

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

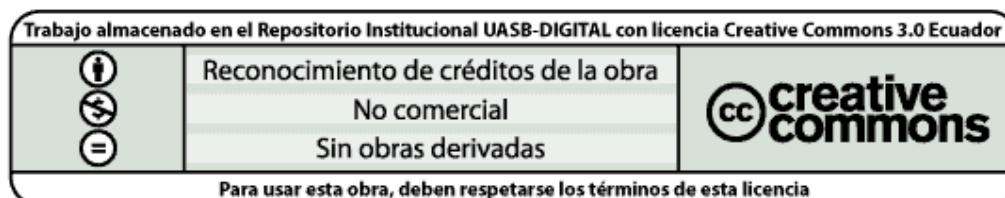
Programa de Maestría en Derecho

Mención Derecho Constitucional

El derecho constitucional a la no re-victimización de las mujeres víctimas de violencia sexual durante la fase de obtención de la prueba en el proceso penal

Ruth Karina Moscoso Parra

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis/monografía

Yo, Ruth Karina Moscoso Parra autora de la tesis titulada “El derecho constitucional a la no re-victimización de las mujeres víctimas de violencia sexual durante la fase de obtención de la prueba en el proceso penal” 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 mención Derecho Constitucional 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 autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

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

Quito, octubre del 2016



Ruth Karina Moscoso Parra

Autor

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención Derecho Constitucional

**El derecho constitucional a la no re-victimización de las mujeres víctimas de
violencia sexual durante la fase de obtención de la prueba en el proceso penal**

Autora

Ab. Ruth Karina Moscoso Parra

Tutora

Dra. Paola Vivanco Murillo MGS.

Machala, 2016

Resumen

Con la modificación sustancial impuesta por la Constitución del 20 de octubre de 2008, el Estado abandona su antigua forma legislativa, y con ello, asume una nueva lógica en la interacción normativa, principalmente porque las normas constitucionales abandonan su carácter político y adquieren la función de normas de reconocimiento, para el establecimiento de la validez y la eficacia de las actuaciones del poder público. Como parte del viraje constitucionalmente propuesto, los derechos subjetivos reconocidos en la Constitución dejan las categorizaciones generacionales y se unifican bajo un mismo nivel jerárquico: la supremacía constitucional.

En este marco, se establecen una serie de obligaciones en favor de las víctimas de delitos, y entre ellos, aquellas que han sufrido algún tipo de violencia sexual, quienes al ejercer la acción jurisdiccional correspondiente son otra vez victimizadas, pero esta vez, por el aparato estatal a través de sus funcionarios y representantes. La re-victimización se pone de manifiesto en la aplicación de procedimientos inadecuados por parte de quienes materializan el sistema judicial, llegando incluso a evidenciarse en los propios organismos de protección de víctimas.

Al existir espacios vacíos en la normatividad, es imprescindible el desarrollo de normas especiales para la atención eficaz a las víctimas de delitos sexuales, a fin que se evite su re-victimización. Al efecto, con fundamento en la doctrina de igualdad de género, protección a la mujer y la normatividad del derecho constitucional a la no re-victimización de las mujeres víctimas de violencia sexual, se revisará la experiencia concreta de un usuario de la administración de justicia, para el desarrollo teórico de nuevas garantías especiales para la víctima en el juzgamiento de los delitos de violencia sexual que eviten su victimización procesal, particularmente en la obtención de la prueba.

Dedicatoria

A mis tiernos hijos Mía Isabella y Víctor Mateo, por ser mi inspiración, mi vida, mis amores eternos.

A mis maravillosos padres y hermanas, por estar conmigo cuando más los he necesitado.

A mí amado esposo por ser mi mejor amigo, mi compañero de vida, porque su optimismo y apoyo me impulsa a seguir adelante.

A mi querida suegra, por los días y horas que hizo de madre.

Agradecimiento

A Dios, por llenar mi vida de amor y alegrías.

Al personal docente del área de derecho de la UASB por compartir sus conocimientos y experiencias.

Especialmente agradezco a mi tutora la Dra. Paola Vivanco por su asesoría siempre dispuesta, por quien guardo alta admiración.

Gracias infinitas a mis amigos Diego y José, a mis amigas Andrea, Stephanie y Lucy, su ayuda y cariño han sido una gran motivación.

Tabla de contenido

Introducción

Introducción	9
Acerca del Derecho a la no re-victimización	12
1.1. La diferencia de género en el Constitucionalismo moderno: La dignidad humana como condición previa de la tutela jurídica de la víctima	12
1.2. Origen y normatividad del derecho a la no re-victimización	20
1.3. Definición y alcance del derecho a la no re-victimización	32
1.4. Acerca de la no re-victimización de las víctimas de violencia sexual	36
1.5. Obligaciones estatales con las víctimas de violencia sexual	39
1.6. Instituciones involucradas en la protección de víctimas de violencia sexual... 45	
1.7. Conclusiones parciales	46
La re-victimización en el procedimiento penal ecuatoriano	48
2.1. La protección de la víctima de violencia sexual en el procedimiento penal 48	
2.2. Obtención y valoración de las pruebas en los delitos de violencia sexual	64
2.3. Conclusiones parciales	74
La evitable re-victimización de la niña YBVL y la formulación de garantías especiales para la obtención probatoria en violencia sexual	76
3.1. Introducción y justificación del análisis de caso	76
3.2. Circunstancias fácticas relevantes del caso en análisis	78
3.3. Circunstancias jurídicas relevantes del caso en análisis..... 79	
3.4. Testimonio de la madre de la menor	80
3.5. Testimonio del médico legista..... 81	
3.6. Testimonio del perito social	82
3.7. Testimonio del perito psicológico	82
3.8. Testimonio de la menor YBVL	83
3.9. Deficiencias evitables: análisis crítico del caso. 85	
3.10. Introducción a la formulación de garantías especiales para la obtención probatoria en violencia sexual	86
3.11. Las vías para la reivindicación de la víctima femenina en la obtención probatoria..... 87	
3.12. Conclusiones parciales	91
3.13. Conclusiones finales..... 92	

Bibliografía

Anexos

- A.1. Sentencia del Tribunal de Garantías Penales: Juicio Penal Nro. 066-PTGPEO-2014
- B.1. Sentencia de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de El Oro: JUICIO No. 0066-2014-SP
- C.1. Protocolo para peritajes forenses VIF-delitos sexuales y lesiones cuando la vida de la víctima no corre riesgo por las lesiones

El derecho constitucional a la no re-victimización de las mujeres víctimas de violencia sexual durante la fase de obtención de la prueba en el proceso penal

Introducción

La violencia sexual ha sido una constante en la historia del ser humano y es parte de una herencia histórica y cultural en la distribución de los roles sexuales y reproductivos asignados a hombres y mujeres. El saber antropológico no ha establecido orígenes concretos para este fenómeno, pero, si ofrece algunas pistas sobre las relaciones entre hombre y mujer durante la Pre-historia y la Edad Antigua.

Durante las primeras formas sociales en el paleolítico, cuando el ser humano se organizaba en comunidades para la caza de animales y la recolección de recursos agrícolas y forestales, la mujer ocupaba un sitio principal en la arquitectura social, ya que era compañera en las actividades de supervivencia y germen de la vida, es decir, no operaba una división del trabajo profunda entre hombres y mujeres. Por ello, la capacidad reproductiva de la mujer, produjo sistemas matriarcales que privilegiaban el derecho materno.

Sin embargo, en la sedentarización productiva acaecida durante la revolución del neolítico, se generó un cambio radical en la organización social: el hombre empezó a dominar físicamente a la mujer, e inclusive, le asignó roles eminentemente domésticos y reproductivos. Este proceso, que debe entenderse en términos dialécticos y dispersos a lo largo de las nacientes comunidades sedentarias, fue el germen de la diferencia de género, que acompañada por la esclavitud y la propiedad privada, fueron la base social necesaria para las diferencias entre los seres humanos en el acceso y aprovechamiento del capital, el poder y la satisfacción del deseo.

En este punto, la atención de las instituciones normativas como la Religión, la Moral y el Derecho se decantó hacia los intereses de los hombres, propietarios, adultos y heterosexuales dominantes en una comunidad determinada, dejando la autodeterminación sexual y reproductiva de la mujer enterrada bajo el velo del sometimiento social, el hogar, la función reproductiva y la mitificación del deseo sexual femenino y la punición infamante de la infidelidad de la mujer.

En este marco, la sexualidad femenina y la violencia ejercida en contra de ella ha sido un tema relegado dentro de la Ciencia del Derecho, ya que era tratado como si

fuera cualquier otro delito de resultado, y que en épocas pre-modernas, era inclusive signo deshonoroso para la mujer. Sobre esto, cabe aclarar que la desatención a la mujer-víctima en la formulación de las instituciones procesales, proviene de una doble vertiente. Por una parte, debemos considerar el reciente ascenso del saber victimológico, y por otra parte, el tratamiento desigual que ha recibido la apropiación del cuerpo por parte de la mujer, a lo largo de la historia.

La violencia sexual a la mujer, pese a recaer en un ser humano culturalmente diferenciado a lo largo de la historia, y sin considerar su afectación directa al equilibrio emocional, ha sido procesalmente equiparado a las demás formas criminosas.

En efecto, cuando las acciones probatorias tendencialmente reconstructivas de la conducta reprochable se realizan, indefectiblemente generan en la víctima, en tanto participante directo, un recordatorio del daño sufrido, una vuelta al pasado, es decir, una re-victimización practicada por el instrumento social que teóricamente debe reparar el daño sufrido. A todo ello, surge el debate sobre la confluencia del principio de inviolabilidad de la defensa del procesado y el derecho a la no re-victimización de la víctima en la construcción de la verdad procesal. Pese a las interpretaciones y ponderaciones posibles, la cuestión es: ¿Qué ocurre cuando los instrumentos probatorios tendencialmente reconstructivos del hecho son administrados como hostigamiento procesal por la defensa del procesado o negligencia institucional en contra de la víctima?

En este escenario, el constitucionalismo moderno y la perspectiva de género han confluído desde la segunda mitad del siglo XX para organizar una profunda discusión sobre la cuestión de la violencia sexual en contra de la mujer y la victimización que suponen los tradicionales instrumentos probatorios en el sistema procesal penal; lo cual, ha generado el interés de la comunidad intelectual en estudiar este fenómeno histórico-jurídico y ofrecer soluciones viables a la re-victimización procesal de la mujer agredida sexualmente.

Actualmente existe una amplia positivización de los derechos de la mujer, en la convencionalidad, la constitucionalidad y la legalidad. Sin embargo, como denuncian los estudios de género, las instituciones jurídicas aún siguen siendo pensadas desde el enfoque masculino, por lo cual, aún existen espacios para la arbitrariedad debido a la aparente neutralidad de las normas y prácticas procesales, pese a que la mujer ha sido construida culturalmente como un género estereotipado y condicionado por usos y normas sociales inaplicables a la masculinidad.

Al efecto, para abordar éste fenómeno en forma fructífera, debe considerarse que la desigualdad en razón del género es un fenómeno culturalmente latente, e inclusive legitimado por el discurso jurídico dominante, Debido a ello, el presente estudio emplea la metodología jurídico-descriptiva y analítico-sintética, que fundadas en la observación documental, delinean el estado actual de la normatividad para la comprensión y proscripción de la re-victimización en el caso específico de la violencia sexual. Dichos métodos se aplican en el marco de una comprensión histórico-dialéctica de las relaciones entre los sexos biológicos y bajo una perspectiva de género.

Así mismo, se realiza el análisis jurídico-proyectivo de un caso concreto ocurrido en la Provincia de El Oro, en que la aplicación de las formas institucionales actuales bridó el contexto suficiente para la ejecución de actos de violencia sexual en contra de una víctima mujer y menor de edad, que precisamente, acudió a la institucionalidad porque ya venía siendo víctima de violencia sexual. Este paradigmático caso permite la formulación de recomendaciones para la reducción progresiva de los espacios para la arbitrariedad institucional en materia de victimización.

Pese a que la Constitución de 2008 y el Código Orgánico Integral Penal son, a todas luces, un gran avance en materia de garantías de los derechos de la víctima y la mujer, la cuestión es si las garantías procesales existentes en la actualidad son suficientes, cuando de obtener la prueba se trata.

Si tomamos en cuenta la inevitable perfectibilidad del discurso legal y el carácter evolutivo y dinámico del Derecho, resulta lógico concluir que lejos de estar resuelta la vulnerabilidad de la mujer frente a la violencia sexual, resulta esencial la intensificación del debate académico y la construcción intelectual de nuevas formas, mecanismos y puentes para la intangibilidad de la mujer/víctima de la violencia sexual, toda vez que, como veremos en las próximas páginas, el contexto patriarcal que rodea la vivencia de la sexualidad femenina y los limitados recursos del Estado hacen impensable la extinción del fenómeno como tal.

