausentarse y su testimonio se considera fundamental, el presidente prohibirá que se ausente, aun haciendo uso de la fuerza pública.”, entonces los demás personas que iban a testificar se debían presentar a la etapa de juicio a rendir sus testimonios, de conformidad con el artículo 119 que señalaba: “Recepción.- La prueba testimonial se recibirá, por regla general en la etapa del juicio ante el tribunal penal, pero durante la instrucción los jueces penales pueden recibir los testimonios de los enfermos, de los que van a salir del país y de aquellos que demuestren que no podrán concurrir al tribunal. Los testimonios que se rindan ante el Tribunal serán grabados y las grabaciones se agregarán al acta de la audiencia”, y finalmente se señalaba que todas las partes procesales pueden interrogar al ofendido, de conformidad con el artículo 289, que expresaba: “Interrogatorio de los demás jueces y de las partes.- Los demás jueces del tribunal y las partes procesales pueden interrogar al ofendido. ‘El presidente del tribunal cuidará que las preguntas sean legales.’”

anticipados, solicitados por la Fiscalía General del Estado ante los jueces penales, para que solamente por una vez tenga que comparecer la víctima, pero que si bien existía el sistema oral, aquello, se plasmaba a escrito, lo que conocía el tribunal de garantías penales en la etapa de juzgamiento, y que bien podía inadvertir la real situación de los acontecimientos, porque no podían observar gestos, actitudes, dubitaciones, ni sentimientos, situaciones que una lectura no permita apreciar, por lo que se empezaron a implementar regulaciones para que el sistema oral permita al juez una análisis directo de la prueba presentada, ya sea que en la misma audiencia el juez pueda con sus propios ojos observar testimonios, o por medio de grabaciones.

Finalmente, en la actualidad, con la expedición del Código Orgánico Integral Penal, se plasmó la cámara de Gésell como método de prueba para los testimonios, que se contrasta de igual manera con la Constitución del año 2008<sup>40</sup>, vigente hasta la actual fecha, que determinó de manera reiterada, lo de la anterior Constitución de 1998<sup>41</sup> respecto al interés superior del niño, pero de manera fundamental, la no revictimización de las personas que se han constituido en vulnerables por ser las presuntas agraviadas en los delitos penales, que como se ha señalado, por su naturaleza y connotación para la sociedad, protegen áreas y derechos sensibles.

En virtud de aquello, es innegable el logro y protección a las presumibles víctimas –en los que se incluyen a los menores de edad-, en los delitos de carácter sexual, que el Estado les ha otorgado para cumplir con la actual Constitución, en función de la protección del Estado a las víctimas, entre los que se encuentran los menores de edad, que

---

<sup>40</sup> Constitución de la República de Ecuador [2008], en registro oficial N.º 449 (20 de octubre del 2008). En adelante se cita la Constitución como CRE. Artículo 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

<sup>41</sup> Constitución Política de la República del Ecuador. [1998], en Registro Oficial N.º 1 (11 de agosto de 1998). En adelante se cita a la Constitución Política como CPRE. Art. 219.- El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante los jueces y tribunales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Ministro Fiscal General organizará y dirigirá un cuerpo policial especializado y un departamento médico legal.

Vigilará el funcionamiento y aplicación del régimen penitenciario y la rehabilitación social del delincuente. Velará por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes en el juicio penal.

están en desarrollo, así como el desempeño y obligación del rol de los padres en dicho crecimiento<sup>42</sup>.

Sin embargo, existe su contraparte, el presunto responsable quien generalmente, se lo invisibiliza frente al derecho de no revictimización, a quien el Estado también tiene el deber de garantizar la observancia de sus derechos, los cuales se plasman en el debido proceso, establecidos en los artículos 76 y 77 de la Constitución de la República del Ecuador, esto con la finalidad que se evite cualquier tipo de vulneración que a la final puedan convertirse hasta en delitos de índole estatal, como delitos de lesa humanidad, aquello en razón que todo la actividad de un Estado se encuentra activada en contra de una sola persona. Situación de la cual, no siempre se ha detenido analizar la actual sociedad, porque si bien todo el aparataje del Estado se encuentra en protección de las presuntas víctimas de delitos penales, también este aparataje se encuentra en contra de quienes son señalados como sus presuntos responsables.

Además, hay que recordar que la decisión de una condena se encuentra en manos de seres humanos, que tienen la potestad de analizar los indicios y sentenciar. Por tanto, es indispensable que el Estado busque también extender su protección a las dos partes procesales, claro que con identidad de cada una de las circunstancias especiales entre menores y adultos, pero sin menoscabar el debido proceso, y sin otorgar patente de corso a los fiscales, para iniciar un enjuiciamiento encausado desde la etapa de investigación, para obtener solo sentencias condenatorias, ni a los jueces para que sus decisiones sean emitidas sin medios de prueba suficientes para sentenciar a una persona.

Por tanto, revisando la normativa ecuatoriana, con la finalidad de determinar el momento que se instituyó la cámara de Gésell como un método para obtener un testimonio excepcional, pues se establece que se encuentra mencionado como tal, en el Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, se inició la aplicación de la cámara de Gésell con el Código de Procedimiento Penal, que no señalaba la posibilidad de receptor

---

<sup>42</sup> CRE [2008]. **Artículo. 44.-** El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas. 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. **Artículo 69. Numeral 1:** “Se promoverá la maternidad y paternidad responsables; la madre y el padre estarán obligados al cuidado, crianza, educación, alimentación, desarrollo integral y protección de los derechos de sus hijas e hijos...”

un testimonio urgente o anticipado en víctimas de violencia sexual, mediante cámara de Gésell; pero seguramente su utilización tenía como base la Constitución de la República del Ecuador del año 2008, que constituyó como grupo de atención prioritaria a las víctimas de violencia sexual, en su artículo 35, y más aún, el artículo 78 del mismo cuerpo constitucional, garantizó el derecho a la no revictimización en la obtención y valoración de pruebas a las víctimas de infracciones penales en general, por tanto para establecer las razones de su aplicación en los delitos de carácter sexual, es necesario referirnos a la naturaleza de los mismos, que se desarrolla a continuación.

### **1.6. Nociones generales de los derechos sexuales y reproductivos en el Ecuador y su naturaleza excepcional.**

Se ha considerado el desarrollo de estas nociones generales, porque tienen relación con el presente tema, en razón que el delito de violación puede vulnerar de manera directa estos dos derechos, los sexuales y reproductivos.

De esta forma, en primer lugar, el reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos se encuentra establecido en instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destacan, Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>43</sup> de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>44</sup> de 1966; la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>45</sup> de 1981; la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>46</sup> de 1990; la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Derechos

---

<sup>43</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. **Artículo 3.** Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

<sup>44</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. **Artículo 6. 1.** El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente. **Artículo 9. 1.** Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

<sup>45</sup> Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer **Artículo 16. 1 e)** Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

Los Estados partes asegurarán los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que permitan ejercer esos derechos.

<sup>46</sup> Convención sobre los Derechos del Niño. **Artículo 34.** Los Estados Partes se comprometen a proteger al niño contra todas las formas de explotación y abuso sexuales

Humanos<sup>47</sup>, Viena de 1993; el Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo<sup>48</sup>, El Cairo de 1994; y el Programa de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer<sup>49</sup>, Beijing de 1995.

Por tanto, para sintetizar lo normativo en la cual dichos instrumentos refieren a los derechos sexuales y reproductivos, a continuación se detalla un cuadro, y su contenido respectivo de los mencionados derechos, de manera general.

Los instrumentos internacionales establecen que deben reconocerse los derechos sexuales y reproductivos, e inclusive dichos instrumentos lo tratan en conjunto, sin embargo, para tener en cuenta sus particularidades, se debe tener primero en consideración lo que a continuación se detalla, respecto a los derechos sexuales:

... es también preciso tener en cuenta que aún sigue siendo más difícil y polémico tratar los temas de sexualidad que tratar los temas de reproducción, sobre todo si se consideran las implicancias de hacerlo desde un enfoque de derechos. Es más, ha sido frecuente emplear la expresión “derechos sexuales y reproductivos” como si se tratara de un mismo universo de derechos.

[los derechos sexuales deben]...garantizar que las personas tengan control sobre su sexualidad. Por ello, ...los componentes de la sexualidad que deben considerarse protegidos son, cuando menos, la identidad sexual, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva. De esta forma, se protegen la actividad sexual no procreativa o no heterosexual y se proscriben la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la discriminación por opción sexual, entre otros”<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos. **Artículo 18.** La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular derivadas de prejuicios culturales, de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y valía de la persona humana y deben ser eliminadas.

<sup>48</sup> Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo. Bases para la acción. **Artículo 7.3.** Derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.

**Principio 8.** Todas las parejas y todas las personas tienen el Derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlos.

**Objetivo 7.4.** Ayudar a las parejas y a las personas a alcanzar sus objetivos de procreación en un marco que favorezca condiciones óptimas de salud, responsabilidad y bienestar de la familia, y que respete la dignidad de todas las personas y su derecho a elegir el número de hijos, su espaciamiento y el momento de su nacimiento.

<sup>49</sup> Programa de Acción de la Conferencia Mundial de la Mujer. **Principio 9.** Garantizar la plena aplicación de los derechos humanos de las mujeres y las niñas como parte inalienable, integral e indivisible de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

**Párrafo 223** Los derechos a la procreación se basan en decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento en que desean tener hijos y a disponer de la información y de los medios necesarios para ello.

<sup>50</sup> Rocío Villanueva Flores, “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”. Revista IIDH N.º 43, enero a junio del 2003, 400.



Por tanto, el reconocimiento de los derechos sexuales, permiten el ejercicio de una sexualidad ligada a la salud, y libertad de los seres humanos, que son derechos intrínsecos del mismo, por tanto su protección es primordial.

Respecto a los derechos reproductivos, cuyo concepto, en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW<sup>51</sup>, considera que se constituyen en los derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

Por otro lado, la Constitución de la República del Ecuador<sup>52</sup>, respecto a los derechos sexuales y reproductivos, contiene reconoce y garantiza a la población, la integridad sexual, así como el derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su la sexualidad vida y orientación sexual, así como de las decisiones sobre su salud sexual y reproductiva, que incluye el número de hijas que decidan tener, respecto al número de hijos e hijas.

Además, garantizará el derecho a la salud sexual y reproductiva; en consecuencia, sin distinción de ninguna índole, el Estado, por medio de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce sus habitantes, su libertad de decisión tanto sexual como reproductiva, de forma responsable y segura<sup>53</sup>.

Por otra parte, en razón de los menores, el Estado garantiza su protección, de manera especial por su vulnerabilidad, señalando que establecerá procedimientos especiales y expeditos para su juzgamiento<sup>54</sup>.

Esta distinción es de vital importancia, en los derechos sexuales y reproductivos en los menores de edad, ya que por la ratificación del Ecuador de la Convención sobre los derechos del niño, debe, como Estado parte, protegerlos *prima facie*, de cualquier tipo de actividad que pueda vulnerarlos, recordando que los menores, poseen garantías propias de su edad y nivel de madurez, y gozan de privilegios, por su derecho de interés superior.

Por tanto, los niños, niñas y adolescentes, al requerir mayor protección, el Estado ha establecido procedimientos especiales para el juzgamiento y sanción de los delitos de naturaleza sexual.

---

<sup>51</sup> CEDAW. Art. 16.

<sup>52</sup> CRW [2008], artículo 66 numerales 3, 9 y 10.

<sup>53</sup> CRE [2008], artículo 32.

<sup>54</sup> CRE [2008], artículo 81.

Finalmente, respecto a la naturaleza excepcional de los derechos sexuales y reproductivos, estos derechos tienen esta concepción porque desarrollan ámbitos del ser humano que los incluye y permite individualmente, vivir en sociedad, es decir están ligados a la condición de persona, y por ello la necesidad para su debido ejercicio y protección, para el desarrollo de cuestiones intrínsecas del ser humano, a saber, mediante criterios doctrinarios, Caridad del Carmen Valdés, considera lo siguiente:

...es indiscutible que la esfera sexual constituye un factor determinante en el desarrollo de la personalidad, y como tal es parte de la dignidad inherente a todo individuo; no es una dimensión secundaria de la vida humana sino que pertenece íntimamente a su constitución... Los derechos sexuales atribuyen una situación jurídica de poder a la persona para que pueda vivir y tener control sobre su sexualidad, incluyendo la posibilidad de pedir y obtener información sobre estos temas, así como sobre los cuidados preventivos y curativos necesarios para mantener la salud en esta esfera.

Por otra parte, en estrecha comunión con lo anterior, las personas tienen derecho a decidir en sentido positivo o negativo sobre su reproducción, es decir, pueden tomar partido respecto a ellas mismas sobre la aplicación de medidas de anticoncepción o contracepción, tratamientos seguros para fertilidad, infertilidad, información actualizada sobre medicamentos, tecnologías y tratamientos médicos, en función de la procreación... el derecho a la procreación no es ilimitado, como no lo es ningún derecho subjetivo; su límite esencial está en el derecho de los demás, especialmente en los potenciales derechos del niño a procrear...<sup>55</sup>

En consecuencia, se deduce que el carácter excepcional de los derechos sexuales y reproductivos, se evidencia porque estos derechos son únicos en su género y no se encasillan en los parámetros de los demás derechos, tanto así, que su reconocimiento, según como se estableció dentro de la normativa internacional, fue sujeto de debate, y de tardío reconocimiento, e inclusive, hasta hoy, su reconocimiento se pretende realizarlo por medio de otros derechos como la salud, la vida, la libertad o la dignidad humana, pero van mucho más allá, ya que su reconocimiento y correcto ejercicio permiten el desarrollo de la personalidad -derechos sexuales- y la procreación de nuevos seres humanos – derechos reproductivos-, que va a incidir en el desarrollo de la sociedad, en este caso de la ecuatoriana.

Entonces, como se ha señalado el reconocimiento viene ligado a la protección de los mismos, ya que su libre ejercicio, también tiene limitaciones, en razón de cada persona

---

<sup>55</sup> Caridad del Carmen Valdés Días, “Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos ¿configuración armónica o lucha de contrarios?”, revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, (México), Año VI, N.º 29, enero –junio 2012, 229.

e individuo, si quiere ejercerlos o no, es decir tomando la frase antigua, el derecho de una persona termina cuando inicia el derecho del otro, y es deber del Estado velar por el ejercicio efectivo de estos derechos por parte de las ciudadanas y los ciudadanos ecuatorianos.

Ahora bien, el Estado, por medio de la tipificación del delito de violación, que tiene relación con el presente análisis, el bien jurídico a proteger son los derechos sexuales y reproductivos de los habitantes del Ecuador, porque pretende que este ejercicio se efectivice, y lo que se denota en la Constitución de la República, que reconoce los derechos sexuales y reproductivos de los habitantes, y no mediante la interpretación de la misma, por medio de otros derechos.

### **1.7. Relativización del principio de publicidad en los delitos de naturaleza sexual.**

La importancia del análisis únicamente del principio de publicidad, radica en razón que en los delitos de naturaleza sexual, los actos son reservados, y únicamente pueden tener conocimiento de los mismos las partes procesales, para la protección de la víctima de delitos de naturaleza sexual, pero también de los presuntos responsables, porque estos delitos son no solo de sanción legal, sino de sanción social; además, así como se señaló *ut supra*, este principio se plasma entonces a todos los actos, audiencias, pruebas, sentencia, así como la identidad de las personas.

De esta manera, el principio de publicidad es una de las garantías del sistema acusatorio, que garantiza el conocimiento público del mismo, para que el escrutinio público, y de entidades públicas en sí mismas, vigilen el cumplimiento del debido proceso, de esta manera se entiende este principio de la siguiente forma:

...el sistema acusatorio representa la máxima concreción del principio de publicidad de los debates procesales y por ello es generalmente libre el acceso del público y de los medios de comunicación a las audiencias del proceso. Sin embargo, es bueno aclarar, que la publicidad como principio procesal y como manifestación del carácter democrático del juzgamiento tiene dos manifestaciones distintas y complementarias: la publicidad inter partes (*inter alia*) y la publicidad general (*erga omnes*). Aquella se refiere al libre acceso que deben tener las partes, y fundamentalmente el imputado, a las actas y expedientes del proceso, y la otra se refiere al acceso de terceros a los actos procesales que se desarrollan oralmente. De ahí que normalmente el juicio oral sea apellidado como “público” y que en

honor a los efectos del proceso acusatorio y democrático deba hablarse, precisamente de “juicio oral y público”...<sup>56</sup>

Por tanto, el principio de publicidad si bien se relativiza para el público en general, pues para las partes procesales no ocurre lo mismo, porque deben tener pleno conocimiento de los actos que se pretenden imputarlos, para tener su defensa.

Ahora bien, respecto al principio de publicidad, pues se entiende que la administración de justicia, en el ejercicio de sus atribuciones, las etapas, juicios y decisiones, serán públicas, con excepción de los casos que la ley así lo prevea<sup>57</sup>

Por otro lado el Código Orgánico de la Función Judicial<sup>58</sup> expresa que las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, excepto, de igual forma las que se prescriban que sean reservadas por las circunstancias de cada caso, y esto incluye a que las audiencias podrán realizarse solo grabaciones oficiales, con la finalidad que tanto los administradores de justicia como los medios de comunicación respeten la intimidad de las personas, y en igual forma lo prescribe el Código Orgánico Integral Penal<sup>59</sup>.

En consecuencia, todas las actuaciones judiciales son públicas, lo que garantiza que los ciudadanos tengan conocimiento de las actuaciones de los administradores de justicia en los diferentes casos, y las situaciones judiciales que les llevó a tomar su *decisum*, que garantiza finalmente que por medio del escrutinio público, los administradores de justicia respeten principios básicos, como debido proceso, entre los que destaca la motivación, así como la seguridad jurídica, tutela judicial efectiva, entre otros importantes derechos constitucionales, que de forma básica pretenden que las decisiones estén apegadas a la justicia social.

En el caso de los delitos de naturaleza sexual, cuyo bien jurídico a proteger son los derechos sexuales y reproductivos de los ecuatorianos, en el ejercicio procesal de los medio probatorios que permitan establecer a los responsables de su perpetración, desde un principio en el Código de Procedimiento Penal<sup>60</sup>, se establecieron audiencia de

---

<sup>56</sup>, Eric Lorenzo Pérez Sarmiento, *Fundamentos del sistema acusatorio en el enjuiciamiento pena* (Bogotá: Editorial Temis, 2005), 30.

<sup>57</sup> CRE [2008], artículo 168 numeral 5.

<sup>58</sup> Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en registro oficial N.º 554, (09 de marzo del 2009). Artículo 13.

<sup>59</sup> COIP, artículo 5 numeral 16.

<sup>60</sup> CPP, artículo 255.

carácter reservado, y actualmente se establece también el Código Orgánico Integral Penal<sup>61</sup>.

Con lo dicho, se evidencia que el principio de publicidad, como todo principio del derecho, puede tener una excepción que tiene que estar plasmada en la ley, para su tratamiento, y que en este caso, es que la existencia de audiencias de carácter reservado para ciertos tipos de delitos, entre los que se encuentra el delito de violación, situación que de igual manera debe seguir garantizando la observancia de principios elementales del debido proceso para que el proceso penal goce de eficacia y validez jurídica, o a la vez, la justificación real de presumibles vulneraciones, e inclusive aquello debe ser normado porque puede extralimitarse.

---

<sup>61</sup> COIP, artículo 562.

## **Capítulo segundo**

### **Análisis del empleo de la cámara de Gésell en la recepción de testimonios anticipados, como elemento probatorio en la realidad ecuatoriana, dentro del delito de violación.**

#### **2.1. Procedimiento empleado para la recepción de testimonio anticipado a través de la Cámara de Gésell en delitos de violación en el Ecuador.**

La víctima previa justificación podrá solicitar a la o al juzgador se le permita rendir su testimonio evitando la confrontación visual con la persona procesada, a través de video conferencia, cámara de Gésell u otros medios apropiados para el efecto, sin que ello impida el derecho a la defensa y en especial, a conainterrogar.<sup>62</sup>

Es así como, bajo este argumento, para evitar la revictimización de la parte ofendida, se ha efectivizado la aplicación de la cámara de Gésell, como un método para la recepción de los testimonio de víctimas, y claro, con el respaldo de la normativa infraconstitucional, que en este caso es el Código Orgánico Integral Penal. Por otro lado, el Código de Procedimiento Penal, derogado<sup>63</sup>, establecía en general que el Fiscal, quien es el dueño de la vindicta pública, puede utilizar todos los medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos que resulten útiles e indispensables para sustentar sus actuaciones y pronunciamientos, con las autorizaciones y requisitos que la ley exija<sup>64</sup>.

Al respecto, es menester señalar que la Constitución de la República del Ecuador, del año 2008, establece que en la obtención y valoración de las pruebas de las víctimas de las infracciones penales, se garantizará su no revictimización, situación que al ser establecida en la normativa suprema del Estado ecuatoriano, que es de aplicación superior<sup>65</sup>, y que conjuntamente con el ahora derogado Código de Procedimiento Penal,

---

<sup>62</sup> COIP, artículo 510.

<sup>63</sup> COIP, disposiciones transitorias, primera: Los procesos penales, actuaciones y procedimientos de investigación que estén tramitándose cuando entre en vigencia este Código, seguirán sustanciándose de acuerdo con el procedimiento penal anterior hasta su conclusión, sin perjuicio del acatamiento de las normas del debido proceso, previstas en la Constitución de la República, siempre que la conducta punible esté sancionada en el presente Código.

<sup>64</sup> CPP, Inciso primero del artículo innumerado primero, a continuación del artículo 516.

<sup>65</sup> CRE [2008], artículo 78.

pues se materializó en que estos medios técnicos que pueden y podían utilizar los fiscales para obtener pruebas, y que garantizaban y garantizan la no revictimización, puedan ser utilizados, en métodos, como en la innovación de la cámara de Gésell en el Ecuador, en los testimonios.