Acerca del Derecho a la no re-victimización

1.1. La diferencia de género en el Constitucionalismo moderno: La dignidad humana como condición previa de la tutela jurídica de la víctima

Las relaciones de dominación y explotación que suceden al interior de la división social del trabajo y las construcciones culturales acaecidas en el *ethos*¹, son el germen de los aparatos ideológicos reproductivos y coercitivos que aseguran la continuidad de una cosmovisión y un discurso social, en beneficio de una clase o de un grupo socialmente identificable. Sobre esto, Althusser refiere que “la reproducción de la calificación de la fuerza de trabajo se asegura en y bajo las formas de sometimiento ideológico, con lo que reconocemos la presencia eficaz de una nueva realidad: la ideología [...]”².

La división social del trabajo, no es un hecho relegado a la relación *fuerza-inteligencia*, sino que también obedece a la dominación y explotación ejercida sobre la mujer en el marco del trabajo doméstico, la maternidad y la satisfacción sexual.

Alrededor del año 10.000 A.N.E., se produjo una modificación radical en la forma de subsistir en el hacer humano, y que ha sido denominado la *revolución del neolítico*, el cual, es entendido como un “proceso de cambios desde una economía basada en la caza de los animales salvajes y en la recolección de los vegetales silvestres hacia una economía agrícola y ganadera”³, lo cual, implicó entre otras cosas, la aparición de la propiedad privada sobre la tierra y la especialización del trabajo. En este punto histórico, pese a los desacuerdos entre la convergencia del *epipaleolítico* y el *neolítico*⁴, esto es, la relación entre el mundo salvaje y la naciente civilización,

¹ Real Academia de la Lengua Española. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Madrid: Espasa, 2001: Ethos: Del gr. ἦθος êthos 'costumbre', 'carácter'. Conjunto de rasgos y modos de comportamiento que conforman el carácter o la identidad de una persona o una comunidad.

² Althusser, Louis. Ideología y aparatos ideológicos del Estado: Freud y Lacan. Buenos Aires: Nueva Visión Argentina, 2005: 10

³ Martí Oliver, Bermat. El Neolítico en I. Barandiarán – B. Martí Oliver – M.^a A. del Rincón – J.L. Maya, Prehistoria de la Península Ibérica, Barcelona, Editorial Ariel, 1998: 121

⁴ Sobre la artificialidad y prejuicio alrededor de éste debate, HERNANDO refiere: “[...] Por eso, creo, es tan difícil derrumbar ese umbral entre cazadores-recolectores y agricultores, entre Epipaleolítico y Neolítico, que quizá nunca existiera en la realidad según va demostrando la evidencia arqueológica, pero que sigue existiendo en nuestras mentes como parte de la construcción de una identidad que nos da sentido. Es más: no sólo necesitamos mantener el lado "civilizado" del umbral, creer que la agricultura y la domesticación dan inicio a un nuevo modo de vida que hace distintos a sus practicantes,

resulta evidente que el cese del nomadismo hacia un sedentarismo productivo hizo necesaria una redistribución de los roles sociales entre hombres y mujeres, que culminó con la desaparición sistemática de los modelos matriarcales hacia la dominación y explotación por la fuerza física a la mujer, mediante una monogamia que castigaba con crueldad la infidelidad femenina y consentía la poligamia formal e informal masculina.

Engels, en el estudio del origen de la familia, la sociedad y el Estado, refiere en cuanto a la transición a la civilización durante los tiempos coetáneos y posteriores al neolítico, lo siguiente:

[...] la domesticación de los animales y la cría de ganado habían abierto manantiales de riqueza desconocidos hasta entonces, creando relaciones sociales enteramente nuevas. [...] Convertidas todas estas riquezas en propiedad particular de las familias, y aumentadas después rápidamente, asestaron un duro golpe a la sociedad fundada en el matrimonio sindiásmico y en la gens basada en el matriarcado. El matrimonio sindiásmico había introducido en la familia un elemento nuevo. Junto a la verdadera madre había puesto el verdadero padre [...] El derrocamiento del derecho materno fue la gran derrota histórica del sexo femenino en todo el mundo. El hombre empuñó también las riendas en la casa; la mujer se vio degradada, convertida en la servidora, en la esclava de la lujuria del hombre, en un simple instrumento de reproducción. Esta baja condición de la mujer, que se manifiesta sobre todo entre los griegos de los tiempos heroicos, y más aún en los de los tiempos clásicos, ha sido gradualmente retocada, disimulada y, en ciertos sitios, hasta revestida de formas más suaves, pero no, ni mucho menos, abolida. [...] En tiempos de Gayo la "familia, id es patrimonium" (es decir, herencia), se transmitía aun por testamento. Esta expresión la inventaron los romanos para designar un nuevo organismo social, cuyo jefe tenía bajo su poder a la mujer, a los hijos y a cierto número de esclavos, con la patria potestad romana y el derecho de vida y muerte sobre todos ellos. La palabra no es, pues, más antigua que el férreo sistema de familia de las tribus latinas, que nació al introducirse la agricultura y la esclavitud legal y después de la escisión entre los itálicos arios y los griegos. Y añade Marx: La familia moderna contiene en germen, no sólo la esclavitud, sino también la servidumbre, y desde el comienzo mismo guarda relación con las cargas en la agricultura. Encierra, in miniature, todos los antagonismos que se desarrollan más adelante en la sociedad y en su Estado [...]⁵

En concreto, la mujer, otrora compañera de supervivencia del hombre, fue desplazada de las acciones instrumentadas de conservación, y con ello, la categorización biológica de los seres humanos en razón del sexo, transita hacia el

sino que necesitamos también mantener el lado "salvaje", definir a un "otro" por oposición al cual concretar lo que significa ser civilizado. Y este "otro" está representado por los cazadores-recolectores del Epipaleolítico. HERNANDO GONZALO, Almudena. «El neolítico como clave de la identidad moderna: la difícil interpretación de los cambios y desarrollos regionales.» II Congr s del Neolítico a la Pen sula Ibérica, 1999: 583-588.

⁵ Engels, Friedrich. El origen de la familia, la sociedad y el Estado. Madrid: Alianza Editorial, 2008: 91

género como construcción histórico-cultural que estructura los arquetipos del pensamiento individual y social, así como, las conductas cotidianas entre personas diferenciadas por su orientación y/o práctica sexual, esto, mediante la atribución de roles, estereotipos, símbolos, prejuicios morales, proyectos biográficos y conductas socialmente exigibles a un sexo y otro. Por ello, Al respecto Simone de Beauvoir, citada por Linda Mc Dowell, señala: “No nacemos mujeres, nos hacemos mujeres. No existe ningún destino biológico, psicológico o económico que determine el papel que un ser humano desempeña en la sociedad; lo que produce ese ser indeterminado, entre el hombre y el eunuco, que se considera femenino es la civilización en su conjunto [...]”⁶.

La proyección cultural de la biología de la sexualidad como justificativo de un orden social que acomodaticamente trata a hombres y mujeres en forma discriminatoria al interior del Derecho Privado, pero, formalmente igual en el Derecho Público, en franca conveniencia de los roles instituidos, hace necesaria la deconstrucción del fenómeno procesal *-que es objeto del presente estudio-* mediante el enfoque de género. En efecto, es a través de éste enfoque como resulta visible la artificialidad del género y sus consecuencias prácticas, y en tal sentido, por qué existen discriminaciones negativas para la mujer justificadas desde la normatividad, y por qué junto a este discurso coexiste una igualdad superficial que desconoce la situación de discrimen y desventaja en la que vive la mujer en las diferentes instituciones sociales, frente a la supuesta neutralidad del saber social gestado desde el pensamiento patriarcal⁷. Evidentemente, el enfoque de género, permite la revisión crítica de la multiplicidad de identidades sexuales, pero en el presente documento, con miras al caso paradigmático que es objeto de análisis, el enfoque se orientará a la situación de la mujer frente a la práctica probatoria en los casos de violencia sexual.

Bajo el enfoque de género se revela que desde el género y la esclavitud, la sociedad patriarcal de propietarios se construyó en base al aprovechamiento de la diferencia, como la raza, la etnia, la propiedad sobre el capital, la religión, las costumbres, etc., esto, en el marco de la división del trabajo y la acumulación de la riqueza y los privilegios sociales en manos de un grupo de individuos, generalmente,

⁶ Mc Dowell, Linda. Género, identidad y lugar: Un estudio de las geografías feministas. Valencia: Universidad de Valencia, 2000: 29

⁷ Unidad de Igualdad de Género SCJN. Protocolo para juzgar con perspectiva de género. México D.F.: Soluciones Creativas Integra, 2013: 66

hombres adultos, heterosexuales, propietarios y religiosamente correctos en su comunidad. El Derecho, entonces, se revela como un aparato ideológico que expresa la singularidad histórica en el ejercicio del poder socio-económico de una sociedad, justificando lo que ya se ha decidido por la fuerza.

En este punto argumentativo es necesario indicar que el desarrollo del Estado es correlativo al desarrollo del Derecho. Es así, que en una clasificación reduccionista, pero útil a los objetivos del presente documento, es posible reconocer tres momentos políticos y tres formas ideológicas subyacentes para la justificación del poder: (i) El Estado Absoluto, (ii) El Estado Legislativo y (iii) El Estado Constitucional. A través de estos periodos históricos, el Derecho modificó evolutivamente sus formas de validez y eficacia, y con ello, la sustancia legitimadora de los discursos políticos, religiosos y morales.

Así, en el Estado Absoluto, propio de las formas monárquicas y dictatoriales, el nivel de legitimidad se hallaba en la autoridad misma, es decir, en que la normatividad provenga de un gobernante o funcionario competente.

Luego, en el Estado legislativo, propio de las nacientes repúblicas en la Edad Moderna, el ejercicio del poder evoluciona hacia la ley, la cual, es un producto parlamentario proveniente de la voluntad popular, según la ficción de la democracia representativa. En este punto, los actos jurídicos legítimos y vinculantes requieren ser expedidos por autoridad competente, y además, cumplir con un procedimiento establecido previamente en la ley. Sobre este momento histórico Zavala Egas refiere que las Constituciones “[...] terminaron siendo meras cartas políticas y los derechos constitucionales sólo tendrían eficacia jurídica en la medida en que la ley los reconociera y con el alcance que les diera...”⁸

En el Estado Constitucional, propio de las democracias posteriores a la Segunda Guerra Mundial que receptaron paulatinamente el paradigma de los Derechos Humanos, el ejercicio del poder evoluciona hacia la norma constitucional, que abandona su carácter programático y adquiere una función normativa primaria en dos sentidos. (i) Sus normas –y *el sistema objetivo de valores proyectado*– operan como tercer de filtro de validez y eficacia de las normas infra-constitucionales (Art. 424 de la Constitución); y, (ii) Sus normas –y *el sistema objetivo de valores proyectado*– se

⁸ Zavala Egas, Jorge. Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación jurídica. Lima: Edilex S.A., 2010: 274

vuelven objetivas, es decir, son plenamente exigibles y aplicables, así la Constitución deja de ser un instrumento sujeto a la interpretación parlamentaria, sino un documento normativo de amplia interpretación y efectividad práctica (Art. 11.3 y 426 de la Constitución). La Corte Constitucional, en la sentencia No. 002-09-SAN-CC, caso 005-08-AN, describe cómo el Ecuador transita definitivamente al paradigma del constitucionalismo mediante la Constitución de 2008, a saber:

[...] Dentro de la ciencia jurídica dominante en el Estado Liberal, el positivismo, el papel del operador jurídico se reducía a un proceso exegético de subsunción o deducción de reglas, el juez era boca de la ley. Bajo ese esquema, el juez estaba sujeto únicamente a la ley, y su función era aplicarla obligatoriamente cualquiera fuese su contenido. En efecto, bajo el paradigma del Estado Liberal, el Parlamento, conformado por la burguesía, era el que ejercía dominio sobre cualquier otra función del Estado, así, vía legal, se restringían derechos, se limitaban garantías, y la Constitución y sus principios (contenido material) pasaban a un segundo plano. Contrario a lo dicho, el artículo 1 de la Constitución de la República (2008) establece una nueva forma o modelo de Estado, profundamente distinto a aquel previsto en la Constitución Política de 1998. [...] El Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Así, el Ecuador, ha adoptado la fórmula del paradigma del Estado Constitucional, que involucra, entre otras cosas, el sometimiento de toda autoridad, función, ley, o acto a la Constitución de la República. El neoconstitucionalismo pretende, entonces, perfeccionar al Estado de derecho sometiendo todo poder (legislador y ejecutivo incluidos) a la Constitución y apelando a la Constitucionalidad y no a la legalidad; vale decir que coloca a la jurisdicción constitucional como garante y última instancia de cualquier materia jurídica a evaluar y decidir vicisitudes de una nueva realidad política, económica y social [...]⁹

Así, el monopolio interpretativo de los derechos fundamentales en manos de las corporaciones políticas trajo como resultado la deshumanización del derecho, bajo el espectro de un positivismo formalista que atendía a los intereses de la clase dominante y justificada por la quimera de la representación democrática. Lo cual, en términos de la Corte Constitucional fue definitivamente transformado con la Constitución de 2008. No es que antes de ello, la influencia de la Constitución y los Derechos Humanos no existiera, sin embargo, es con la nueva carta constitucional cuando el papel de las normas y los valores constitucionales evoluciona hacia la plena exigibilidad procesal y legislativa. En este punto resulta importante distinguir, que sin los derechos humanos, como discurso de posguerra, no hubiera sido posible la nueva ideología constitucional. Gonzáini reflexiona sobre el contenido de los derechos humanos y su desarrollo histórico, lo siguiente:

⁹ Sentencia No. 002-09-SAN-CC, caso 005-08-AN (Corte Constitucional, 2 de abril de 2009)

Los derechos humanos definen una condición obvia: son derechos inherentes al hombre por su sola condición de tal. Por tanto, no requieren positivación alguna, ni concesiones graciosas de la sociedad política. El desarrollo de la vida en sociedad generó su aparición primero como una necesidad para la organización comunitaria (derechos políticos), luego, para dar un orden y disciplina a la convivencia (derechos civiles), después para lograr cierta igualdad y evitar los tratamientos discriminatorios (derechos económicos, sociales y culturales) y así, sucesivamente, fueron apareciendo nuevas preocupaciones (por ejemplo: las guerras mundiales ocurridas en este siglo demuestran la inutilidad de las defensas individuales si no existe asistencia internacional), dando lugar a los que después se llamaron derechos de la tercera generación, derechos de la solidaridad, para culminar en los que demuestran, claramente, el sentir mundial cuya tutela se persigue. Estos son los derechos a la paz, al desarrollo, a la libre determinación de los pueblos, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado y a beneficiarse del patrimonio común de la humanidad, entre los más destacados [...]¹⁰

Los derechos humanos son realidades histórico-culturales que adquieren un papel revolucionario en la teoría jurídica en la segunda mitad del siglo XX, por lo que cabe recalcar que éstos brotan de un concepto radical que reformularía el derecho en sus fundamentos axiológicos: la dignidad humana.