Por otro lado, con esta innovación para evitar la revictimización de las víctimas, ha crecido una práctica cotidiana en el proceso penal, que es el uso de la cámara de Gésell en el testimonio anticipado<sup>66</sup> tomado a la víctima, situación que se encontraba prevista en el inciso tercer del artículo 119 del Código de Procedimiento Penal<sup>67</sup>, que lo denominaba testimonio urgente.

Respecto a la determinación de estos dos artículos, se podría determinar que en el Código de Procedimiento Penal derogado, este testimonio era excepcional, y en el Código Orgánico Integral Penal, no se señala esto, sin embargo, en el artículo 454 de la referida norma, a través de la enunciación del principio de oportunidad de la prueba, se establece que las mismas se anunciarán únicamente en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, y se practicarán en la audiencia, pero los testimonios anticipados podrán ser prueba, en los casos excepcionales establecidos en la ley de la materia, pero si bien el artículo 444 numeral 7 del señalado Código Orgánico Integral Penal, de forma abierta señala que el fiscal puede solicitar al juez la recepción de testimonios anticipados, únicamente indica respecto a 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 todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio, bajo los principios de inmediación y contradicción<sup>68</sup>.

En virtud de aquello, su aplicación se ha efectuado de forma generalizada en todos los casos, lo es peligroso, porque puede mal entenderse que existe la finalidad de encausar el proceso, y que la Fiscalía únicamente busca una sentencia condenatoria, para lo cual, es necesario aclarar que la Fiscalía busca la verdad de los hechos, es decir aplica el principio de objetividad<sup>69</sup>, en virtud del cual, el fiscal debe investigar no solo los hechos

---

<sup>66</sup> COIP, artículo 444 numeral 7.

<sup>67</sup> CPP, artículo 119. Como excepción, los jueces de garantías penales pueden recibir y practicar los testimonios urgentes de personas enfermas, personas que van a salir del país, de las víctimas de violencia sexual y de aquellos que demuestren que no pueden concurrir al tribunal de garantías penales en la etapa del juicio.”

<sup>68</sup> COIP, artículo 502 numeral 2.

<sup>69</sup> COIP, artículo 5 numeral 21.

que permitan establecer la responsabilidad penal, sino también los que la eximan, atenúen o extingan, evitando que de forma inquisitiva, se convierta en práctica el buscar a un culpable de la forma más célere posible, es decir en el menor tiempo posible.

De aquello, es necesario mencionar que la celeridad en un proceso, si bien actualmente constituye uno de los principios que rige la función judicial, contenido en los artículos 75 y 169 de la Constitución de la República del Ecuador, en concordancia con los artículos 18 y 20 del Código Orgánico de la Función Judicial, pues este principio tiene que observar el debido proceso establecido en el artículo 76 de la norma suprema, porque si se va a realizar un proceso demasiado célere, es evidente que se irrespetará garantías básicas que permitan validez de la prueba aportada, que corresponden al juez analizar si es necesaria o no esta rapidez procesal, de conformidad con cada caso en concreto, o solo de forma excepcional sería efectiva.

En virtud de lo detallado, se evidencia que en la normativa emitida por el legislativo, se ha realizado la enunciación de la facultad otorgada a los jueces para que se utilice la cámara de Gésell como método para obtener los testimonios de las víctimas en los procesos penales, pero no se ha detallado los procedimientos y garantías a respetarse por las partes en su empleo, sin embargo el Consejo de la Judicatura empezó a implementar este método, de forma empírica, con la construcción de cámaras de Gésell en el Ecuador; y no fue sino hasta el 15 de julio del 2014, que el Consejo de la Judicatura del Ecuador emitió la resolución N.º 117-2014 que contiene el protocolo del uso de la cámara de Gésell.

El referido protocolo, se encuentra desarrollado en quince hojas, con tres numerales, que tienen relación con: generalidades, gestión administrativa, tecnológica y mantenimiento de la cámara de Gésell, y el procedimiento para el uso de la cámara de Gésell.

El numeral 1 de generalidades, contiene el objeto, ámbito de aplicación, principios, requisitos para el uso de la cámara de Gésell, usos de la cámara de Gésell, y normas generales, de lo cual, es necesario destacar que se enfatiza en que las diligencias realizadas en la cámara de Gésell son para optimizar el funcionamiento y calidad de servicio de la justicia, y evitar la revictimización y un nuevo maltrato psicológico, bajo los principios de intermediación, celeridad, y confidencialidad.



Además que define que la cámara de Gésell está conformada por dos habitaciones, claramente definidas y estructuralmente separadas con un vidrio-espejo unidireccional que tiene dos áreas, una de entrevista y otra de observación o reconocimiento.

En este caso, la normativa señala que existen dos usos de la cámara de Gésell, como sala de testimonio y como sala de reconocimiento, al respecto, conforme la temática se ha enfocado solo en el testimonio, es preciso señalar que la de reconocimiento, es para ubicar a los presuntos responsables de una infracción penal, con la finalidad que las víctimas los reconozcan.

Respecto a los principios, el Consejo de la Judicatura ha determinado que solamente pueden estar en esta diligencia las personas autorizadas para el efecto, además que se garantiza la notificación a las partes procesales para su concurrencia, así como evitar preguntas lesivas, impertinentes, capciosas o sugestivas.

En el numeral 2, que se ha denominado gestión administrativa, tecnológica y mantenimiento de la cámara de Gésell, en general contiene atribuciones y obligaciones otorgadas al personal administrativo del Consejo de la Judicatura, para que prevalezca un uso adecuado y eficaz del dispositivo, es decir, que los actos se organicen de forma adecuada, para su normal desarrollo, con los sujetos procesales y la seguridad a la víctima.

El numeral tercero, denominado procedimiento para el uso de la cámara de Gésell, señala tres momentos en la práctica de las diligencias en la cámara de Gésell, a saber, el momento previo a la diligencia, el momento de la diligencia y el momento posterior a la diligencia.

Como se expresó *ut supra*, el protocolo señala dos procedimientos que se pueden aplicar, al respecto, como sala de testimonios y como sala de identificación o reconocimiento.

Respecto al primer momento como sala de testimonios, en general establece deberes a las personas encargadas de manejar la tecnología respecto a audio y video de la sala; así como a la secretaria o al secretario del juzgado del cual proviene el proceso judicial, para que verifiquen los documentos habilitantes para que se ejecute la diligencia con todas las partes procesales presentes; y, la psicóloga o psicólogo terapeuta o médico psiquiatra, para que informe a quien va a ser interrogado sobre el procedimiento; además señala que en caso de niños, niñas o adolescentes, así como personas con discapacidad

pueden ingresar, pueden ingresar con su representante legal, o la persona autorizada por la autoridad judicial.

De ahí, en el momento de la diligencia, que es el segundo momento, se establece un procedimiento especial y único para la recepción del testimonio, y señala que únicamente la jueza o juez da inicio a la diligencia, para posteriormente dar la palabra en forma ordenada al fiscal y a la defensora o defensor pública, y en el mismo orden, se resolverán las preguntas presentadas por las partes, que de ser procedentes o no, el juez mediante el intercomunicador transmitirá al psicólogo para que transmita a la víctima, finalmente la jueza o juez dará por terminada la diligencia, de no existir más preguntas.

Además, respecto al procedimiento el protocolo indica que si el psicólogo podrá solicitar que se suspenda la diligencia, si la víctima entra en estado de crisis, y se elaborará un acta resumen de la diligencia, además que se prohíbe el ingreso de personas ajenas al procesos

Posteriormente, el tercer momento es denominado momento posterior a las diligencias, en la cual respecto a las grabaciones, se establece que el responsable de las tecnologías de la información del Consejo de la Judicatura, debe traspasar las grabaciones a un medio magnético y entregarlas a los responsables de las diligencias, con dos copias, para entregar uno a la Fiscalía y otro a los archivos de la unidad judicial respectiva, para crear una cadena de custodia y proteger la información, establecen que esta información es accesible a las partes, dentro de los recintos judiciales.

También señala respecto a la transcripción del audio, que si bien el artículo 120 del derogado Código de Procedimiento Penal establece que el testimonio debe ser reducido a escrito, puede el Fiscal solicitar que de conformidad con el artículo 156 del mismo cuerpo normativa el tribunal observe y escuche el testimonio, considerando la calidad de la información y la certeza objetiva de un registro en audio y video, en comparación con la lectura de un testimonio.

Ahora, en el artículo 579 del Código Orgánico Integral Penal, se determinan reglas para el registro electrónico de actos procesales, que en general se exige sentar la razón respecto a la intervención de los sujetos procesales y el día y hora de la diligencia.

Por tanto, si bien el proceso respecto a la recepción de testimonios en cámara de Géssell no está establecido en el Código Orgánico Integral Penal, ni lo estuvo en el derogado Código de Procedimiento Penal, el Consejo de la Judicatura ha establecido un

procedimiento, y se puede señalar que este procedimiento es único para este caso, ya que no se ha establecido que se seguirán las mismas reglas establecidas para la recepción de las pruebas testimoniales establecidas en el artículo 502, 510, 612 del Código Orgánico Integral Penal, que contiene las reglas generales del testimonio como medio probatorio, el testimonio de la víctima, y la forma en la cual se desarrolla la audiencia de juicio, o del derogado Código de Procedimiento Penal, en sus artículos 119 y 286 en razón de quien la persona que primero puede realizar preguntas, con la finalidad la defensa del acusado o procesado, frente a todo al aparato del Estado, que involucra a la Fiscalía General del Estado, determinándose entonces que no se garantiza con este procedimiento el derecho a la defensa del procesado, pero si de manera única el derecho de la víctima.

## **2.2. Sujetos que intervienen.**

Como en todo procedimiento legal, tenemos dos partes procesales que se enfrentan, así lo expresa Enrique Véscovi, al señalar que: "... El proceso es una relación jurídica entre dos partes; una que pretende accionar y otra que contradice (se defiende)..."<sup>70</sup>, de esta manera, de conformidad con lo establecido en el protocolo expedido por el Consejo de la Judicatura, los sujetos que intervienen en la cámara de Gésell, para la recepción de testimonios anticipados son:

- El responsable de la Unidad de Tecnologías de la Información y Comunicación, quien manejará los equipos, y procederá a comunicar cualquier deficiencia durante el proceso.
- La jueza o juez.
- La fiscalía, la defensora o defensor público, el o la psicóloga.
- En el caso de niños, niñas o adolescentes, así como de personas con discapacidad, pueden ingresar con un representante legal, curador, funcionario de la DINAPEN o una persona autorizada por la jueza o el juez o el fiscal.

Es importante señalar este punto, porque, se evidencia que este tipo de testimonio realizado en la cámara de Gésell, ya se asumió como anticipado en el protocolo realizado por el Consejo de la Judicatura, porque primero señala que interviene una jueza o un juez,

---

<sup>70</sup> Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso* (Colombia: Segunda Ed. Actualizada, 2006), 159.

que es propio del tipo de testimonio anticipado, ya que el mismo se realiza en la investigación fiscal, (anteriormente indagación previa), y se corrobora con el hecho de señalar solamente a un defensor o defensora públicos, como parte del acto, en razón que al ser investigación, en muchas ocasiones aún no está determinado el sospechoso, y para “garantizar” el debido proceso, en su ausencia actúa un defensor público.

Al respecto, es necesario determinar que de la normativa citada se puede colegir que de forma excepcional la ley de la materia ha establecido los testimonios anticipados, en consecuencia, no todos los testimonios deben, ni pueden ser receptados de forma anticipada, porque por una razón fundamental, la ley estableció como excepcionales el ser otorgados de forma anticipada, y es porque cuando son anticipados no existe el presunto responsable, y quien, pueda tener un abogado que pueda velar realmente por sus derechos, es por ello que llama la atención que un protocolo dictado por el Consejo de la Judicatura, sea el que determine quienes pueden intervenir en este tipo de procedimientos.

Sin embargo, al parecer este procedimiento que no se ha dotado de importancia normativa, por ser novedoso y relativamente nuevo en el Ecuador, va a jugar un papel fundamental en la decisión de los jueces, es por ello que su procedimiento debe garantizar los derechos de las dos partes, y se logre una resolución imparcial y motivada, y con total claridad respecto a la responsabilidad o no de las partes.

### **2.2.1. Posibles afectaciones a los derechos de las víctimas en la recepción de testimonios urgentes en cámara de Gésell en delitos de violación en el Ecuador.**

Como se señaló existen dos partes en todo procedimiento, por un lado la persona que ejerce la acción, es decir es “... el derecho que corresponde a una persona de provocar el ejercicio de la jurisdicción respecto de una situación jurídica en la que esa persona está interesada, o más brevemente, el derecho de provocar el proceso, el derecho al proceso en un caso en concreto...La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión, pero ésta es un mero hecho, un querer del individuo. De lo expuesto resulta que la acción no es sino una de las formas del derecho de petición...”<sup>71</sup>; en este caso es el Estado a través

---

<sup>71</sup> Hugo Alsina, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. (Buenos Aires, Tomo I, 1963), 327 y 329.

del fiscal, por el sistema acusatorio adversarial, es quien ejerce la acción y defensa de la víctima (claro que no se deslinda la presentación de la acusación particular)

Así pues, se ha señalado que por intermedio de la Fiscalía, la víctima no ejerce *per se*, la defensa de sus intereses, sin embargo, es el Estado por medio de la Fiscalía, quien ejerce esta acción de forma legítima, porque "...representa el interés general de la sociedad en la lucha contra el delito..."<sup>72</sup>.

Además, conforme se ha descrito, la Fiscalía ha optado que por intermedio de su testimonio anticipado, que es una de las pruebas fundamentales de valor probatorio, se pueda establecer el nexo causal entre la prueba médico legal y la responsabilidad por el delito de violación.

Entonces, conforme a la normativa descrita, y en razón que la Fiscalía de forma casi totalmente general, y no excepcional realiza el testimonio anticipado, ya en toda clase de delitos, y en específico de los delitos de violación, pues cabe en este punto establecer si este medio de prueba, al volverse común, puede vulnerar o no los derechos de las presuntas víctimas de violación.

Pues, conforme se ha descrito, el uso del testimonio anticipado en cámara de Gésell, al parecer de forma amplia protege uno de los primordiales derechos de la víctima que es evitar la revictimización<sup>73</sup>, y la víctima pueda contar todos los acontecimientos, además que garantiza su protección, y bueno de manera evidente a ejercer su derecho de acción por la conculcación a su derecho a la integridad sexual y reproductiva.

Sin embargo, de lo que se ha evidenciado es que entre los sujetos procesales que intervienen, se encuentra una psicóloga o un psicólogo quien es la persona que va a realizar la entrevista en cámara de Gésell, porque es quien va a estar a un lado de la

---

<sup>72</sup> Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. (Buenos Aires: tercera edición, 1997), 267.

<sup>73</sup> María Viñuelas Limarquez, *La víctima. Estatuto y mecanismos de protección*. En. *XXXII Jornadas de estudio de la abogacía. El nuevo código penal* (España: Edita Ministerio de Justicia, 2010), 315. ...cobra relevancia el estudio integral de la víctima, incluyendo los perjuicios que sufre no sólo como consecuencia directa del delito sino también aquellos daños que integran lo que se ha denominado victimización secundaria, y que se derivan de la relación que establece el sistema jurídico penal con la víctima y de la necesidad de su testimonio como prueba de cargo. Esto supone para la víctima la necesidad de rememoración en reiteradas ocasiones del hecho traumático, el miedo e incertidumbre que generan los escenarios donde el testimonio se lleva a cabo... donde la persona que denuncia es puesta en tela de juicio y examinada, interrogada-no es infrecuente que con cierta hostilidad-por el abogado defensor del victimario, todo ello unido a largas esperas y suspensiones y finalmente una resolución que no siempre complementa las expectativas de la víctima. La tendencia actual trata de obtener la reparación de los daños causados directamente por el delito y de minimizar los efectos de la victimización.. favoreciendo la confianza de la víctima en el proceso penal.

habitación con la víctima, y del otro lado, que por un vidrio no se los divisará estarán la jueza o juez, el fiscal, y el defensor público.

En gran mayoría, si estos procedimientos son llevados de esta forma, no se puede establecer una vulneración a sus derechos, porque se está protegiendo de forma evidente sus garantías.

Sin embargo, una de las casualidades del caso, resulta en que la víctima bien puede señalar que la persona a quien se le quiere imputar la autoría del delito, no lo es, pues resulta que por un análisis de la psicóloga, conjuntamente con la protección y directrices de los jueces, a la final determinan que si es dicha persona la autora aunque la víctima, haya establecido lo contrario, pues de esta forma el derecho que se estaría conculcando de la víctima es su libertad de expresión y protección, porque se estaría estableciendo por parte de quienes actuaron en la cámara de Gésell, una sugestión para determinar por medio de señas u otros medios algo que la víctima no ha dicho.

Además que, existe una cualidad en estos interrogatorios, y es que si no existe denuncia, y la fiscalía actuado de oficio, entonces en la investigación la fiscalía determinará al sospechoso, y pues en la entrevista en cámara de Gésell, la psicóloga o psicólogo, bien pueden ir con la determinación de que la víctima declare quien o quienes son los presuntos responsables, y si la víctima puede negar reiteradamente que la persona quien está induciendo la psicóloga o psicólogo, no lo es, pues este tipo de tratamiento si violentaría el derecho a la verdad, y hacia la víctima, el derecho a la no intimidación, porque considero que quienes lo estarían intimidando es directamente la Fiscalía que por intermedio del psicólogo o psicóloga es quien quiere encaminar sus resultados.

Ahora bien, talvez esto sea demasiado forzado, pero bien puede darse en casos en los cuales la víctima no declare quien fue la persona de la cual sufrió una violación, y si fueron varias, que ni ella mismo conoce quien es, y así lo dice en su testimonio, no puede señalar la fiscalía que con fundamento dicho testimonio anticipado, se evidencia que la persona que presuntamente le violó fue quien la víctima en reiteradas formas negó que fuera, pero por el análisis de perito que le realizó la entrevista, se determinó que si lo fue, es inconcebible, si no existen otro medios que determinen de forma directa la actuación del imputado, y se estaría utilizando a la víctima, y a su testimonio, para que de forma inquisidora no se esclarezca la verdad.

Adicionalmente, es siempre complicado en el caso de niños, niñas y adolescentes, porque son el grupo más vulnerable no solo en este tipo de delitos penales, sino en todos, porque por su crecimiento propio, en relación a su personalidad, son mucho más influenciables, no solo por personas externas, sino más por las personas directamente de su núcleo familiar, es decir de sus progenitores, o quien tenga su patria potestad, quienes pueden utilizarlos como medios de venganza propia o para beneficiarse de situaciones personales, por lo tanto su testimonio es mucho más delicado, y debería ser valorado por peritos de dos partes, y no por uno solo, requerido por la Fiscalía, para la determinación de la verdad de sus dichos, y dar valor probatorio a sus hechos relatados, claro que en este caso prima el interés superior del niño, que estará por encima de los derechos de los adultos, por tanto no cabe un análisis más allá respecto a su protección, pero si de las víctimas de violación mayores de edad.

### **2.2.2. Posibles afectaciones a los derechos de los procesados en los testimonios urgentes en cámara de Gésell en delitos de violación en el Ecuador.**

En el desarrollo del tema, y en la búsqueda de los motivos para que exista el uso frecuente del testimonio anticipado en cámara de Gésell, en el caso de delitos de violación, pues, en mayor proporción existe información respecto al derecho de las mujeres y los niños, como sujetos que han sido durante décadas discriminados en el reconocimiento de sus derechos, por tanto al hablar de víctimas, más se entiende como sujetos de aquellos, a estos dos grupos sociales.

Además, la motivación más fuerte para que se realice un testimonio en cámara de Gésell, es evitar la revictimización, que a la final se han plasmado en los motivos mismos del protocolo de la utilización de la cámara de Gésell en el Ecuador.

Por todo lo expuesto, se visualiza que todo el aparataje estatal protege a las víctimas de delitos de violación, lo cual es correcto, sin embargo, nada se dice respecto al derecho de la otra parte del proceso que ejerce la contradicción, y es importante recordar que:

... Inseparable del derecho de acción es el derecho de contradicción, y por ello ambos pueden ser considerados como dos aspectos de la relación jurídico procesal... El derecho de contradicción... se basa en varios de los principios fundamentales del derecho procesal, el de la igualdad de las partes en el proceso; el de la necesidad de oír a la persona contra la cual va a surtir la decisión; el de la imparcialidad de los funcionarios judiciales... El derecho de contradicción está vinculado inseparablemente con el principio político del respeto a la libertad individual que orienta y fundamenta todo el sistema de la

democracia política y con el no menos importante de la igualdad de las personas ante la Ley; porque sin él se sometería a los demandados a los efectos de una sentencia, que puede afectar su libertad jurídica, sin darles la oportunidad de defenderse y con marcada desventaja frente al demandante. Ese derecho a ser oído y a defenderse si así se desea, es un bien de inapreciable valor.<sup>74</sup>

En consecuencia, en derecho penal, el principio de contradicción es parte del ejercicio del derecho a la defensa, que inicia desde la indagación, lo cual está garantizado en la normativa ecuatoriana, así lo determina la Constitución de la República del Ecuador<sup>75</sup>, y el Código Orgánico Integral Penal<sup>76</sup>.

Entonces, al respecto el principio de contradicción es el mecanismo que va a permitir ejercer la garantía de la defensa. Pues bien, el Código Orgánico Integral Penal (artículo 444 numeral 7), establece el testimonio anticipado, como una atribución otorgada al fiscal, para solicitar a la juzgadora o juzgador, se lleve a cabo respectando 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 y la familia.

Sin embargo, también establece que este tipo de testimonios serán solicitados casos taxativos, establecidos en el artículo 502 numeral 2 del COIP señala que en casos de 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, de igual forma. Así mismo, el artículo 582 señala que el fiscal podrá solicitar el testimonio anticipado cuando la persona que preste a dar su versión, no pueda concurrir a la audiencia de juicio por ausentarse del país, o por cualquier otro motivo.