En este sentido, las antiguas nociones de legitimidad del poder político por la autoridad del monarca o la representatividad democrática se ven supeditadas al impero de la dignidad del ser humano, ya que la dignificación del individuo implica no solo “la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo [...]”¹¹. En tal sentido, “no podemos obviar que el reconocimiento jurídico de la dignidad de la persona ha supuesto un salto cuantitativo y cualitativo en la efectividad y respeto de la dignidad humana. El derecho no crea la dignidad de la persona, pero sí asegura su eficacia, garantiza su respeto y posibilita su desarrollo [...]”¹²

En el marco del constitucionalismo moderno, el reconocimiento de la dignidad humana mediante los Derechos Humanos ha producido un repensar del saber criminológico hacia la victimología, y además, ha facilitado la progresión de la lucha de género hacia esferas sociales y culturales antes vedadas. No es que antes de la

¹⁰ Gonzafni, Osvaldo. El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos . México D.F.: Universidad Autónoma de México, 1995: 16

¹¹ Polo, Luis Felipe. Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos. Lima: Grandes Ediciones, 2013: 46

¹² Rebollo, Lucrecio. Protección de la privacidad en Derechos Humanos: temas y problemas. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2010: 23

materialización de los Derechos Humanos no existiera lucha de género, sino que ésta se circunscribía a la lógica liberal del Derecho donde la reclamación se fundaba en la igualdad formal de género sin considerar el sistema cultural en las estructuras sociales generadas al interior del sistema patriarcal.

En la historia encontramos frecuentemente personajes que en su momento lucharon por su autodeterminación como Safo de Lesbos, Hipatía, Juana de Arco, Isabel I de Inglaterra o Lakshmi Bai, sin embargo, es en la Revolución Francesa donde hallamos el germen del movimiento feminista. Como es consabido, en la Francia del siglo XVIII, el pueblo francés generó un movimiento revolucionario violento para transitar de la monarquía hacia una forma republicana de gobierno. El costo humano de éste proceso fue alto para la clase popular, por ello, las mujeres se vieron abocadas a participar de la revolución. Sin embargo, luego de la victoria de la burguesía dirigente, la mujer permaneció desigual en derechos frente al hombre¹³.

Más allá de las diferencias ideológicas sobre la naturaleza y alcance del movimiento feminista, resulta difícilmente evadible una idea capital: desde el neolítico existe fuerte evidencia de que el hombre ha ejercido dominio sobre la mujer en la distribución de los roles sociales, y especialmente en el trabajo, la participación política la reproducción y el disfrute del sexo. Cobo señala sobre este punto, que “El género es a la vez causa y efecto de esa estructura de poder que divide la sociedad en dos partes asimétricas, una de ellas marcada por la subordinación y otra por la

¹³ Sobre la participación de la mujer en la Revolución Francesa, Ana DE MIGUEL refiere: “En la Revolución Francesa veremos aparecer no sólo el fuerte protagonismo de las mujeres en los sucesos revolucionarios, sino la aparición de las más contundentes demandas de igualdad sexual. La convocatoria de los Estados Generales por parte de Luis XVI se constituyó en el prólogo de la revolución. Los tres estados -nobleza, clero y pueblo- se reunieron a redactar sus quejas para presentarlas al rey. Las mujeres quedaron excluidas, y comenzaron a redactar sus propios "cahiers de doléance". Con ellos, las mujeres, que se autodenominaron "el tercer Estado del tercer Estado", mostraron su clara conciencia de colectivo oprimido y del carácter "interestamental" de su opresión. [...] Tres meses después de la toma de la Bastilla, las mujeres parisinas protagonizaron la crucial marcha hacia Versalles, y trasladaron al rey a París, donde le sería más difícil evadir los grandes problemas del pueblo. Como comenta Paule-Marie Duhet, en su obra *Las mujeres y la Revolución*, una vez que las mujeres habían sentado el precedente de iniciar un movimiento popular armado, no iban a cejar en su afán de no ser retiradas de la vida política. Pronto se formaron clubes de mujeres, en los que plasmaron efectivamente su voluntad de participación. Uno de los más importantes y radicales fue el dirigido por Claire Lecombe y Pauline Léon: la *Société Républicaine Révolutionnaire*. [...] Sin embargo, pronto se comprobó que una cosa era que la República agradeciese y condecorase a las mujeres por los servicios prestados y otra que estuviera dispuesta a reconocerles otra función de que la de madres y esposas (de los ciudadanos). En consecuencia, fue desestimada la petición de Condorcet de que la nueva República educase igualmente a las mujeres y los varones, y la misma suerte corrió uno de los mejores alegatos feministas de la época, su escrito de 1790 *Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía*". De Miguel, Ana. «Los feminismos a través de la historia: Feminismo Moderno.» *Mujeres en Red*. 01 de 2007. <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1310> (último acceso: 15 de 02 de 2016).

dominación, una con exceso de recursos y otra con déficit de los mismos, una con sobrecarga de derechos y otra con un déficit significativo de los mismos”¹⁴

Por ello, ya en el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX se forja una lucha de género que apuntaba a la igualdad de derechos políticos, civiles y económicos que se expresó principalmente en el movimiento sufragista y laboralista, sin embargo, no es sino luego del surgimiento de los derechos humanos, y con ello, la idea de la dignidad humana, en que el movimiento feminista avanza hacia el reconocimiento de la diferencia arraigada en las estructuras sociales por obra de la cultura patriarcal. Esta nueva etapa está marcada por una agudización del movimiento feminista y una expansión de las demandas de igualdad material y las acciones afirmativas, es decir, el Derecho es repensado como un instrumento más de la dominación patriarcal, y por ende, debe ser revisado profundamente, a fin de generar cambios sustanciales que efectivicen los derechos de las mujeres, no solo en el plano formal, sino en términos de equidad y reconocimiento de la diferencia. Sobre esto, Márquez y Benavides señalan:

Más allá de estas críticas de tipo filosófico, diferentes autoras se han preocupado por la práctica del derecho y la forma como cotidianamente éste ve y trata a las mujeres. La abundante producción de trabajos en ese sentido hace que se hable de una feminista jurisprudencia o jurisprudencia feminista, que parte esencialmente del estudio de la amplia gama de reformas legislativas que responden a las demandas políticas del movimiento. El motivo de este esplendor en la producción jurídica de las feministas, sobre todo en el ámbito anglosajón, se atribuye al desencanto de muchos sectores que, luego de ver satisfechas sus reivindicaciones con un mejorado tratamiento legal, se encuentran con que la situación de las mujeres no se modifican sustancialmente y que, además, el efecto de la reforma es, ilimitado o decididamente inadecuado o paradójico frente a los objetivos propuestos inicialmente y no se descarta tampoco que estos cambios jurídicos pueden conducir incluso a que se legitimen prácticas de marginación social antes que a alcanzar una emancipación en el estado capitalista contemporáneo, tal como lo han denunciado otros movimientos que han querido darle una dimensión liberatoria al derecho [...] ¹⁵

En este marco de reivindicaciones sociales al interior de la lucha ideológica por la cuestión de género y la revaloración técnico-jurídica sobre la situación de la víctima en el marco de la naciente victimología¹⁶, surge la profundidad conceptual del derecho

¹⁴ Cobo, Rosa. *Sociología Crítica y Teoría Feminista*. La Coruña: Universidad de la Coruña, 2008: 8

¹⁵ Márquez, Erika, y Benavides Farid. *Disciplina y Control en el Derecho Penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2000: 167

¹⁶ Cuarezma Terán, Sergio. «La Victimología.» En *Estudios Básicos de Derechos Humanos*, Tomo V, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996: 295 – 317: “La Victimología es una ciencia joven, sobre la cual se asientan los pilares de un nuevo sistema de justicia, capaz de reordenar y equilibrar el orden social. Va afianzándose como un campo de investigación científico que se encarga

a la no re-victimización aplicada a las mujeres víctimas de violencia sexual. Si bien el derecho a la no re-victimización tiene antecedentes históricos en una victimología relativamente ajena a la cuestión de género, es innegable que el enfoque de la doctrina de protección a la mujer genera espacios de debate sobre las diferencias en el tratamiento procesal penal de hombres y mujeres, particularmente en el ámbito probatorio.

1.2. Origen y normatividad del derecho a la no re-victimización

Fácticamente, la víctima es una persona de cualquier sexo que ha sufrido una lesión ilegítima en sus bienes jurídicos tutelados. En tal sentido, es una persona que ha sufrido la desprotección del sistema de seguridad pública, debido a la imposibilidad física de la vigilancia y cuidado total por parte del aparato estatal.

A la víctima le corresponde, entonces, el derecho de acción, como expresión concreta de la tutela judicial efectiva, que opera como marco de referencia, imponiendo un conjunto de obligaciones a la administración estatal para la protección eficaz de las personas que habitan el territorio bajo su control.

En este sentido, el primer fundamento del derecho a la no re-victimización lo hallamos en la tutela judicial efectiva, y posteriormente en expectativas jurídicas mucho más concretas como la igualdad material, la no-discriminación, la reparación integral, la protección afirmativa contra toda forma de violencia, y la tutela a la víctima de la infracción. Debido al objetivo de la presente investigación, la normatividad sobre la que se erige el derecho a la no re-victimización se circunscribirá hacia los derechos que corresponden a la mujer que es víctima de abuso sexual, ya que el enfoque de género explicado en líneas anteriores, otorga matices particulares a nivel convencional y constitucional, a saber:

del estudio de las víctimas en general, impulsando durante los últimos años un proceso de revisión científica del rol de la víctima en el suceso criminal; una redefinición del mismo a la luz de los conocimientos empíricos, el protagonismo, neutralización y redescubrimiento, son lemas que nos reflejan su desarrollo. La década de los setenta es, sin duda, el período de consolidación de la Victimología como una disciplina científica. En este sentido, la celebración del I Simposio Internacional de Victimología (Jerusalén, 1973) al cual muy pronto siguieron otros, atrajo la atención de especialistas de distintas procedencias y, sobre todo, permitió un reconocimiento internacional para la Victimología”.

1.2.1. Convencionalidad del derecho a la no-revictimización

A nivel convencional, específicamente en la Declaración Universal de derechos Humanos, hallamos varios derechos fuertemente vinculados para la protección de la víctima de violencia sexual. Primero, tenemos la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes, que según la positividad convencional, no se limita al procesado, por lo que es plenamente exigible en favor de la víctima; y luego, la tutela propiamente dicha, es decir, el acceso a un recurso efectivo para la defensa de los derechos: Artículo 5: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. [...] Artículo 8: Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley¹⁷.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sigue la línea de la Declaración Universal de Derechos Humanos y establece la prohibición de tratos crueles y degradantes, así como, la tutela judicial efectiva, a saber:

Artículo 2: 1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. [...] 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. [...] Artículo 3: Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto. Artículo 7: Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos [...] ¹⁸.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, además de los derechos previamente reconocidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos avanza hacia el

¹⁷ Asamblea General O.N.U. «Declaración Universal de los Derechos Humanos.» Resolución 217 A (III). 1948.