---

<sup>74</sup> Hernando Devis Echandía, *Nociones General de Derecho Procesal Civil* (Bogotá: Temis S.A., 2009), 208-211.

<sup>75</sup> CRE [2008], **artículo 76 numeral 7 literal h**). 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: h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. **Artículo 168 numeral 6**: La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

<sup>76</sup> COIP, **artículo 5 numeral 13**: El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirán por los siguientes principios: ... 13. Oralidad: los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra...



Entonces, la ley es clara en establecer que el fiscal puede solicitar al juzgador la recepción de testimonios anticipados en los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, es decir en este conjunto se encuentra el delito de violación.

Sin embargo de aquello, conforme se ha señalado, el testimonio anticipado otorgado por la presunta víctima de delitos de violación, en cámara de Gésell, es difícil hablar del respeto al derecho de contradicción, si en primer lugar, el fiscal en la etapa de investigación (antes indagación previa), en la que no tiene aún a ningún sospechoso, puede tener los exámenes médicos legales, los hechos relatados, pero el nexo causal entre las pruebas de los exámenes médicos legales con la responsabilidad del sospechoso, se va a determinar con la prueba testimonial, que por lo general no es dada por testigos en este tipo de delitos, sino de las víctimas.

Además que puede ser interpretado que la persona que finalmente realiza el testimonio es el perito, porque puede inducir a la víctima a la determinación de acontecimientos, e permitir que la persona a quien la Fiscalía quiere imputar un delito, lo es, sin el testimonio real de los hechos, es por ello que se considera que si bien este medio es factible para evitar la revictimización en este tipo de delitos, se necesita una debida de la presencia de dos peritos uno dado por la fiscalía y otro dado por la parte a quien se le investiga.

Pero, nuevamente nace una nueva problemática, en razón que en la investigación no existe aún una persona que de forma legítima ejerza su defensa, y contradiga la prueba, ya que los defensores públicos si no conocen a su defendido, no podrían ejercer una defensa legítima, porque no conocen la versión de los hechos de la otra parte.<sup>77</sup>

Entonces, la persona que va a pagar o exigir otro perito, aún no existe. Sin embargo, al ser prueba anticipada, entonces ya no se va a repetir en el juicio, sino que únicamente deberá ser valorada. Entonces el derecho de contradicción se vulnera, respecto a la prueba fundamental en este tipo de delitos, porque reitero, permite establecer el nexo causal entre los hechos, y la responsabilidad del presunto responsable.

Además, que conforme se ha establecido en el protocolo para regular el proceso en la utilización de la cámara de Gésell para recepción de testimonios, el juez aceptará o no las preguntas que realicen las partes, y dará a conocer al perito quien preguntará a la

---

<sup>77</sup> Es valiosa la labor de la defensoría pública, pero es difícil establecer si un defensor que no conoce los acontecimientos narrados por su cliente, pueda si quiera establecer un derecho a su favor, cuando justamente lo merezca.

persona que otorga el testimonio, momento en el cual, difícilmente se puede realizar porque como se señaló solo existe el defensor público, quien desconoce de los hechos.

Entonces, si se ha reducido a todo tipo de delitos de naturaleza sexual el testimonio anticipado, bien se podría estar vulnerando el derecho a la defensa, de las personas que tienen que defenderse a la final de la imputación, porque el testimonio grabado quedará para ser tomado en cuenta por los jueces para su decisión, y quedará para su entendimiento lo ocurrido en dicho acto, aunque en la audiencia de juzgamiento pueda decir otros argumentos el procesado, respecto a dicha prueba.

Por tanto, no es el simple ejercicio de la contradicción, que el presunto responsable pueda ejercer los derechos reconocidos en la Constitución, con la sola presencia de la defensoría pública para que se diga que se garantiza la contradicción; sino que sus oposiciones, para convencer al juez de sus aseveraciones, dependen del ejercicio de las pruebas; y, si el testimonio en cámara de Gésell, representa de por sí, un paso adelante para la fiscalía en el ejercicio de su actividad punitiva, (aunque debería buscar la verdad y no simplemente la condena), porque no se interroga directamente a la víctima, pues el testimonio anticipado aún más porque ya nada se podrá hacer en dicha prueba, quedando claro que el imputado ya no podrá realizar preguntas, que seguramente aporten a aclarar el testimonio de la víctima.

Además, tenemos claro que existen dos partes que bien pueden tener versiones distintas, y que es necesario se realicen presiones por las dos partes, que permita al juez no solamente tener la prueba testimonial de la víctima, con apoyo de preguntas realizadas en forma parcializada por la fiscalía general del Estado, sino que se nutra de preguntas realizadas por las dos partes, claro ésta por medio del perito, o peritos que se necesiten para determinar la verdad más aproximada a los hechos, además, sea una prueba testimonial, y no solo pericial, porque en no puede solo intervenir el perito para que de sus acciones se deduzca el valor de la prueba.

### **2.2.3. Valor probatorio y relevancia como medio de prueba en las decisiones judiciales.**

Al respecto se considera que en “...un sistema acusatorio la prueba fundamental es el testimonio...”<sup>78</sup> porque así se introducen evidencias al juicio, y más aún el testimonio de la víctima, en delitos de violación, cuando no han existido testigos, en consecuencia, se constituye en la prueba fundamental para la determinación de la responsabilidad de una persona, con actos sancionados por el derecho penal.

En tal virtud, si se realiza el testimonio de forma anticipada, sin que exista la contradicción real por parte del acusado, en el momento mismo de la diligencia, para que en la grabación queden plasmada la consistencia o dubitación por parte de quien declara respecto a los hechos acontecidos, y que tienen que ser contados por ambas partes; produce que esta prueba quede totalmente efectuada a favor de la Fiscalía, quien únicamente vela por los derechos de las presuntas víctimas (y digo presuntas porque en la investigación no se ha corroborado aún la verdad de los hechos relatados), en razón que se desconocen los hechos relatados por la otra persona, a contra quien la Fiscalía persigue la imputación de un delito.

Adicionalmente, con este acto, de receptar un testimonio anticipado que por lo general no va a volver a ser repetido en ninguna etapa procesal, a menos que el juez requiera lo contrario, la persona a quien la fiscalía impute un delito, no podrá realizar ninguna pregunta a la presunta víctima, (claro por medio de los mecanismos para el efecto), por tanto quedarán plasmadas las aseveraciones de la víctima, sin controvertir.

De esta manera, constituyéndose el testimonio de la víctima la más fuerte de las pruebas que llevará a la condena de una persona, no se puede en búsqueda de la celeridad excesiva, realizarla siempre de forma anticipada.

El valor probatorio para los jueces, así como su relevancia como medio de prueba, es de dimensiones enormes, porque es el complemento que determinará la responsabilidad de una persona, en este caso en el delito de violación, porque conforme se ha reiterado, permitirá establecer el nexo causal, entre los hechos con la responsabilidad, en razón que para la existencia del delito de violación existirán pruebas médico legales que lo determinen, que muy seguramente establezcan pruebas físicas o

---

<sup>78</sup> Carlos Roberto Solórzano Garavito, *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*. (Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2005), 42.

químicas de aquello, y el testimonio de la víctima inculpará directamente al presunto autor o autora del hecho; y peor aún, cuando de las pruebas físicas no se esclarezcan los hechos, la prueba testimonial será la más fuerte de todas, por no decir la única, por lo que no puede ser concebible, que en vez de ser la prueba anticipada de carácter excepcional, ahora se pretenda hacerla de carácter general, teniendo entonces siempre la ausencia del sospechoso, para poder contradecirla, y más aún bajo políticas establecidas por la autoridad administrativa de la función judicial, por medio de un procedimiento que puede vulnerar garantías.

Sin embargo, es correcta la recepción del testimonio de la víctima en cámara de Gésell, pero bajo una mejor aplicación y ejercicio de la utilización de los medios tecnológicos, pero es mejor que con el conocimiento pleno, por parte de quien defenderá a la parte que el fiscal pretende otorgar la imputación de un delito, es decir con conocimiento de los acontecimientos contados por su defendido, y así se pueda realizar las preguntas adecuadas para esclarecer los hechos.

Ahora bien, con esta novedosa técnica para receptar testimonios, el resultado es un proceso más célere, pero si no es aplicada de forma correcta, y más aún, durante una fase penal, que muy seguramente no es la correcta para la recepción del testimonio de la víctima, el sospechoso, al no poder contradecir la prueba fundamental, cuando existan dudas, y con este acto, de forma pronta se pretenda determinar la culpabilidad de una persona, se convierte en una prueba obtenida de forma parcializada; y en todos los procesos, es necesario que los jueces, puedan tener pruebas que les otorguen la certeza de la culpabilidad en el hecho delictivo de una persona, porque este tipo de prueba, otorga una certeza ficticia, porque únicamente se establece un testimonio otorgado sin ningún tipo de contradicción,

Esto, a la final es el deseo de quien persigue la vindicta pública, la Fiscalía, además en casos que la víctima señale que la persona a quien la fiscalía señala como culpable no lo es, y la fiscalía aun así con este testimonio, pretenda señalar que la persona si es la culpable, sino que la está encubriendo, es por ello la importancia de esta prueba, porque con el testimonio en que la víctima señala como culpable o no, a quien la fiscalía pretende imputar el cometimiento de un delito, igualmente se iniciarán cargos por la Fiscalía, entonces se está utilizando a esta prueba como fundamental para determinar la culpabilidad o no por parte de una persona, por parte de la Fiscalía General del Estado.

Por último, la finalidad desde el punto de vista de la Fiscalía para la recepción de anticipada de testimonios, en primer lugar sería que la víctima posteriormente no se retracte de los hechos que se imputan, o que no cuente la verdad de los hechos, porque en el devenir del proceso, podrían existir presiones o acuerdos entre las partes, que lleven a que la víctima señale que quien la Fiscalía imputa un delito, no lo es. Entonces el testimonio anticipado llevará al aseguramiento de la sanción al presumible culpable. Situación que al ser presunta, también puede llevar a la sanción a quien no fue el culpable de los hechos, sino a quien se quiere culpar de un delito que no cometió, que sería también la segunda situación que puede ocasionar.

Sin embargo, no se puede justificar la vulneración del derecho a la defensa por el aseguramiento de la pena en contra del presumible culpable.

Ahora bien, existen otros medios probatorios para determinar la culpabilidad de una persona en delito de violación, y uno de los más fuertes es el médico legal, en el cual pueden encontrarse fluidos y determinar exactamente la persona culpable, entonces existen varios escenarios.

En consecuencia, la utilización del testimonio urgente tomado en cámara de Gésell, en delitos de violación, protege los derechos de la víctima, pero atenta contra el derecho a la defensa y contradicción de la prueba que debe ejercer el presunto responsable, porque no se otorga un derecho a la contradicción real a la prueba, e inclusive el derecho a la publicidad se vulnera, porque únicamente la fiscalía y de existir, el acusador particular tiene acceso al proceso, ya que el mismo se encuentra en la investigación fiscal; adicionando a este punto, que solamente mediante un protocolo se ha regulado el proceso en cámara de Gésell, por tanto este tipo de testimonios, aún en cámara de Gésell deberían ser practicados en la etapa de juicio, cuando el procesado puede ejercer su real y hasta efectiva defensa, es por estas determinaciones, que causa alarma que se pretenda utilizar este tipo de testimonio para todos los delitos penales.

## Conclusiones

1. El testimonio anticipado o urgente, receptado en la cámara de Géssel permite que la víctima no sea revictimizada en la obtención de la prueba por parte de la Fiscalía y la defensa del presunto responsable.

2. El testimonio anticipado o urgente, mediante la implementación de la cámara de Géssel, tiene un procedimiento excepcional no establecido en la ley penal, sino en un protocolo, inobservando el principio de legalidad en materia penal.

3. Es innegable que debe evitarse el enfrentamiento de la víctima con su presunto agresor, por tanto, la presencia física del agresor no es necesaria en la recepción del testimonio anticipado o urgente tomado en la cámara de Géssel, pero esto no quiere decir que estos testimonios deban realizarse cuando no se cuenta con la identidad de la persona que puede contradecir el testimonio, por tanto no existe una contradicción real de la prueba testimonial, cuando en la indagación previa llamada ahora investigación, se pretenda realizar un testimonio de este tipo.

4. La contradicción de la prueba testimonial es fundamental en el desarrollo de un proceso oral, porque únicamente esto permite que los jueces visualicen duda o convicción en los hechos relatados por la persona que emite su testimonio de los hechos, por tanto no constituye un ejercicio real del derecho de contradicción replicar una prueba que ya se encuentra grabada en un audio video.

5. La utilización de los testimonios agentes o anticipados en cámara de Géssel no pueden ser utilizados de forma generalizada para la recepción de la prueba testimonial en todos los delitos, en razón que es de naturaleza excepcional.

6. En el caso de testimonios de niños, niñas o adolescentes, víctimas del delito de violación, prima el interés superior del niño sobre los demás derechos, por ello, la ley puede establecer testimonios anticipados, y demás pruebas que pueden conculcar de cierto modo el derecho a la defensa del procesado, pero en un ejercicio de ponderación, siempre primará el derecho de los menores.

7. Existe entonces un conflicto entre derechos, por un lado los derechos de la víctima y por otro los derechos de los presuntos responsables, y posteriormente de los procesados, que por la protección constitucional prioritaria a las víctimas de delitos sexuales, va a existir prioridad para la protección de los derechos de las víctima. .

8. La prioridad para la protección de las víctimas de delitos sexuales, no otorga carta abierta para que los juzgadores y entes administrativos de justicia, puedan inobservar procedimientos establecidos por el legislador y no aplicar normativa legislativa.

## **Recomendaciones**

1. Los testimonios anticipados deben ser excepcionales en todos los casos en la persecución de los delitos, y por tanto la Fiscalía no puede hacer uso común de este, en todos los casos penales en la investigación, porque así no lo ha establecido la normativa.
2. Normar de conformidad con la realidad ecuatoriana, el procedimiento para el uso de la cámara de Gésell, observando el principio de legalidad e igualdad, en el proceso penal.
3. El Estado debe proteger los derechos de las víctimas y de los presuntos responsables de forma igualitaria, otorgándoles el derecho a acudir a la justicia, y el derecho a la defensa, recordando que el sistema penal en Ecuador es acusatorio adversarial, garantizando el principio de igualdad procesal.
4. Las estadísticas por el uso de diferentes medios probatorios, así como el cometimiento, y sanción de distintas clases de delitos, deberían estar publicadas en la página electrónico y otros medios públicos del Consejo de la Judicatura, para que los habitantes del Ecuador, conozcan de forma general su utilización, así como si estos estándares aumentan o disminuyen.



## Bibliografía

- Alsina, Hugo. *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Tomo I, 1963.
- Ávila Santamaría, Ramiro. “El Principio de Legalidad vs. El Principio de Proporcionalidad”, en la obra *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ed. Miguel Carbonell. Ecuador: 2008.
- Bonilla Maldonado, Daniel. *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*. Bogotá: 2009.
- Bovino, Alberto. *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del puerto, 2005.
- Carbonell, Miguel. *No admitamos las pruebas ilícitas*. Publicado en El mundo del abogado, número 115, México: noviembre de 2008.
- Carnelutti, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Traducción de la quinta edición italiana por Sentis Melendo, Santiago. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, Vol. 1.
- Caruso Fontán, María Viviana. *Nuevas perspectivas sobre los delitos contra la libertad sexual*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.
- Colombia. Corte Constitucional. Sentencia T-274-12. Expediente D 2972159 Bogotá: 11, abril, 2012.
- Constitución de la República de Ecuador. [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional, Registro oficial N.º 449 del 20 de octubre del 2008.
- Constitución Política de la República del Ecuador [1998] [Quito]: Asamblea Nacional, Registro Oficial N.º 1 del 11 de agosto de 1998.
- Convención sobre los derechos del niño. Naciones Unidas, consulta 27 de septiembre de 2015, en: «<http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>».
- Couture, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: 4ta. Ed, 2007.
- Devis Echandía, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial*. Buenos Aires, anota y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, editores Rubinzal-Culzoni, Tomo II, 2007.
- Devis Echandía, Hernando. *Nociones General de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis S.A., 2009.

- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la prueba judicial*. Buenos Aires. Ed. Victor P. de Zabalía, Tomo I, 1976.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General del Proceso. Aplicable a toda clase de procesos*. Buenos Aires: Tercera Edición, 1997.
- Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro oficial suplemento N.º 180, 10 de febrero del 2014.
- Ecuador. Código Civil, CC. Registro oficial suplemento N.º 46, 24 de junio del 2005.
- Ecuador. Código de Procedimiento Penal, CPP. Derogado. Registro oficial suplemento N.º 360, 13 de enero del 2000.
- Ecuador. Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia. Registro oficial N.º 737, 03 de enero del 2003.
- Fairén Guillén, Víctor. *Teoría general del derecho procesal*. México: Primera Ed., 1992.
- Fenech, Miguel. *Derecho Penal*. Barcelona: Ed. Labor, 1952.
- Figura <http://www.integridadpolitica.com.ar/index.php/integridad-politica/item/364-camara-gesell-para-casos-con-victimas-menores-de-edad>
- Gómez Colomer, Juan Luis. *El sistema de enjuiciamiento penal propio de un estado de derecho*. México: Primera Ed., 2008.
- López Barja de Quiroga, Jacobo. *Instituciones de derecho procesal penal*. Argentina: Ediciones Jurídicas de Cuyo. 2001.
- Lucero, Inés. *El testimonio de los niños en el proceso penal*. Buenos Aires: editorial ad hoc, 2011.
- Observatorio de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Estado de los derechos de la niñez y adolescencia en el Ecuador, 1990-2011.
- Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo. *Fundamentos del sistema acusatorio en el enjuiciamiento penal*. Colombia: Editorial Temis. Bogotá, 2005.
- Plascencia Villanueva, Raúl. “Los medios de prueba en materia penal”. Revista jurídica. Boletín mexicano de derecho comparado N.º83, nueva serie año XXVIII. Universidad Autónoma de México. (Mayo-Agosto 1995): 715.
- Salgado García, Edgar. Revista Costarricense de Psicología. Ene–Dic. 2012, vol. 31. 1-2. Versión electrónica, en: [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)».

- Solórzano Garavito, Carlos Roberto. *Sistema Acusatorio y Técnicas del Juicio Oral*. Colombia: Ediciones Nueva Jurídica, 2005.
- Valdés, Caridad del Carmen. “Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos ¿configuración armónica o lucha de contrarios?”. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México. Año VI, N.º 29, enero –junio 2012.
- Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Colombia: Segunda Ed. Actualizada, 2006.
- Villanueva Flores, Rocío. “Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. Revista IIDH N.º 43. Enero a Junio del 2003.
- Viñuelas Limarquez, María. *La víctima. Estatuto y mecanismos de protección*. En. XXXII Jornadas de estudio de la abogacía. El nuevo código penal. España: Edita Ministerio de Justicia. 2010.
- Zanetta, Mariela. La cámara gesell en la investigación de delitos sexuales. Universidad Católica de Córdoba, tomado en septiembre de 2015, en: «<http://www.revistapersona.com.ar/Persona55/55Zanetta.htm>».

**Anexo 1**  
**Protocolo para el uso de la cámara de Gésell**

## RESOLUCIÓN 117-2014

### EL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA

#### CONSIDERANDO:

- Que,** el artículo 178 dispone de la Constitución de la República del Ecuador: *“El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.”;*
- Que,** el numeral 1 del artículo 3 de la Constitución de la República del Ecuador señala: *“1. Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales (...).”;*
- Que,** los numerales 3 y 9 del artículo 11 de la Constitución de la República del Ecuador, contempla: *“3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte; (...); 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.”;*
- Que,** el artículo el 78 de la Constitución de la República del Ecuador, dictamina: *“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.”;*
- Que,** los numerales 1, 3 y 5 del artículo 181 de la Constitución de la República del Ecuador determinan: *“Serán funciones del Consejo de la Judicatura además de las que determine la ley: 1. Definir y ejecutar las políticas para el mejoramiento y modernización del sistema judicial (...); 3. Dirigir los procesos de selección de jueces y demás servidores de la Función Judicial, así como, su evaluación, ascensos y sanción. Todos los procesos serán públicos y las decisiones motivadas (...); y, 5) Velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial.”;*

- Que,** el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina: *“Protección Judicial.- 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención.”;*
- Que,** la Constitución de la República del Ecuador, los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por el Estado ecuatoriano, en materia de Derechos Humanos, reconocen y garantizan los derechos de una persona que ha sido víctima de un delito, la misma que deberá ser considerada y tratada en su integridad dentro del proceso penal;
- Que,** el artículo 3 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: *“Con el fin de garantizar el acceso a la justicia, el debido proceso, la independencia judicial y los demás principios establecidos en la Constitución y este Código, dentro de los grandes lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo, los órganos de la Función Judicial, en el ámbito de sus competencias, deberán formular políticas administrativas que transformen la Función Judicial para brindar un servicio de calidad de acuerdo a las necesidades de las usuarias y usuarios; políticas económicas que permitan la gestión del presupuesto con el fin de optimizar los recursos de que se dispone y la planificación y programación oportuna de las inversiones en infraestructura física y operacional; políticas de recursos humanos que consoliden la carrera judicial, fiscal y de defensoría pública, fortalezcan la Escuela de la Función Judicial, y erradiquen la corrupción.”;*
- Que,** el numeral 10 del artículo 264 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que, al Pleno del Consejo de la Judicatura le corresponde: *“10. Expedir, modificar, derogar e interpretar obligatoriamente el Código de Ética de la Función Judicial, el Estatuto Orgánico Administrativo de la Función Judicial, los reglamentos, manuales, instructivos o resoluciones de régimen interno, con sujeción a la Constitución y la ley, para la organización, funcionamiento, responsabilidades, control y régimen disciplinario; particularmente para velar por la transparencia y eficiencia de la Función Judicial...”;*
- Que,** es indispensable que la víctima encuentre las condiciones adecuadas para el tratamiento técnico-jurídico de su caso y se sienta motivada a denunciar el cometimiento de un delito, para contar con información que aporte a la valoración de la prueba dentro del proceso penal y permita sustanciar y hacer efectiva la tutela de los derechos de la víctima;

**Que,** se ha implementado la Cámara de Gesell en las Unidades Judiciales con el fin de prevenir la victimización, revictimización, proteger y asistir a las víctimas, y tratarlas con humanidad y respeto a su dignidad; por lo que es indispensable, regular su uso y funcionamiento con sujeción al debido proceso y a las normas procesales;

**Que,** el Pleno del Consejo de la Judicatura conoció el Memorando CJ-DG-2014-5053, de 11 de julio de 2014, suscrito por la economista ANDREA BRAVO MOGRO, Directora General del Consejo de la Judicatura, quien remite el Memorando CJ-DNJ-2014-1448, suscrito por el doctor ESTEBAN ZAVALA PALACIOS, Director Nacional de Asesoría Jurídica, que contiene el proyecto de resolución del *"Protocolo para el Uso de la Cámara Gesell"*; y,

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, por unanimidad,

#### **RESUELVE:**

#### **EXPEDIR EL PROTOCOLO PARA EL USO DE LA CÁMARA DE GESELL**

**Artículo Único.-** Expedir el: *"Protocolo para el uso de la Cámara de Gesell"*, que se encuentra en el anexo, que forma parte de esta resolución.