¹⁸ Asamblea General O.N.U. «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.» Resolución 2200 A (XXI). 1966.

reconocimiento del derecho a la integridad personal en sus múltiples formas: física, psíquica y moral, así como, el derecho a la dignidad. Estos dos derechos conjuntamente con la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes, pone en relieve la posibilidad que el aparato estatal, a través del sistema procesal, vulnere derechos humanos cuando sus mecanismos probatorios re-victimicen a la víctima de violencia sexual, toda vez que, la mujer/víctima no puede ser materialmente equiparada al hombre adulto en la afectación sufrida y el modo de abordar emocionalmente el daño causado. Al efecto, la convención refiere:

Artículo 5. Derecho a la Integridad Personal: 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; 2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. [...] Artículo 11. Protección de la Honra y de la Dignidad: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. [...] Artículo 24. Igualdad ante la Ley: Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley. [...] Artículo 25. 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, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso[...]¹⁹.

En este punto histórico, y al amparo del ascenso de la victimología, surge el primer instrumento internacional que habla directamente sobre la protección a la víctima del delito y de los abusos del poder público, y con ello, materializando positivamente la tutela efectiva que corresponde a la víctima frente a la violencia que inevitablemente ejerce el sistema procesal para la búsqueda de la verdad histórica: La Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder. Aquí, se establece la idea de quién es víctima hasta llegar a formular la idea de que no solo los individuos de la sociedad civil pueden ejercer violencia, sino que también los agentes que actúan al amparo de una potestad estatal, y sin que de ello queden exentos quienes se encuentran vinculados a la administración de justicia. Sobre este documento resulta imperioso rescatar:

¹⁹ Asamblea General O.E.A. «Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).» Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). 1969.

[...] *Las víctimas de delitos*: 1. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder. 2. Podrá considerarse "víctima" a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión "víctima" se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas que hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. *Acceso a la justicia y trato justo*: 4. Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional. [...] 6. Se facilitará la adecuación de los procedimientos judiciales y administrativos a las necesidades de las víctimas: [...] c) Prestando asistencia apropiada a las víctimas durante todo el proceso judicial; d) Adoptando medidas para minimizar las molestias causadas a las víctimas, proteger su intimidad, en caso necesario, y garantizar su seguridad, así como la de sus familiares y la de los testigos en su favor, contra todo acto de intimidación y represalia. *Las víctimas del abuso de poder*: 18. Se entenderá por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a los derechos humanos. 19. Los Estados considerarán la posibilidad de incorporar a la legislación nacional normas que proscriban los abusos de poder y proporcionen remedios a las víctimas de esos abusos. En particular, esos remedios incluirán el resarcimiento y la indemnización, así como la asistencia y el apoyo materiales, médicos, psicológicos y sociales necesarios [...] ²⁰.

Como se dijo anteriormente, esta declaración trae a la esfera internacional la concepción de la víctima como producto histórico y sujeto de protección convencional. Esta noción se aplica no solo entre las relaciones particulares entre ciudadanos de la sociedad civil y al margen del poder público, sino que además reconoce que, si bien la conducta de un agente del Estado puede no ser delito, eso no quiere decir que la violencia ejercida en el ámbito público en cualquier dimensión de la integridad personal no constituya una lesión a los derechos humanos.

En esta parte, resulta innegable la convergencia de varios derechos humanos aparentemente independientes como la igualdad material, el principio de no-discriminación, la dignidad humana, la intimidad, la prohibición de tratos crueles y

²⁰ Asamblea General O.N.U. «Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.» resolución 40/34. 29 de noviembre de 1985.

degradantes y la tutela judicial, para formar normas de derechos humanos más complejas vinculados a la actividad procesal y la protección de las víctimas.

Luego, en la década de los 90 surge La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará, la cual, además de reconocer los derechos ya desarrollados en líneas anteriores, tiene a su haber el desarrollo de conceptos esenciales en materia de protección judicial de la mujer, ya que define en forma vinculante el significado de la violencia en contra de su persona y establece la múltiples posibilidades donde dicha violencia puede ocurrir, de ésta forma vincula y limita la acción de la familia, la sociedad y el Estado en favor de la dignidad de la mujer.

En esta línea de ideas, resulta particularmente relevante el establecimiento de dos conceptos trascendentes en materia de re-victimización: (i) La debida diligencia, entendida como la eficiencia en la gestión de recursos y esfuerzos para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, inclusive en el campo legislativo; y, (ii) La reparación integral, entendida como el conjunto de mecanismos procesales para el aseguramiento del acceso efectivo a un resarcimiento, reparación y compensación del daño causado a la mujer mediante actos de violencia y discriminación. Al efecto, este instrumento señala:

Artículo 1: Para los efectos de esta Convención debe entenderse por violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. [...] Artículo 2: Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a. que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b. que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y c. que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra. [...] Artículo 3: Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. Artículo 4: Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: [...] b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; [...] e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; [...] g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos; Artículo 7: Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente: [...] b. actuar con la debida diligencia para prevenir,

investigar y sancionar la violencia contra la mujer; c. incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso; [...] g. establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces[...]”²¹.

Los instrumentos internacionales de Derechos Humanos además de servir como referencias normativas para el desarrollo de la legislación interna, poseen además la calidad de normas objetivas aplicables directa e inmediatamente por y ante cualquier autoridad, funcionario y servidor, por mandato del Art. 11.3 y 426 de la Constitución. En tal sentido, las normas convencionales de derechos humanos, debido a su amplitud semántica pueden y deben ser vinculadas con la normativa nacional, tanto de rango constitucional como infra-constitucional, ya que lo esencial en el nuevo modelo constitucional es la vigencia del principio de dignidad humana, que en el caso que nos ocupa, debe verificarse en el tratamiento procesal de la víctima y el acceso a la justicia que ésta aspira legítimamente. Así, la materialización del derecho a la no revictimización puede provenir de otras fuentes como los precedentes judiciales y la jurisprudencia, ya que “[...] los jueces ecuatorianos deberán realizar una sobre interpretación o interpretación extensiva de las normas constitucionales y de las normas infra-constitucionales que tengan incidencia en los Derechos Humanos, de cara a realizar interpretaciones garantistas que se adapten a los cambios constantes de la vida social y política”²².

En esta línea de ideas, cabe resaltar que desde finales del siglo XX se han producido varios esfuerzos internacionales por brindar un marco institucional e ideológico mínimo para la protección de la víctima, particularmente, aquella que se encuentra en situación de vulnerabilidad, como es el caso de la mujer que ha sido sometida a violencia sexual. Luego de la influencia de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará y la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, resulta especialmente importante recoger las Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos, surgidas al interior de la

²¹ Asamblea General O.E.A. «Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.» Convención de Belém do Pará. Belém Do Pará, 9 de junio de 1994.

²² Cárdenas Zambonino, Álvaro. Interpretación Constitucional. Quito: Cevallos editora jurídica, 2011:56

Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, formulan a través de un conjunto de recomendaciones legislativas y procesales específicas una redimensión de la problemática al interior del proceso sobre el acceso a la justicia y la protección a la víctima, en este sentido cabe considerar:

[...] 5. El rol de la víctima durante el proceso: A los efectos que aquí se contemplan, se entiende por proceso el conjunto actuaciones que se desarrollan desde que llega la noticia del hecho que define a la víctima como tal hasta que se terminan de ejecutar las consecuencias jurídicas del eventual delito. Se comprenden por tanto, las fases de investigación, enjuiciamiento y ejecución. La víctima tiene derecho a vivir el ciclo del proceso en un clima sin presión para que pueda ejercitar los derechos que surgen de la nueva situación, responder adecuadamente a sus obligaciones para la mejor administración de justicia y para que no se produzca un proceso de re-victimización que entorpezca la recuperación. El estatuto de la víctima durante el proceso se concreta en los siguientes postulados: a. Tiene derecho a ser oída y a participar en la fase de investigación, proporcionando pruebas e informando de las consecuencias del delito en términos respetuosos con su dignidad e intimidad. Debe extremarse el cuidado para que la víctima no coincida con el agresor cuando ambos se encuentren en cualesquiera dependencias a la espera de la práctica de cualquier actuación. La investigación no debe alterar la seguridad de la víctima y a lo largo de la misma debe valorarse la posible práctica de actuaciones de prueba anticipada para que, con garantía para todas las partes, se evite que el proceso, en su desarrollo, se convierta en causa de victimización secundaria o suponga un factor de presión sobre la víctima que le pueda llevar a abandonar el libre ejercicio de sus derechos. La víctima tiene derecho a ser informada del curso de la investigación en términos que no entorpezcan la eficacia y fin de la misma. Con independencia del sistema vigente en cada Estado, no debe descartarse la posibilidad de que la víctima tenga vías para aportar nuevos medios de conocimiento. [...] f.- La existencia de sistemas procesales diversos hace que en este momento no se puedan predicar de una manera uniforme principios comunes para abordar la intervención de la víctima en el momento mismo del juicio. Allí donde tal intervención se dé, ésta, acatando las garantías procesales de todas las partes, se llevará a cabo de forma respetuosa con la víctima para evitar consecuencias victimizantes o que tal momento provoque que la misma pueda incluso abdicar de sus derechos para evitar la presión del momento [...]²³.

Conforme se puede observar, el desarrollo de directrices y recomendaciones normativas en materia de protección a víctimas y testigos es un producto de reciente data y en permanente construcción a razón de varios factores, entre los que resalta la divergencia y los matices del sistema procesal propio de las naciones occidentales, y especialmente, latinoamericanas. Sin embargo, de éste esfuerzo internacional, se desprenden algunas recomendaciones clave para proscribir en la práctica procesal la violencia directa o indirectamente ejercida por los agentes del Estado, que hipotéticamente deben remediar el daño causado a la víctima y protegerla de las

²³ Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. «Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos.» Resolución s/n de la XVI Asamblea General Ordinaria sobre protección de víctimas y testigos. Santiago de Chile, Junio de 2008.

consecuencias materiales y culturales del delito; esto, por cuanto la violencia, entendida como cualquier acto o procedimiento cuyo efecto es la disminución o anulación de la dignidad e integridad de la persona, no es un hecho aislado a la agresión física o emocional entre ciudadanos particulares, sino la forma en la que se realiza la voluntad piramidal sobre los seres humanos y se controla el pensamiento y la conducta, mediante la imposición de roles y retribuciones culturalmente aceptadas.

En el caso de la mujer, la violencia es un fenómeno sistémico, ya que conforme ha sido abonado en líneas anteriores, la violencia a la mujer es co-originaria al surgimiento de la familia moderna, producto de la necesidad de dominación y anulación de la autonomía de la mujer en la administración de su voluntad y su cuerpo. Dicho esto, se deduce que las acciones violentas están dispersas tanto en la intimidad del fuero familiar como en la vida en comunidad, e inclusive son aceptadas culturalmente, en función de la desigualdad de género, es decir, son parte aparentemente inocua del sistema e imaginario social.

Tomando como referencia la evolución del Estado Absoluto hacia las formas modernas del liberalismo, el control del hombre sobre la mujer, mutó desde la libre arbitrariedad del padre sobre la mujer y la prole, hacia una igualdad formal de género, que hipotéticamente brinda una situación de equilibrio entre hombres y mujeres; empero, esta igualdad formal está asentada sobre una división entre lo público y lo privado. En este marco, Judith Salgado refiere:

Uno de los principales aportes del feminismo ha sido cuestionar la tajante separación de la esfera de lo público y lo privado en la conformación de los estados modernos; así, ha demostrado, de una parte, que se trata de una división ficticia pues en la práctica estos espacios se encuentran interconectados: esto evidencia que en la esfera de lo privado se ejercen relaciones de poder/dominación que han subordinado de manera particular a las mujeres. Asumir que los espacios privados como la familia, las relaciones de pareja, no estaban atravesadas por relaciones de poder sino que eran los espacios del ejercicio de la libertad, que no debía ser perturbada por el Estado trajo como corolario el que se consideren irrelevantes políticamente hablando. Esta es otra ficción ideológica más. De hecho la violencia intrafamiliar, una de las formas más sistemáticas de violación de los derechos humanos de las mujeres, permaneció hasta hace una década en el silencio, la impunidad y la completa desprotección, por considerarse un asunto privado irrelevante políticamente [...]²⁴

Es decir, pese a que la intersubjetividad entre hombres y mujeres da lugar a la familia y se vincula a las relaciones de producción, se emplea la ficción de la

²⁴ Salgado, Judith. La reapropiación del cuerpo: Derechos Sexuales en el Ecuador. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Editorial Abya Yala, Corporación Editora Nacional, 2008 86

disociación entre la regulación jurídica pública y privada, como justificativo para desatender la situación discriminada y desventaja que vive cotidianamente la mujer al interior del hogar y en sus relaciones de carácter civil, por el simple hecho de biológicamente poseer sexo femenino, bajo el velo de la igualdad formal en lo público.