#### **DISPOSICIONES GENERALES**

**PRIMERA.-** Todas las personas que participen en una diligencia bajo el uso de la Cámara de Gesell, deberán guardar reserva absoluta de la información que obtengan, la transgresión de esta disposición, dará lugar a acciones disciplinarias, civiles o penales.

**SEGUNDA.-** En todo lo no previsto en este protocolo y que fuera aplicable, se estará a lo dispuesto en el Código Orgánico de la Función Judicial; y, subsidiariamente a lo dispuesto en el Código Orgánico Integral Penal.

**TERCERA.-** Las normas de este protocolo serán aplicables a todos los órganos jurisdiccionales que dispongan de la instalación de la Cámara de Gesell.

#### **DISPOSICIONES FINALES**

**PRIMERA.-** La ejecución y el cumplimiento de este protocolo, se encargará en el ámbito de sus competencias a la Dirección General, la Escuela de la Función Judicial, la Dirección Nacional de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's), la Dirección Nacional de Talento Humano, Dirección

7

Nacional de Innovación, Desarrollo y Mejora Continua del Servicio Judicial y las Direcciones Provinciales del Consejo de la Judicatura.

**SEGUNDA.-** Esta resolución entrará en vigencia a partir de la fecha de su aprobación, sin perjuicio de su publicación en el registro oficial.

Dado en el Distrito Metropolitano de Quito, en la sala de sesiones del Consejo de la Judicatura, a los quince días del mes de julio del año dos mil catorce.



GUSTAVO JALKH RÖBEN  
Presidente



Dr. ANDRÉS SEGOVIA SALCEDO  
Secretario General

**CERTIFICO:** que el Pleno del Consejo de la Judicatura aprobó esta resolución a los quince días del mes de julio de dos mil catorce.



Dr. ANDRÉS SEGOVIA SALCEDO  
Secretario General



## ANEXO

### PROTOCOLO PARA EL USO DE LA CÁMARA DE GESELL

#### 1. GENERALIDADES

- **Objeto.**

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

- **Ámbito de aplicación.**

Las normas previstas en este Protocolo, se aplicarán en todos los procesos judiciales, cuya práctica de diligencias, requieran del uso de la Cámara de Gesell.

- **Principios.**

Las diligencias que requieran el uso de la Cámara de Gesell, se realizarán con sujeción a los principios de intermediación, celeridad, confidencialidad; y, principios y reglas del debido proceso.

- **Requisitos para el uso de la Cámara de Gesell.**

- ✓ Consentimiento de las personas que harán uso de la Cámara de Gesell, respecto a ser observadas y grabadas al mismo tiempo, así como deberán ser debidamente informadas sobre la diligencia que se efectuará, diez o quince minutos antes de iniciarla.
- ✓ Las personas que son observadas deberán conocer los propósitos y usos de la información que están proporcionando y contar con la garantía de confidencialidad y protección integral.
- ✓ Las diligencias que se practiquen en la Cámara de Gesell deberán ser específicas, programadas y estructuradas con antelación y previsión.

- **Conformación de la Cámara de Gesell.**

La Cámara de Gesell está conformada por dos habitaciones, claramente definidas y estructuralmente separadas con un vidrio-espejo unidireccional que constituyen dos áreas:

1

- ✓ **Área de entrevista.-** Es el área para ubicar a las personas que van a ser observadas, sobre quienes se realizarán, las diligencias de intervención e investigación que sean necesarias, así como el personal experto correspondiente.

En los casos que sea estrictamente necesario, se permitirá la presencia de una tercera persona que facilite la comunicación (traductor/ intérprete) y/o de una o un acompañante de confianza, bajo los criterios de la no revictimización.

- ✓ **Área de observación o reconocimiento.-** Es el lugar donde se ubican las personas que observarán y presenciarán las diligencias que se lleven a cabo en el área de entrevista, sin ser vistas, y donde se graban estas diligencias a través de un equipo de video grabación.

- **Usos de la Cámara de Gesell.**

- ✓ Sala de Testimonios.

En la sala de testimonios se realizarán diligencias tales como: testimonios de la víctima, evaluaciones psicológicas del procesado, declaraciones testimoniales, entrevistas, denuncias y otras diligencias en que su uso se justifique y que la autoridad competente lo determine.

- ✓ Sala de identificación o reconocimiento del procesado.

En esta sala se identificará y reconocerá al procesado.

- **Normas generales.**

Normas para el uso de la Cámara de Gesell:

- ✓ Ingreso solo de personas autorizadas.
- ✓ En ambas áreas, no se podrá hacer uso de cualquier aparato electrónico que ocasione interferencias con los equipos tecnológicos de la Cámara de Gesell.
- ✓ Se prohíbe el ingreso de comidas y bebidas, a excepción de necesidades urgentes que tenga la víctima.
- ✓ Se prohíbe el ingreso de armas de fuego u objetos corto punzantes.
- ✓ Una vez comenzada la diligencia, ninguna persona, podrán salir hasta culminar la misma, para evitar interrupciones e ingreso de luz que haga

visibles a las personas que se encuentran dentro del área de observación o reconocimiento.

- ✓ Las preguntas deberán formularse, de manera ordenada, una a la vez, y deberán ser calificadas por la autoridad competente, para evitar confusiones y discusiones, cuidando siempre el bienestar psicológico de la persona sobre quien recaiga la diligencia, de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador y la ley.
- ✓ No se formularán preguntas lesivas, impertinentes, capciosas, sugestivas y tendientes a revictimizar, conforme lo determinado en la Constitución de la República del Ecuador y la ley.
- ✓ El responsable de la Unidad de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC'S), deberá permanecer desde el inicio hasta el final de las diligencias que se lleven a cabo en la Cámara de Gesell.
- ✓ Se podrá solicitar el diferimiento de la diligencia justificadamente con 48 horas de anticipación.
- ✓ Las diligencias programadas no podrán suspenderse, a menos que sea por caso fortuito o fuerza mayor, debidamente justificado o solicitado por la jueza o el juez; y se señalará nuevo día y hora.
- ✓ Cuando de manera simultánea, la Cámara de Gesell es solicitada para dos diligencias, tendrá prioridad aquella que se trate de víctimas de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, testigos de violencia, víctimas y testigos que su integridad haya sido amenazada en razón de procesos de familia.
- ✓ Se deberá considerar la posibilidad de un equipo de reemplazo (respaldo informático), para originar la sustitución respectiva en caso de falla del equipo principal, a fin de evitar interrupciones al normal desempeño de la diligencia por temas tecnológicos y de falta de previsión.
- ✓ Para toda diligencia, se considerará primero el ingreso de la parte ofendida, luego se procederá a ubicar a las personas en el área respectiva de acuerdo al objeto de la diligencia.
- ✓ Solo la autoridad competente podrá autorizar el ingreso de terceras personas, respetando siempre la confidencialidad de la diligencia.
- ✓ Los relatos obtenidos mediante esta herramienta se los recepta en una sola ocasión y únicamente por disposición de la autoridad competente.

1

- ✓ Las partes procesales que deban intervenir en la diligencia, serán notificadas con la debida anticipación.
- ✓ La interacción de los testigos dentro de las diligencias, no serán grabadas.
- ✓ En caso de tratarse de niñas, niños, adolescentes o personas con discapacidad, estos deberán estar acompañados por su representante legal, curador, funcionario de la DINAPEN o una persona autorizada por la jueza o el juez o el fiscal.
- ✓ Las declaraciones proporcionadas por la víctima deberán grabarse siempre, sin perjuicio del secreto profesional y confidencial entre el perito y la víctima, lo que da lugar a que su testimonio se lo escuche por una sola vez, evitando así la revictimización.

## 2. GESTIÓN ADMINISTRATIVA, TECNOLÓGICA Y MANTENIMIENTO DE LA CÁMARA DE GESELL

### • Atribuciones de la o el Coordinador de la Unidad Judicial.

La Coordinadora o el Coordinador de la Unidad Judicial, como administrador de la Cámara de Gesell, deberá asegurar los servicios de la cámara, cuyo propósito es dar un óptimo uso administrativo, tecnológico, de mantenimiento y seguridad integral de la Unidad Judicial, garantizando recursos para la generación de condiciones adecuadas para su correcto funcionamiento. Entre sus funciones están las siguientes:

- ✓ Coordinar con las unidades correspondientes sobre el mantenimiento, reparación y funcionamiento de los equipos tecnológicos que dispone la Cámara de Gesell.
- ✓ Supervisar el correcto uso y seguridad de los equipos que dispone la Cámara de Gesell.
- ✓ Supervisar que las diligencias señaladas y agendadas dentro del sistema SATJE, se lleven a cabo en el día y hora programados.
- ✓ Realizar un informe trimestral respecto al uso de la Cámara de Gesell, el que deberá presentarse en la Dirección Provincial respectiva del Consejo de la Judicatura.
- ✓ Efectuar las acciones que considere necesarias para optimizar los recursos y el funcionamiento de la Cámara de Gesell.