El carácter complejo de la violencia a la mujer en el marco de la ficción privada de la regulación estatal, se ve profundizado por la desigualdad material de la que es víctima por efecto de la atribución de roles al interior del género. Dado que la mujer es influenciada a temprana edad por estereotipos conductuales diferenciados, particularmente en relación al cuerpo y la interacción con jerarquías masculinas y que provienen de los aparatos ideológicos reproductores del pensamiento social, tales como la educación, la religión y la moral pública, es evidente que no hace frente a la conflictividad social o procesal en la misma forma que un hombre. En este sentido, se observa que en la ficción del ámbito público la idea de la igualdad formal se erige como justificativo de acciones emanadas desde el Estado, que siendo neutras, desconocen la discriminación y la situación inequitativa en que las mujeres desarrollan su proyecto biográfico, así, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer refiere:

Los Estados partes deberán asegurar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer. Se entiende por discriminación directa contra la mujer la que supone un trato diferente fundado explícitamente en las diferencias de sexo y género. La discriminación indirecta contra la mujer tiene lugar cuando una ley, una política, un programa o una práctica parece ser neutra por cuanto se refiere tanto a los hombres como a las mujeres, pero en la práctica tiene un efecto discriminatorio contra la mujer porque las desigualdades preexistentes no se han tenido en cuenta en la medida aparentemente neutra. Además, la discriminación indirecta puede exacerbar las desigualdades existentes por la falta de reconocimiento de los patrones estructurales e históricos de discriminación y el desequilibrio de las relaciones de poder entre la mujer y el hombre [...]²⁵

En esta categoría es donde se encuentra la práctica procesal, particularmente en la esfera probatoria, ya que siendo el Derecho Procesal un sistema normativo que se halla en la ficción de lo público, es formulado desde una neutralidad acrítica, que asimila a hombres y mujeres en el examen del cuerpo y la subjetividad, sin ningún tipo de diferenciación, pese a que, es la mujer quien está sometida en mayor intensidad y

²⁵ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Nueva York: Naciones Unidas, 2010: 4

proporción a la violencia intrafamiliar y sexual. A fin de cuentas, la misma sociedad patriarcal que genera los estereotipos en el ámbito intrafamiliar y sexual, además somete a la mujer al mismo rigor procesal que a los hombres, quienes responden a un estereotipo dominante y extrovertido en cuestiones del cuerpo.

1.2.2. **Constitucionalidad del derecho a la no re-victimización**

Conforme se ha indicado en líneas anteriores, el Ecuador actualmente ha asumido la dinámica del Estado Constitucional moderno, con la revaloración objetiva de la supremacía constitucional y una nueva dinámica normativa de las reglas y principios constitucionales, entre la que destaca la objetividad de la norma constitucional, en los términos Art. 11.3 y 426 de la Constitución. Sobre esta nueva cualidad de la norma, GUAISTINI refiere que “[...] la aplicación directa de la Constitución presupone, por un lado, que la Constitución sea concebida como un conjunto de normas vinculantes para cualquiera; por otro lado, que el texto constitucional sea sometido a interpretación extensiva...”²⁶

En este sentido, cabe recordar que la regulación constitucional ecuatoriana no prestaba especial atención a las víctimas. Por ejemplo, la Constitución de 1998, refería sobre la protección a la víctima, lo siguiente:

Art. 47.- En el ámbito público y privado recibirán atención prioritaria, preferente y especializada los niños y adolescentes, las mujeres embarazadas, las personas con discapacidad, las que adolecen de enfermedades catastróficas de alta complejidad y las de la tercera edad. Del mismo modo, se atenderá a las personas en situación de riesgo y víctimas de violencia doméstica, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. [...] Art. 219.- El Ministerio Público prevendrá en el conocimiento de las causas, dirigirá y promoverá la investigación preprocesal y procesal penal. [...] Velará por la protección de las víctimas, testigos y otros participantes en el juicio penal [...]”²⁷.

La Constitución de 1998, no se preocupa específicamente por la victimización post-delito causada a la víctima en el sistema procesal, sino que limita su respuesta normativa a la participación de la víctima en el proceso, su condición de grupo vulnerable y la vinculación entre ésta y el Ministerio Público. Pero pese a la directriz constitucional, el Estado Liberal al que tributaba la Constitución de 1998, permitía a

²⁶ Guastini, Ricardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico en "Neoconstitucionalismo". Madrid: Trotta, 2003: 53

²⁷ Asamblea Nacional Constituyente. «Constitución Política de la República.» Registro Oficial 1, 11-VIII-98. Riobamba, 11 de agosto de 1998.

los legisladores atribuir contenidos normativos para la protección de las víctimas de delito, principalmente mujeres, entendidas como grupo vulnerable, sin embargo, ello no fue parte principal de la agenda política de aquel tiempo, mientras que la lucha feminista concentraba sus esfuerzos en el combate a la violencia intrafamiliar, que aún hoy requiere esfuerzos políticos y académicos. Entonces, pese a que la implementación de políticas tendientes a la no re-victimización fuera posible por mandato constitucional, estas no fueron desarrolladas por falta de voluntad política.

Por su parte, la Constitución de 2008, en un profundo repensar de la cuestión victimológica, avanza hacia el reconocimiento de la víctima como ente sensible y culturalmente condicionado, aportando a la historia constitucional el concepto de re-victimización. Al efecto, la norma refiere:

Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad. [...] Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado. Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales [...]»²⁸.

La Constitución de 2008 recoge los elementos de protección diseñados en la Constitución anterior, sin embargo, evoluciona esencialmente en dos aspectos: (i) La víctima no solo es parte de los grupos de atención prioritaria, sino que además, se declara su vulnerabilidad; y, (ii) Se reconoce y garantiza por primera vez en la legislación nacional el derecho a la no re-victimización, principalmente, en la obtención y valoración de las pruebas y en la protección ulterior, a través de la reparación de daños, el conocimiento de la verdad histórica, la protección institucional, etc.

²⁸ Asamblea Constituyente. «Constitución de la República del Ecuador.» Registro Oficial 449, 20-X-2008. Quito D.M., 2008.

En este punto, es necesario reconocer que la protección a la víctima en la Constitución de 2008 recoge algunos elementos cognitivos de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, principalmente de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, ya que hace eco de una comprensión avanzada sobre la victimización posterior al delito, y señala directrices normativas para su resolución.

Evidentemente, no hay una resolución específica de las múltiples variables vulneratorias a los derechos a la víctima, sin embargo, cabe recordar que dentro de una perspectiva funcional, la Constitución “crea y conforma las instituciones principales del Estado: establece su estructura y composición, fija sus competencias y regula los procedimientos para la adopción de sus decisiones...”²⁹. Sin embargo, ya en el constitucionalismo moderno, existe una serie de nuevos caracteres que delimitan un papel más proactivo de la Constitución. Sobre este nuevo papel, BERNAL PULIDO señala que

Una de las transformaciones más extraordinarias que han sufrido el Estado a partir de la segunda posguerra ha sido la expansión del control de constitucionalidad y la institución de tribunales constitucionales. La idea de que todas las normas y las acciones del Estado deben ajustarse a la Constitución y de que esta conformidad puede ser objeto de examen judicial, se ha extendido de forma vertiginosa hasta los más remotos lugares de la tierra. [...] ³⁰

De este razonamiento, se deduce que la expansión de la esfera sujeta al control constitucional habilita al aparato judicial a suplir las carencias y falencias del sistema legislativo nacional, debido a la supremacía constitucional y los derechos constitucionales que juegan a favor de la víctima, por lo que, las normas constitucionales dispuestas a la protección de la víctima no solo deben ser observadas como reglas de reconocimiento para la validez sustancial de los actos de poder público, sino también como normas objetivas dispuestas a su aplicación directa e inmediata, ante la insuficiencia de la normatividad infra-constitucional.

²⁹ Lasalle, Ferdinand. ¿Que es una Constitución? Barcelona: Ariel Derecho, 2002: 46

³⁰ Bernal Pulido, Carlos. Relación entre el control de constitucionalidad y el control político: el caso Colombia en Control Constitucional y Activismo Judicial. Lima: Ara Editores, 2012: 21

1.3. Definición y alcance del derecho a la no re-victimización

La victimización es un fenómeno socio-jurídico que refleja los efectos de la acción criminal en un individuo determinado. La intersubjetividad entre autor, víctima y sociedad no es una manifestación lineal que se expresa en términos puramente valorativos, sino que se trata de un conjunto de procesos psicológicos, físicos y sociales que se expresan en tres niveles, según el origen de la lesividad a la víctima. Según Beristain estos tres niveles son:

Se distingue tres clases de victimización: primaria, secundaria y terciaria. Por victimización primaria entendemos la que se deriva directamente del crimen. Por victimización secundaria los sufrimientos que a las víctimas, a los testigos y con frecuencia a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones más o menos directamente encargadas de hacer justicia: policías, jueces, peritos, criminólogos, etcétera. Y la victimización terciaria procede, principalmente, de la conducta posterior de la misma víctima; a veces, emerge como resultado de las vivencias y de los procesos de adscripción y etiquetamiento, como consecuencia o valor añadido de las victimizaciones primarias y secundarias precedentes [...] ³¹.

Del razonamiento planteado observamos que la victimización primaria refiere al hecho criminal que sacrifica inicialmente los derechos subjetivos y/o bienes jurídicos penalmente tutelados de la víctima y que habilita una respuesta penal, sin embargo, la lesión a los derechos de la víctima no necesariamente cesan con la actividad criminal, sino que se puede extender considerablemente hacia formas e instrumentos sociales que hipotéticamente sirven a la tutela efectiva de los derechos de la víctima.

Sin embargo, dada la existencia inercial de otras formas de victimización, entre las que se resalta la victimización secundaria, es decir, aquella lesión y/o daño que es producto del desenvolvimiento del aparato de justicia, la norma constitucional, proscribta tales conductas victimizantes a través del derecho a la no re-victimización, e impone al aparato Estatal la obligación de tomar medidas y acciones para corregir dicho fenómeno.

Entonces, la victimización secundaria, y la victimización terciaria que depende de la acción procesal y asistencias del Estado y los organismos privados de protección es un fenómeno proscribto constitucionalmente que debe ser tratado por la academia, la legislatura y esencialmente por la administración de justicia.

³¹ Beristain, Antonio. Transformación del Derecho Penal y la Criminología hacia la Victimología. Lima: Ara Editores, 2008: 36

Sobre este punto en particular, las 100 reglas de Brasilia, emitidas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, señalan:

5.- Victimización: (10) A efectos de las presentes Reglas, se considera víctima toda persona física que ha sufrido un daño ocasionado por una infracción penal, incluida tanto la lesión física o psíquica, como el sufrimiento moral y el perjuicio económico. El término víctima también podrá incluir, en su caso, a la familia inmediata o a las personas que están a cargo de la víctima directa. (11) Se considera en condición de vulnerabilidad aquella víctima del delito que tenga una relevante limitación para evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o de su contacto con el sistema de justicia, o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización. La vulnerabilidad puede proceder de sus propias características personales o bien de las circunstancias de la infracción penal. Destacan a estos efectos, entre otras víctimas, las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta. (12) Se alentará la adopción de aquellas medidas que resulten adecuadas para mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria) Asimismo procurarán que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria) Y procurarán garantizar, en todas las fases de un procedimiento penal, la protección de la integridad física y psicológica de las víctimas, sobre todo a favor de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida (una misma persona es víctima de más de una infracción penal durante un periodo de tiempo). También podrá resultar necesario otorgar una protección particular a aquellas víctimas que van a prestar testimonio en el proceso judicial. Se prestará una especial atención en los casos de violencia intrafamiliar, así como en los momentos en que sea puesta en libertad la persona a la que se le atribuye la comisión del delito[...]³².

En tal sentido, el derecho a la no re-victimización es una expectativa constitucionalmente reconocida, mediante la estructura de un derecho subjetivo, que prohíbe y condena la lesión continuada o repetitiva a la víctima de una infracción penal sobre la base o por causa de los procedimientos probatorios y acciones de tutela procesal y protección institucional, tomando en consideración las particularidades de la víctima, en cuanto ésta, es un ente social, cultural y biológicamente condicionado.

El alcance del derecho a la no re-victimización está dado por las materializaciones normativas, políticas y judiciales que de éste se hagan. Cabe recordar, que tanto las normas, como las políticas públicas están circunscritas por la garantía normativa (Art. 84 de la Constitución) y el principio de eficacia normativa material (Art. 424 de la Constitución) en el marco del efecto de irradiación de las normas constitucionales en cualquier manifestación del ejercicio del poder público.

³² Cumbre Judicial Iberoamericana. Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Brasil: XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008.

Dicho esto, resulta relevante la posición de la administración de justicia, particularmente la del juzgador de garantías penales que opera como garante de los derechos de las partes (Art. 225 Código Orgánico de la Función Judicial), la fiscalía como ente que monopoliza la actividad investigativa y la pretensión punitiva (Art. 282 Código Orgánico de la Función Judicial), y la defensoría pública, como órgano de defensa técnica para las personas que no puedan acceder a servicios privados de asesoría legal (Art. 286 Código Orgánico de la Función Judicial)³³.