- ✓ Informar a la Unidad de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's) la fecha y hora de las diligencias que se practicarán en la Cámara de Gesell.
- ✓ Las demás funciones que disponga la Directora o Director Provincial del Consejo de la Judicatura respectivo.
- **Funciones del responsable de la Unidad de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's) o quien se nombre responsable para la diligencia.**
  - ✓ Supervisar la gestión de las diligencias que se lleven a cabo en la Cámara de Gesell.
  - ✓ Administrar la demanda de los servicios tecnológicos de la Cámara de Gesell.
  - ✓ Administrar los activos tecnológicos e informáticos.
- **Funciones del Equipo Técnico.**
  - ✓ Emitir los informes técnicos interdisciplinarios en los casos correspondientes.
  - ✓ Analizar el estado anímico de la persona que será entrevistada o rendirá testimonio o declaración.
  - ✓ Formular todas las preguntas que se le ordena y en el momento que considere adecuado, a excepción de aquellas que considere inoportunas, o que por su impacto, causen cierto retroceso en determinado momento de la diligencia, sin embargo deberán ser reformuladas.
  - ✓ Utilizar un lenguaje adecuado para transmitir las preguntas.
  - ✓ Hacer las pausas que considere necesarias para proteger psicológicamente a la víctima. Estas pausas no podrán prolongarse más del tiempo que determine la autoridad competente.
  - ✓ Dar confianza y seguridad a la víctima, proporcionándole un ambiente cómodo para la construcción del relato, valiéndose de técnicas que considere convenientes para determinar el grado de afectación que provoca alguno de ellos.



### 3. PROCEDIMIENTO PARA EL USO DE LA CÁMARA DE GESELL

Son (3) tres los momentos que se debe tomar en cuenta para la práctica de cualquier diligencia utilizando la Cámara de Gesell:

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

#### 3.1. CÁMARA DE GESELL COMO SALA DE TESTIMONIOS

Al usar la Cámara de Gesell como sala de testimonios, se verifican los siguientes pasos previos:

- ✓ El responsable de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's), deberá prever que las instalaciones estén a disposición del solicitante e interesado a la hora en que la misma fue asignada por disposición de la o el Coordinador de la Unidad Judicial.
- ✓ El responsable de la Unidad de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's) probará y revisará que los equipos de grabación de audio y video que se utilizará para la diligencia; esto es: DVR (donde se guarda grabación), micrófonos, cámaras, monitor o pantalla, monitores de audio e intercomunicadores, se encuentren en pleno funcionamiento.
- ✓ La secretaria o el secretario del proceso judicial correspondiente, se encargará de verificar con los respectivos documentos habilitantes, que se encuentren presentes las personas autorizadas para la diligencia.
- ✓ La secretaria o el secretario, vigilará que al momento del ingreso de las personas autorizadas para el uso de la Cámara de Gesell, no coincidan sobre todo víctima y procesado.
- ✓ La secretaria o el secretario una vez que ubique a las personas autorizadas, procederá a indicar el Protocolo para el uso de la Cámara de Gesell.
- ✓ La psicóloga o psicólogo terapeuta o médico psiquiatra, deberá informar a la víctima, sean estos hombres, mujeres, niñas, niños o adolescentes o ya sea el caso, a la procesada o procesado, sobre la diligencia a practicarse. Al tratarse de niñas, niños, adolescentes o personas con discapacidad ingresarán con el representante legal, curador, funcionario

de la DINAPEN o una persona autorizada por la jueza o el juez o el fiscal.

- **Momento de la diligencia.**

El responsable de la Unidad de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's), tendrá listos los equipos, procederá a grabar y comunicará cualquier deficiencia durante el proceso.

Se contemplará lo siguiente:

- ✓ La jueza o juez da inicio a la práctica de la diligencia.
- ✓ La jueza o juez concede la palabra al fiscal y a la defensora o defensor público de manera ordenada y en el momento correspondiente.
- ✓ Las preguntas que formulen el fiscal o la defensora o el defensor público deberán ser dirigidas a la jueza o juez competente.
- ✓ La jueza o juez dispone la procedencia o no de las preguntas formuladas. En caso de que las preguntas procedan, la jueza o juez mediante el intercomunicador transmitirá las mismas al psicólogo, quien a su vez transmitirá a la víctima.
- ✓ Excepcionalmente de darse el caso, en que la víctima entre en estado de crisis, la psicóloga o el psicólogo podrá solicitar a la jueza o juez suspender la diligencia.
- ✓ La jueza o juez preguntará al fiscal y a la defensora o defensor público si ya no hay más preguntas. En caso de no haberlas, se da por terminada la diligencia y el responsable de la Unidad de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's), suspenderá la grabación, dando aviso de su finalización al psicólogo.
- ✓ Se elabora un acta resumen de la diligencia a cargo de la secretaria o secretario del proceso, igualmente suscrita por la jueza o juez competente.

No está permitido el ingreso de personas ajenas al proceso. En el caso de diligencias con niñas, niños, adolescentes, o personas con discapacidad ingresarán con el representante legal, curador, funcionario de la DINAPEN o una persona autorizada por la jueza o el juez o el fiscal. No se interrumpirá la celebración de una diligencia aunque la misma se extienda, para ello deberá tomarse en cuenta los posibles tiempos intermedios entre las diferentes diligencias programadas en el Sistema Informático de Trámite Judicial (SATJE).

La evaluación psicológica del procesado se realizará conforme al procedimiento señalado para el testimonio de la víctima, excepto que en caso de que la autoridad competente considere necesario, el procesado ingresará al área de entrevista acompañado de la persona encargada de su custodia o una o un policía. Solo las partes y los órganos de la administración de justicia penal, se encuentran habilitados para intervenir de forma indirecta y a través de la psicóloga o psicólogo actuante, durante el desarrollo de testimonios y entrevistas que se realicen para determinado proceso.

### **3.2. CÁMARA DE GESELL COMO SALA DE IDENTIFICACIÓN O RECONOCIMIENTO**

- **Momento previo a la diligencia.**

Antes de iniciar la práctica de determinada diligencia, se realizarán los siguientes pasos previos:

- ✓ La víctima, la jueza o el juez, el fiscal y demás intervinientes autorizados en el proceso judicial, se ubicarán en el área de observación, para que la víctima proceda a reconocer o identificar al procesado.
- ✓ Con la ayuda de la policía se procederá a ubicar en el área de entrevista (habitación observada) a mínimo diez (10) personas con similares características físicas que el procesado, a fin de que permita la comparación e identificación por parte de la víctima, a los procesados se los llamará "modelos".
- ✓ Los "modelos", incluido el procesado, serán ubicados en orden, con la vista en frente al vidrio unidireccional. Estos estarán acompañados por la o el policía que custodia al procesado.
- ✓ Una vez ubicadas las personas se iniciará la práctica de la diligencia.

- **Momento de la diligencia.**

Cuando a través de la Cámara de Gesell se lleve a cabo una diligencia de reconocimiento a cargo de testigos, de una persona que se encuentra como presunta responsable de la comisión de un delito, necesariamente debe estar presente el abogado/a defensor del procesado.

- ✓ Se requieren mínimo diez (10), "modelos" voluntarios con similares características físicas del procesado, los cuales deberán ubicarse conjuntamente con el procesado en la otra área y llevarán puesta una camiseta del mismo color, portando un número que lo sujetarán en su pecho para ser identificados.



- ✓ La secretaria o secretario, procede a indicar el protocolo a las personas presentes.
- ✓ La jueza o el juez da inicio a la diligencia.
- ✓ La o el policía que custodia al procesado se encarga de manejar la intercomunicación que se lleve a cabo en las dos áreas.
- ✓ La jueza o el juez solicita a los “modelos” que se pongan de frente, de perfil izquierdo, de perfil derecho, para ayudar a la víctima en la identificación o reconocimiento.
- ✓ La jueza o el juez solicita a la víctima que reconozca a su agresor, señalando en voz alta el número de la persona a la cual identificó.
- ✓ Una vez dicho el número del modelo, la jueza o juez, solicitará a la o el policía que la persona que lleve el número señalado diga sus nombres y apellidos, a través del intercomunicador para que las autoridades lo escuchen.
- ✓ Para confirmar la identificación realizada los modelos y el procesado saldrán de la sala, se procederá a cambiar los números y se hará un nuevo ejercicio de identificación.
- ✓ Una vez identificado, por segunda vez, la jueza o el juez da por terminada la diligencia.
- ✓ La jueza o el juez, ordena la salida de los modelos y el procesado, este último al ser identificado es llevado por la o el policía a la zona de aseguramiento.
- ✓ La identificación o reconocimiento del procesado puede realizarse con un testigo o varios. La diligencia se la lleva a cabo de la misma forma como se realiza con la víctima; pero, en caso de que se presenten varios testigos, deberán pasar al área de observación uno a la vez.
- ✓ Durante la práctica de la diligencia y a efectos de evitar distracción de la víctima o del procesado, las personas que ingresaron a la cámara, deberán permanecer en esta durante todo su desarrollo, en los casos en que se necesite abrir las puertas, se implementarán las medidas necesarias para evitar la visibilidad en el área de la víctima, en la Cámara de Gesell.

### 3.3. MOMENTO POSTERIOR A LAS DILIGENCIAS

- **De las grabaciones.**

- ✓ El responsable de la Unidad de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC's), deberá traspasar las grabaciones a un medio magnético y entregarlas a los responsables de las diligencias, sobre el mismo archivo hará dos copias en CD u otro medio tecnológico; la una será entregada a la Fiscalía y la otra copia será destinada a los archivos de la Unidad Judicial respectiva.
- ✓ Lo señalado tiene por objeto crear una cadena de custodia y asegurar todas las precauciones técnicas para proteger la información y el registro efectuado, así como preservarlo ante una eventual pérdida o destrucción de los medios magnéticos.
- ✓ El material grabado será accesible a las partes pero dentro de los recintos judiciales, no podrá ser reproducido y entregado para proteger la imagen de las víctimas.

- **De la transcripción del audio.**

No es necesario efectuar la transcripción del contenido de audio, en consideración del principio de la oralidad, conforme a las siguientes normas:

- ✓ Numeral 6 del artículo 168 de la Constitución de la República del Ecuador;
- ✓ Artículo 26 del Código Orgánico de la Función Judicial, que contempla los principios de buena fe, y lealtad procesal;
- ✓ Resolución 176-2013, de 7 de noviembre de 2013, la cual contiene "*las Normas y Regulaciones para la Implementación del Acta Resumen para Audiencias en los Procesos Judiciales*";
- ✓ Si bien el artículo 120 del Código de Procedimiento Penal exige que el testimonio debe ser reducido por escrito, no obstante el principio de supremacía constitucional, de eficacia y de respuesta a la tutela, deja claro la integridad que tiene el registro magnético de audio y video como pieza procesal.
- ✓ Por otro lado el Fiscal puede activar la facultad prevista en el artículo 156 del Código de Procedimiento Penal y solicitar que el Tribunal observe y escuche el testimonio, considerando la calidad de la información y la certeza objetiva de un registro en audio y video, versus la lectura posiblemente mal efectuada de un testimonio.

- ✓ Las partes procesales podrán solicitar la reproducción de la grabación, previa autorización del tribunal o jueces de garantías penales, ante quienes se realizó la diligencia utilizando la Cámara de Gesell.

RAZÓN: Siento por tal que el anexo que antecede es parte integrante de la Resolución 117-2014 expedida por el Pleno del Consejo de la Judicatura a los quince días del mes de julio de 2014.



Dr. ANDRÉS SEGOVIA SALCEDO  
Secretario General del Consejo de la Judicatura