La ejecución de los diversos roles asignados a las instituciones y sujetos participantes en el proceso penal, depende sustancialmente de la actividad interpretativa de las normas constitucionales, que en el caso que nos ocupa, implican una atribución de significados específicos al derecho a la no re-victimización en el plano procesal-probatorio.

Aquí es cuando resulta esencial la distinción entre principios y reglas. Alexy ubica esta distinción como base de la teoría de las normas, indicando que las reglas son esencialmente normas que ordenan algo en forma definitiva, y por ello se cumplen o se incumplen, y por el contrario, los principios son normas de optimización, y en tal sentido, pueden ser plasmados en diferentes niveles, de acuerdo a las posibilidades contextuales del hecho y la convergencia de reglas que juegan en contra³⁴

Esta diferenciación entre las reglas y principios ocurre en el marco del constitucionalismo moderno, que denuncia la insuficiencia del tratamiento reglado de los conflictos humanos, ya que con la diversificación de las relaciones humanas y el surgimiento de los derechos humanos se observa que “el silogismo judicial no permite reconstruir satisfactoriamente el proceso de argumentación jurídica...”³⁵

Dado que es una prohibición absoluta, el derecho a la no re-victimización es una norma-regla, y como tal, debe ser aplicada de manera definitiva en la formulación de actos legislativos, judiciales o administrativos. En tal sentido, su hipótesis de hecho, está delimitada por la totalidad de casos posibles y la consecuencia jurídica es la proscripción de la victimización posterior a la infracción. Dicho esto, la cuestión es la realización del ejercicio interpretativo correspondiente que establezca que norma, acto

³³ Comisión Legislativa y de Fiscalización. «Código Orgánico de la Función Judicial.» Ley s/n (Suplemento del Registro Oficial 544, 9-III-2009). Quito, 9 de marzo de 2009.

³⁴ Alexy, Robert. La fórmula del peso en "El Principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional". Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008: 14

³⁵ Atienza, Manuel. Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003: 22

jurídico o procedimiento es esencialmente violento y/o discriminatorio en contra de la víctima, para la aplicación de la solución de antinomias.

Para ésta tarea, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, señala:

Art. 3.- Métodos y reglas de interpretación constitucional.- Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente. Se tendrán en cuenta los siguientes métodos y reglas de interpretación jurídica constitucional y ordinaria para resolver las causas que se sometan a su conocimiento, sin perjuicio de que en un caso se utilicen uno o varios de ellos: 1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior [...]³⁶.

Tanto en la administración de justicia constitucional, como en la ordinaria, la resolución de una contradicción normativa por vía de solución antinómica, incluye evidentemente el imperio de las normas constitucionales sobre los demás actos jurídicos posibles en el ordenamiento legal. Cualquier actuación, práctica o procedimiento no puede quedar reducida a una validez puramente formal, ya que como el Estado Constitucional impone la aplicabilidad de sus normas en forma directa, produce en el decurso procesal no haya problema jurídico que no sea sujeto de análisis constitucional³⁷

En el caso del derecho a la no re-victimización, resulta evidente que se trata de una norma constitucional, con fuerte vinculación convencional para proscribir definitivamente la victimización secundaria y terciaria. Esta regla puede entrar en tensión con los derechos del procesado o con algún interés colectivo, sin embargo, observando la naturaleza y contenido de la prescripción negativa establecida en la constitución, así como, los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que se funda, resulta imperioso reconocer que el alcance del mentado derecho a la no re-victimización está vinculado esencialmente a la no lesión de la integridad, intimidad, salud y seguridad de la víctima en forma secundaria o terciaria, principalmente en la fase procesal y en el medio reparatorio del daño.

³⁶ Asamblea Nacional. «Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.» Ley s/n (Segundo Suplemento del Registro Oficial 52, 22-X-2009). 2009.

³⁷ Prieto Sanchís, Luis. «La Constitucionalización de los Derechos.» Revista Española de Derecho Constitucional, 2004: 56.

Al efecto, podemos concluir que la no-lesión de la víctima, no obstruye esencialmente el ejercicio de defensa del procesado, ni atenta contra los intereses de la administración de justicia. Para arribar a ello, debemos considerar lo siguiente: a) La víctima es dueña de su cuerpo y voluntad, aunque sobre ello el sistema patriarcal institucionalizado en el discurso jurídico intente permanentemente incidir en perjuicio de la autonomía de la mujer, frente a los intereses de los aparatos ideológicos; b) La víctima es quien requiere en su individualidad toda la protección necesaria para evitar la repetición de las emociones y situaciones lesivas, que originalmente le condujeron a confiar en el aparato judicial; c) El procesado, por su parte, está protegido por la presunción de inocencia, la cual, se confirma o se excepciona en función de un ejercicio procesal de búsqueda de la verdad histórico-material; y, d) La Fiscalía y su sistema especializado de investigación, previo a la formulación del dictamen en la etapa intermedia del proceso penal, son investigadores objetivos del hecho-objeto del procedimiento penal, por lo que tienen a su cargo la delicada –y siempre perfectible– tarea de armonizar constantemente los derechos de la presunta víctima y el procesado frente a las pasiones e inequidades del espíritu humano.

No debemos confundir las argucias litigiosas y negligencias procesales en la obtención de los elementos de convicción y posteriores elementos de prueba con la relación entre los derechos del procesado y la garantía de no-lesión de la víctima, ya que los errores en los casos concretos no deben servir de excusa para la disminución del espectro normativo de protección a los sujetos procesales, sino por el contrario, deben ser los fenómenos a resolver por la optimización del hacer procesal.

1.4. Acerca de la no re-victimización de las víctimas de violencia sexual

El derecho a la no re-victimización, acorde a lo afirmado en líneas anteriores se expresa en la proscripción definitiva de procedimientos lesivos a la dignidad de la víctima, en cualquiera de sus manifestaciones concretas, por parte de quienes materializan el procesal penal y las instituciones de protección y asistencia a las víctimas del delito, es decir, por aquellos llamados a su tutela y reparación.

Esta re-victimización y/o victimización secundaria o terciaria, que ya comporta un grado de reproche considerable por recaer sobre una persona vulnerable, puede agravarse continuamente por la suma de otras categorías de vulnerabilidad como el

género/sexo, la raza, la edad, el tipo de violencia sufrido, principalmente cuando se trata de violencia intra-familiar o sexual.

Conforme se desprende del fundamento constitucional y convencional de la no re-victimización, la vulneración secundaria y terciaria de la víctima mujer en los casos de violencia sexual es una re-victimización agravada, ya que recae sobre una mujer y víctima en una dimensión de su individualidad fuertemente condicionada por la cultura y esencial en su desarrollo emocional: su sexualidad.

En este punto debe diferenciarse que la violencia sexual está dada por cualquier manifestación conductual o institucional que anule o disminuya la integridad y el dominio de la persona sobre la dimensión sexual de su corporeidad y subjetividad, lo cual, no debe confundirse con la violación sexual, que es un modo particularmente grave de violencia sexual, y a la vez, un tipo de infracción penal consistente en la introducción no consentida del miembro viril por vía oral, vaginal o anal, u otros objetos por vía vaginal o anal.

En esta línea de ideas, el Código Orgánico Integral Penal carece de normas especiales de atención a las víctimas de delitos sexuales a lo largo de las etapas del proceso penal, lo que conlleva potencialmente a la continua exposición de la víctima a revivir el delito y los traumas vinculados a éste. Éste fenómeno se observa con mayor acento en la fase de obtención probatoria, momento en el cual la víctima debe someterse a entrevistas basadas en interrogatorios, exámenes, testimonios, etc., a esto se agrega el desconocimiento de la propia víctima respecto de los derechos que le asisten de acuerdo a la Constitución y demás cuerpos legales aplicables.

Sobre la adecuación de las leyes penales a las necesidades especiales de protección a las víctimas de delitos sexuales, ya se ha pronunciado la Corte Europea de Derechos Humanos, a través del caso MC vs. Bulgaria. En este proceso la víctima, quien a la fecha del delito tenía catorce años de edad (*Límite para la prestación del consentimiento sexual en la República de Bulgaria*), alegó ser violada por dos hombres. Según los registros procesales, ella gritó previa y coetáneamente a la violación, es decir, ofreció resistencia no-física. Luego del incidente fue llevada al hospital donde se observó que su himen había sido desgarrado, constituyendo evidencia criminalística del acto sexual. Sin embargo, en el decurso del proceso, la ausencia de lesiones físicas producidas por algún tipo de forcejeo, impidió que el Ministerio Público establezca indicios responsabilidad penal de los presuntos infractores. Las razones expuestas se enfocaron a una supuesta falta de evidencia sobre

la resistencia prestada por la víctima, y que por ende, no se podía configurar la ausencia de consentimiento. En este caso, a Corte Europea de Derechos Humanos refirió:

169. La demandante alegó que la actitud de las autoridades en su caso estaba arraigada a la legislación defectuosa y reflejaba una práctica predominante de condenar a los perpetradores de violaciones sólo en presencia de evidencia significativa de resistencia física. 170. El Tribunal observa que el artículo 152, párrafo 1 del Código Penal búlgaro no hace mención de ningún requisito de resistencia física por parte de la víctima y define a la violación de una forma que no difiere significativamente de la forma que se encontró en los cuerpos legales de otros Estados Parte. [...]. 176. El Tribunal reconoce que las autoridades búlgaras se enfrentaron con una tarea difícil, ya que fueron confrontados con dos versiones opuestas de los acontecimientos y muy poca evidencia “directa”. El Tribunal no subestima los esfuerzos realizados por el investigador y los fiscales en su trabajo en el caso. 177. Sin embargo, observa que la presencia de dos versiones irreconciliables de los hechos obviamente requería de una evaluación de la credibilidad de las declaraciones que tuviera en cuenta el contexto y de una verificación de todas las circunstancias que rodearon al hecho. No obstante, se hizo poco para evaluar la credibilidad de la versión de los acontecimientos propuesta por P. y A. y los testigos que ellos llamaron. En especial, los testigos cuyos testimonios se contradecían entre sí, como en el caso de la señorita T. y el señor M., no fueron enfrentados. No se hizo ningún intento por establecer con más precisión el desarrollo temporal de los acontecimientos. No se dio oportunidad a la demandante y a su madre de hacer preguntas a los testigos que ella acusó de perjurio. Los fiscales, en sus resoluciones, no dedicaron su atención a la cuestión de si la historia propuesta por P. y A. era creíble [...] 181. El Tribunal considera que, aunque sea difícil probar en la práctica la falta de consentimiento frente a la ausencia de pruebas “directas” de violación, como rastros de violencia o testigos directos, las autoridades, no obstante, deben explorar todos los hechos y decidir en base a una evaluación de todas las circunstancias que rodean al hecho. Tanto la investigación como las conclusiones que deriven de ella deben centrarse en el tema de la falta de consentimiento. 182. Eso no fue lo que sucedió en el caso de la demandante. El Tribunal encuentra que el fracaso de las autoridades para investigar suficientemente las circunstancias que rodean al hecho es el resultado del énfasis excesivo que pusieron sobre las pruebas “directas” de violación. El enfoque que tomaron en el caso en cuestión fue restrictivo, y prácticamente tomaron el factor “resistencia” como un elemento definitorio del delito³⁸

Del fallo transcrito, se observa que la re-victimización puede superar la lesividad primaria, trasladándose al ámbito público. La fiscalía de la República de Bulgaria, bajo un esquema interpretativo del tipo penal que se extiende fuera del texto legal, desconoce la naturaleza estigmatizadora del delito sexual y la vulnerabilidad de la víctima menor de edad, y opta por acciones que dejan en la impunidad a los sospechosos a costa del desprestigio y vilipendio de la víctima por no someterse a la violencia física, esto, cuando los mecanismos legales deben ser direccionados a la protección de la dignidad del ser humano, en el máximo de las posibilidades.

³⁸ MC vs. Bulgaria. 39272/98 (Corte Europea de Derechos Humanos, 4 de diciembre de 2003).

En la sentencia del tribunal convencional, se concluyó que subsiste en el caso bajo estudio una violación de los arts. 3 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, esto, sobre la base de la existencia de una tendencia general a considerar la ausencia de consentimiento como un componente principal en la verificación procesal de los delitos sexuales. Para ello, el tribunal considera que las víctimas de delitos sexuales, máxime cuando se trata de mujeres y menores de edad, no se resisten físicamente por sometimiento psicológico o para evitar una violación posterior.

En tal sentido, los Estados sometidos al paradigma de los Derechos Humanos tienen la obligación convencional de generar los espacios, leyes y mecanismos para el procesamiento de todo acto sexual no consentido, inclusive cuando la víctima no se haya prestado resistencia física.

En el caso ecuatoriano, la experiencia europea puede traducirse como la necesidad de optimizar constantemente las leyes e instrumentos procesales generados en sede administrativa, ya que la victimización secundaria que potencialmente se produce por la estructura de las normas que dan cuerpo al desarrollo del proceso penal ecuatoriano, en el caso de las personas víctimas de delitos sexuales, constituye un irrespeto a la garantía constitucional de no re-victimización detallada en el Artículo 78 de la Constitución.

1.5. Obligaciones estatales con las víctimas de violencia sexual

La Corte Interamericana de Derechos Humanos mediante sus sentencias que son jurisprudencia de cumplimiento obligado para los países miembros del Sistema Interamericano, ha determinado las obligaciones del Estado respecto del derecho de no re-victimización. El ordenamiento jurídico y la actividad procesal de la administración de justicia en el Ecuador avanzan progresivamente en la adaptación de dichas obligaciones en la cultura jurídica-procesal.

En este punto, conviene resaltar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo conocimiento de un emblemático caso sobre desamparo institucional frente a la violencia física y sexual sobre mujeres, algunas menores de edad, pero todas de escasos recursos económicos.

En Ciudad Juárez, en los Estados Unidos Mexicanos, se produjo la misteriosa desaparición y posterior muerte de tres jóvenes, que respondían a los nombres de: Laura Ramos, de 17 años; Claudia González, de 20 años y Esmeralda Herrera de 15

años. Entre las jóvenes citadas, no existía una relación directa previa, sin embargo, desaparecieron súbitamente de sus lugares de trabajo y hogares entre septiembre y octubre de 2001. Luego de su desaparición, los familiares de las víctimas acudieron ante las instituciones de protección estatal, sin embargo, en los tres casos les solicitaron esperar 72 horas para iniciar labores de búsqueda, y luego, ignoraron sistemáticamente sus peticiones. Debido al desamparo institucional sufrido, las madres de las jóvenes y sus familias tuvieron que realizar sus propias labores de búsqueda en Ciudad Juárez, pese a las dificultades económicas y el desmejoramiento emocional que ello implicaba.

Posteriormente, el 6 de noviembre de 2001 fueron hallados los cuerpos de tres mujeres jóvenes en un campo algodonero, quienes posteriormente fueron identificadas como las jóvenes desaparecidas. Ya en ese estado de cosas, fue hallado en un lugar aledaño los cuerpos de otras cinco mujeres. Luego de las experticias criminalísticas correspondientes, demostraron que las jóvenes fueron objetos de violencia sexual, acompañada con signos de saña y tortura.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre este caso indicó que tanto los homicidios, como el desamparo estatal ocurrieron por razones de género, estableciendo de éste modo que las autoridades llamadas a actuar proactivamente en la búsqueda de las mujeres desaparecidas se restringieron a efectuar tareas formales de corte administrativas, sin que en ningún momento se hallan practicado medidas orientadas a asistir efectivamente a los familiares y encontrar a las mujeres desaparecidas.

Así, mediante la sentencia Caso González y otras (“campo algodonero”) Vs. México agrupó una larga tradición jurisprudencial en materia de atención a las víctimas y determinó que los Estados parte tienen la obligación de respetar los derechos humanos, y en mérito de la vulnerabilidad de las víctimas mujeres se debe prevenir, investigar, sancionar y reparar cualquier violación de derechos reconocidos. Así la sentencia en cuestión refiere:

258. [...], se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia.

Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará. La Corte pasará ahora a analizar las medidas adoptadas por el Estado hasta la fecha de los hechos del presente caso para cumplir con su deber de prevención. [...] ³⁹

Producto del discrimen y/o prejuicios sociales que poseía el cuerpo de policía de acuerdo al perfil de las mujeres desaparecidas, cuestión inmanente al pensamiento patriarcal, surge la noción de la debida diligencia. Este concepto normativo comporta una obligación directa del Estado –y evidentemente las instituciones que lo conforman- para prevenir en primer término, y luego, proteger a la víctima en forma eficiente y eficaz. Sin embargo, en el caso concreto, la idea discriminatoria de que la mujer provoca la agresión sexual con su conducta, y en tal sentido es culpable de las acciones delictuosas que sobre ella ocurre, no es más que la institucionalización de la suma de perjuicios en razón del género, y que en el caso específico, motivaron la displicencia policial en la investigación del hecho. Sobre esta ausencia de una debida diligencia en el tratamiento del hecho investigable, basados en criterios de provocación y culpabilidad sobre la víctima, la mencionada sentencia reflexiona:

281. En el presente caso, existen dos momentos claves en los que el deber de prevención debe ser analizado. El primero es antes de la desaparición de las víctimas y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida. 282. Sobre el primer momento –antes de la desaparición de las víctimas- la Corte considera que la falta de prevención de la desaparición no conlleva per se la responsabilidad internacional del Estado porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso. Aunque el contexto en este caso y sus obligaciones internacionales le imponen al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres jóvenes y humildes, no le imponen una responsabilidad ilimitada frente a cualquier hecho ilícito en contra de ellas. Finalmente, la Corte no puede sino hacer presente que la ausencia de una política general que se hubiera iniciado por lo menos en 1998 –cuando la CNDH advirtió del patrón de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez-, es una falta del Estado en el cumplimiento general de su obligación de prevención. 283. En cuanto al segundo momento –antes del hallazgo de los cuerpos- el Estado, dado el contexto del caso, tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda. En particular, es imprescindible la actuación pronta e inmediata de las autoridades policiales, fiscales y judiciales ordenando

³⁹ Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009).

medidas oportunas y necesarias dirigidas a la determinación del paradero de las víctimas o el lugar donde puedan encontrarse privadas de libertad. Deben existir procedimientos adecuados para las denuncias y que éstas conlleven una investigación efectiva desde las primeras horas. Las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida hasta que se ponga fin a la incertidumbre sobre la suerte que ha corrido. [...] 286. En razón de todo lo expuesto, el Tribunal considera que el Estado violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal reconocidos en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con la obligación general de garantía contemplada en el artículo 1.1 y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contemplada en el artículo 2 de la misma, así como con las obligaciones contempladas en el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará, en perjuicio de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez y Esmeralda Herrera Monreal. [...] 289. El deber de investigar es una obligación de medio y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. La obligación del Estado de investigar debe cumplirse diligentemente para evitar la impunidad y que este tipo de hechos vuelvan a repetirse. En este sentido, la Corte recuerda que la impunidad fomenta la repetición de las violaciones de derechos humanos[...]⁴⁰

Pese a que el caso refiere al femicidio sistemático de varias mujeres, que fueron desatendidas por el cuerpo de policía a raíz de prejuicios de género y clase que sin pudor alguno fueron transmitidos a los familiares de las occisas, éstas prácticas ilícitas estuvieron fuertemente ligadas a la ejecución de actos de violencia sexual, por lo que las referencias y las obligaciones descritas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos también hacen referencia a los actos de violencia en contra de la mujer y los menores de edad, y la respuesta que debe dar el Estado frente a ésta, prevaliéndose de la Convención Belém do Pará, principalmente en las obligaciones de prevenir, respetar investigar, sancionar y reparar.

Si bien en el caso de la prevención, la Corte manifestó que no es posible atribuirle *per sé* al Estado frente a los actos de violencia, debido a la imposibilidad de una protección absoluta, señala que ello no implica una justificación total, ya que los Estados se encuentran vinculados a la adopción de políticas públicas transversales y progresivas para la identificación anticipada de fenómenos problemáticos y el diseño de respuestas ontológicas preventivas, que en el caso concreto, fallaron desde el procedimiento policial de investigación debido a la mirada culpable que pesaba sobre las víctimas, por su condición de mujeres jóvenes al interior de una comunidad periférica y fuertemente patriarcal. Esto, a diferencia de las obligaciones de respetar investigar, sancionar y reparar que si fueron irrespetados en el caso sub-examine, por

⁴⁰ Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009).

la secuencia de eventos en los que las instituciones de seguridad pública actuaron con desidia y formalismo frente a la desaparición de varias mujeres en un corto intervalo de tiempo, a razón de prejuicios basados en el género y la edad de las víctimas, y que potencialmente permitieron la muerte de mujeres, entre las que se encontraban inclusive menores de edad.

La debida diligencia, entonces, se vincula fuertemente con el decurso procesal, en el que resalta el mandato de investigación, esto, por cuanto el presupuesto procesal para la sanción y reparación es un hecho procesalmente probado, sin embargo, la Corte señala además que esta investigación no debe estar condicionado a una presunción o valoración a priori de resultados, sino, que es una obligación de medio o instrumental, que optimice al máximo los recursos investigativos con miras a evitar la continuidad o consumación de la violencia.

1.5.1. Obligación de Prevenir

La obligación de prevenir está relacionada a la toma de medidas necesarias que eviten la victimización primaria y la re-victimización por vía secundaria o terciaria: es esencialmente anticipar activamente los riesgos lesivos. Entonces, la prevención no solo comporta una disminución a las estadísticas de violencia, sino, que además contribuye a la recuperación psicológica de la víctima y evita progresivamente que ésta pueda ser re-victimizada. Por ello, todo programa de asistencia institucional ante o post delito debe tener presente tanto la recuperación integral de la víctima como las orientaciones necesarias para mejorar la seguridad pública.

Así el artículo 393 de la Constitución del Ecuador determina el aparato estatal debe garantizar la seguridad, y con ello la integridad del individuo, mediante políticas y acciones integradas, con la finalidad de coadyuvar y asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir todas las formas de violencia y discriminación, así como, la comisión de delitos.

1.5.2. Obligación de Respetar

La obligación de respetar está fuertemente vinculada con el principio de dignidad humana, ya que las múltiples dimensiones del individuo como ser humano no pueden ser violadas, de ahí que el Estado, a través de sus instrumentos e instituciones deba respetarlos.

Las acciones que el estado implementa para cumplir con esta obligación constituye el aseguramiento jurídico del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

1.5.3. Obligación de Sancionar

Es un deber específico del Estado detener cualquier actuación contraria a las obligaciones internacionales determinadas por la CIDH y la legislación interna, de ahí que la victimización secundaria y terciaria es contradictoria a los principios constitucionales y convencionales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de fallos icónicos como Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México y Habitantes del parcelamiento de Las Dos Erres y sus familiares vs. Guatemala, ha destacado la relevancia de la aplicación de sanciones con el objetivo de disminuir las violaciones a los derechos humanos. Así, tanto las sanciones administrativas como penales juegan un papel destacado para crear una cultura que garantice la no re-victimización de víctimas de violencia sexual.

1.5.4. Obligación de reparar integralmente el daño

La violencia de cualquier tipo, y máxime, aquella que se produce en el ámbito público genera efectos dañosos en la integridad y dignidad del individuo. En el ámbito público esto se agrava debido a los roles de protección que corresponden a los funcionarios vinculados y a la vulnerabilidad en la que se encuentra la víctima solicitante de protección judicial efectiva. Así, la reparación se expresa en medidas orientadas a reducir o anular los efectos de cualquier violencia cometida en detrimento de un individuo. Las medidas reparadoras dependen del daño ocasionado independientemente si es una cuestión cuantificable o no. Vale recalcar que la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, es el germen de la idea de reparar a la víctima por el daño sufrido, y que luego recibiría un tratamiento más específico en lo posterior.

Al efecto, la reparación integral es un instituto procesal que proviene del derecho de daños, pero que supera la clásica noción del daño emergente y el lucro cesante, para avanzar a la comprensión y consideración de la rehabilitación y

tratamiento de la víctima, así como, la afectación al proyecto biográfico materialmente condicionado por la situación socio-económica de la víctima⁴¹.

En este marco, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de múltiples fallos determina que se debe tener en cuenta los siguientes elementos para efectivizar la reparación: (i) Optimización amplia de la reparación, para que atienda en la mejor forma posible el daño ocasionado, teniendo presente que tales acciones potencialmente no vuelvan al estado previo al daño; (ii) Medidas integrales que terminen con los efectos del daño; (iii) Rehabilitar; (iv) Difundir la sentencia, publicar disculpas y otras medidas de satisfacción; (v) Compensar en caso de que el daño sea material; y, (vi) Establecer mecanismos de compensación en caso de daño inmaterial. Al efecto, la reparación integral es una forma de proscribir la victimización, ya que precisamente su objetivo es evitar la continuidad de la afectación, y con ello, la profundización del daño causado a la víctima en la agresión de la que fue víctima.

Para dar cumplimiento a la obligación de reparación, se debe tener presente que cada caso es distinto de otro, por ello se debe valorar a la persona afectada en sus derechos con el fin de que se logre una reparación integral. En el caso de las pérdidas materiales éstas pueden repararse, no así cuando se trata de violencia sexual en cuyo caso el término correcto es restitución de derechos.

1.6. Instituciones involucradas en la protección de víctimas de violencia sexual

Las principales instituciones públicas que velan por la protección de víctimas de violencia sexual abarcan varios niveles de protección, de acuerdo a sus funciones atribuidas legal y constitucionalmente. Así, tenemos en primer punto a la Fiscalía General del Estado (FGE) que dirige el Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y otros Participantes en el Proceso Penal (SPAVT). Dentro del marco procesal penal se da a las víctimas asistencia legal, psicológica, asesoría técnico-social tanto para los protegidos como para su entorno familiar y social, así como brinda protección al usuario. Gracias a la protección y asistencia las víctimas pueden estar en mejores condiciones para contribuir con el proceso penal. Esto sumado a la dirección

⁴¹ Chaumet, Mario. El Estado Constitucional y el Derecho Privado en El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización. Buenos Aires: La ley, 2005: 36

de la investigación pre-procesal y procesal penal, así como el monopolio de la pretensión punitiva (Art. 195 de la Constitución)⁴².

Por su parte, el Ministerio de Inclusión Económica y Social, en respuesta al Plan Nacional para la erradicación de la violencia de género contra niñas, niños, adolescentes y mujeres, planteó 2 modos de atención a las víctimas (Acuerdo Interministerial No. 003): Centros de Atención y protección a mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, trabajan coordinadamente con las instituciones relacionadas a violencia intrafamiliar y delitos sexuales y Casas de Acogida para mujeres víctimas de violencia intrafamiliar, tienen por objeto brindar alojamiento y alimentación a las víctimas y sus hijos. Además del respectivo acompañamiento legal y psicológico, también dan apoyo pedagógico a los menores. Por ejemplo, en la provincia de El Oro, en la ciudad de Machala se cuenta dos centros de acogimiento, “Casita Linda” que recibe adolescentes víctimas de trata de personas con fines de explotación sexual, que tengan entre 12 años de edad hasta 18 de edad; y, “Dueña de mí” que acoge a adolescentes víctimas de violencia sexual, en los mismos rangos de edad.

1.7. Conclusiones parciales

La dominación del hombre hacia la mujer es un fenómeno histórico tan antiguo como los orígenes de la civilización. Con el matrimonio moderno, se modificaron los roles igualitarios entre los sexos y se abolió el derecho materno, generando el predominio del padre en el manejo de la propiedad familiar, e inclusive, la vida de sus miembros. Así, se forma el género, como construcción cultural para la asignación de roles sociales y el ejercicio de poder vertical de hombres sobre mujeres. Sin embargo, en la Edad Moderna, las condiciones sociales forzaron a las mujeres a participar activamente en la fuerza laboral y en los procesos políticos de cambio. Esto, sumado al ascenso de la lógica garantista y los derechos humanos trajo como consecuencia que en la segunda mitad del siglo XX, el movimiento feminista trascendiera la lucha laboral y sufragista y constituya un conjunto de saberes eminentemente críticos frente a las diferencias estructurales entre hombres y mujeres.

Ello dio paso a la evolución paulatina de los derechos humanos neutrales y generales hacia derechos específicos hacia la mujer y hacia la víctima de violencia y

⁴² Asamblea Constituyente. «Constitución de la República del Ecuador.» Registro Oficial 449, 20-X-2008. Quito D.M., 2008.

discriminación en cualquiera de sus formas, mediante la formulación de normas convencionales, constitucionales, y fallos internacionales de derechos humanos. Dentro de este enfoque de género, la mujer, se encuentra a una situación de continuo discrimen y desventaja frente a sus pares masculinos, lo que se agrava en torno a la violencia sexual, debido al control y encasillamiento que los valores de lo patriarcal han impuesto en los aparatos ideológicos. Por ello, la tradicional comprensión de los derechos es insuficiente y contribuye a la permanencia de las desigualdades sistémicas en razón de la sexualidad. Al efecto, se hace necesaria la evolución de la igualdad y la integridad hacia formas obligacionalmente proactivas. Así, surgen para la protección de la mujer víctima de violencia sexual mandatos convencionales de prevención y reparación vinculadas a la igualdad material, así como mandatos para la debida diligencia en la investigación, en función de la protección especial víctima de violencia sexual. En suma, la protección a la mujer víctima de violencia sexual, se encuentra transitando desde la mera enunciación hacia la práctica procesal.

La re-victimización en el procedimiento penal ecuatoriano

2.1. La protección de la víctima de violencia sexual en el procedimiento penal

El Derecho Procesal es una rama del Derecho Público que tiene por finalidad la materialización de la norma sustantiva, es decir, aquella que define los límites de lo lícito y lo ilícito en el imaginario social y la vida práctica de la sociedad. Entonces, en el control social-formal de la conducta humana destaca que “el derecho procesal penal sirve para la realización del derecho penal material”⁴³. En tal sentido, el derecho procesal penal debe llevar a la realidad los tipos penales dispuestos en un ordenamiento jurídico dado, para la protección de *extrema ratio* de los derechos subjetivos y los intereses colectivos.

Empero, la evolución del constitucionalismo, y con ello de la ideología jurídica subyacente, ha producido notables cambios en el modo de percibir y ejercer la justicia penal. Como sabemos por la historia del Derecho, al inicio de la construcción del saber penal, se reemplazó el papel preponderante de la víctima en la venganza privada y se pasó hacia la monopolización comunitario-estatal del castigo. Luego de ello, la atención académica, procesal y política se orientó fundamentalmente hacia el criminal, y posteriormente al individuo procesado.

Si bien, la reducción de la participación de la víctima en la contestación social al delincuente contribuyó al reforzamiento de la autoridad estatal y a la intangibilidad del cuerpo, también resulta evidente que la ausencia de la víctima se percibe como el anonimato del daño, que se enmascara en la ofensa social y el desprecio a la dignidad humana de la víctima. Sin embargo, conforme ya fue abordado en el capítulo anterior, el surgimiento de los derechos humanos y el paradigma del Estado Constitucional abrieron el camino para nuevas reflexiones sobre la criminalización y punición de la conducta y el papel de la víctima en el conflicto penal, en donde el juez cumple el papel de tamiz de la nueva realidad jurídica y cultural frente a los derechos fundamentales. Ferrajoli sobre el papel de la jurisdicción en el nuevo modelo constitucional, refiere:

⁴³ Schmidt, Eberhard. Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal. Córdova : Lerner Editora S.R.L., 2006: 25

El fundamento de la legitimidad sustancial de la jurisdicción no es, en efecto, el consenso de la mayoría, sino la verdad de sus decisiones, que viene asegurada, de un lado, por las garantías penales, especialmente por la estricta legalidad, o sea, la taxatividad y materialidad y, por tanto, la verificabilidad y refutabilidad de los supuestos de hecho legales, de otro, por las garantías procesales de la carga de la prueba para la acusación y del contradictorio, esto es, del derecho a la refutación conferido a la defensa [...] De ello deriva también el carácter no consensual ni representativo de la legitimación de los órganos encargados de la jurisdicción penal y su independencia frente a cualquier poder representativo de la mayoría. Precisamente porque la legitimación del juicio penal reside en las garantías de la comprobación imparcial de la verdad, también el poder judicial a quien se encomienda su tutela debe ser un poder virtualmente frente a la mayoría [...]⁴⁴

Abandonando los viejos modelos retributivos y preventivos del derecho sancionatorio, la nueva visión constitucional exige al saber penal, una tutela judicial efectiva tanto de los derechos vulnerados por el delito como los emanados de las garantías procesales en el marco de la búsqueda de la verdad; es decir, la tutela de los derechos fundamentales y la construcción de la verdad procesal ya no se basa únicamente en los intereses criminológicos del sistema social, sino en una relación equitativa entre procesado y víctima, que además, se ve enriquecida con la perspectiva de género y la doctrina de protección integral, según corresponda. Así, la posición de la víctima, por ejemplo, es una de las cuestiones mejor desarrollada a partir del constitucionalismo moderno. Bovino refiere:

Las tendencias político-criminales referidas a la víctima han tenido indudablemente, efectos sobre la justicia penal. Mientras algunos derechos podrían ser considerados, hasta cierto punto, neutrales respecto de los elementos estructurales de la justicia penal —por ejemplo, el derecho a ser informado sobre el caso—, la mayoría de los nuevos derechos de la víctima representan claramente uno de los dos modelos de la justicia penal posible—punitiva o reparatoria—. O bien la víctima es convocada a colaborar con el modelo de justicia penal punitivo o, por el contrario, obtiene el reconocimiento de derechos para proteger sus propios intereses en un modelo de justicia reparatoria, con total prescindencia del interés estatal en la persecución penal. En ambos casos, la víctima es colocada en una posición mejor que la que ocupaba antes [...]⁴⁵.

En Ecuador, desde el anterior Código Penal con las reformas que se publicaron en el Registro Oficial No. 45 del 23 de junio del año 2005, se da un tratamiento especial y diferenciado a los delitos de naturaleza sexual. Este cambio surge a partir de las nuevas conductas delictivas que se evidencian en contra de la integridad sexual;

⁴⁴ Ferrajoli, Luigi. Democracia y Garantismo. Madrid: Trotta, 2008: 197

⁴⁵ Bovino, Alberto. La participación de la víctima en el proceso penal en Derecho, Proceso Penal y Victimología. Mendoza: Editorial Jurídica Cuyo, 2003: 441

sobre todo, de las mujeres menores de edad, y que causaron conmoción social en el país –principalmente el caso de explotación sexual a las menores de edad integrantes del grupo “Fantasía Musical” en 2003-, lo que motivó a los legisladores a realizar una revisión integral de la normativa penal que regulaba estos hechos, con el objeto de tener herramientas efectivas para su persecución y aplicación de sanciones.

Actualmente en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), los legisladores - hoy asambleístas- incluyeron secciones y regulaciones exclusivas para el tratamiento de los delitos sexuales, así como normas diferenciadas de cumplimiento obligatorio en los procesos de investigación y enjuiciamiento. Para los efectos de esta investigación, se realiza una plena individualización de dichos textos con el objeto de identificar el universo normativo sobre el que se realiza el estudio, análisis y crítica. En ese sentido, se procura hacer una revisión de la forma en que se han tipificado los delitos de naturaleza sexual.

En la Sección Cuarta -*Delitos contra la integridad sexual y reproductiva*- del Parágrafo Primero -*Delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar*- del Capítulo Segundo -*Delitos Contra Los Derechos De Libertad*- del Título consignado para las infracciones en particular en el Código Orgánico Integral Penal, se tipifica los delitos de naturaleza sexual que existen en Ecuador.

De esta forma, del Art. 164 al Art. 174 del COIP se detallan los delitos de: Inseminación no consentida (Art. 164 COIP); Privación forzada de capacidad de reproducción (Art. 165 COIP); Acoso sexual (Art. 166 COIP); Estupro (Art. 167 COIP); Distribución de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes (Art. 168 COIP); Corrupción de niñas, niños y adolescentes (Art. 169 COIP); Abuso sexual (Art. 170 COIP); Violación (Art. 171 COIP); Utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual (Art. 172 COIP); Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos (Art. 173 COIP); y, oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos (Art. 174 COIP).

Así mismo, en el Código Orgánico Integral Penal existen tipos penales fuertemente lesivos a la integridad sexual y reproductiva, sin que ello implique se dicha lesión sea su característica principal, a saber: Delitos de lesa humanidad (Art. 89 COIP); Trata de personas (Art. 91 COIP); Explotación sexual de personas (Art. 100 COIP); Prostitución forzada (Art. 101 COIP); Turismo sexual (Art. 102 COIP); Pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes (Art. 103 COIP);

Comercialización de pornografía con utilización de niñas, niños o adolescentes (Art. 104 COIP); Trabajos forzados u otras formas de explotación laboral (Art. 105 COIP); Atentado a la integridad sexual y reproductiva de persona protegida (Art. 116 COIP); Tortura con intención de modificar la identidad de género u orientación sexual (Art. 151.3 COIP); Violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar (Art. 155 COIP); Violencia sexual contra la mujer o miembros del núcleo familiar (Art. 158 COIP); y, Secuestro extorsivo con violencia sexual que ocasione lesiones permanentes (Art. 162.10 COIP).

Dentro de éstos ilícitos evidentemente encontramos una constante, esto es, un grado de violencia sobre la libertad e integridad/indemnidad sexual, es decir, a la propiedad del individuo sobre su propio cuerpo, y con ello, su propio destino, proyecto de vida y dignidad. Bottke señala:

El individuo es propietario de su sexo, de su sexualidad, y de la manera en que esta es o no utilizada. Este derecho protege la integridad personal del ser humano, incluyendo su integridad sexual. El derecho protege la manera en que dicha sexualidad es vivida y la manera en que es protegida de cualquier determinación, acoso, amenaza o daño externo. Esto es lo que puede ser llamado “autoridad sexual”, el control continuo sobre la propiedad e integridad sexual individual. La autoridad sexual necesita ser protegida de cualquier uso no deseado, la des-optimización o instrumentalización por terceros [...] ⁴⁶.

Sabemos desde el surgimiento del psicoanálisis que la libido, y con ello la sexualidad, ocupa un lugar central en el desarrollo *psico-emocional* del individuo, ya que constituye la dimensión biológica irrenunciable e ineludible que aporta rasgos definitorios en el manejo del placer y la represión de los impulsos para la convivencia y dignificación social. Si a esto le sumamos la manipulación direccionada por el sistema patriarcal al orden de valores y practicas socio-sexuales lícitas en la mujer, podemos concluir que la violencia sexual no es un fenómeno que se perciba en modo igualitario entre hombres y mujeres, particularmente, por la carga cultural que sostienen y califican los procesos de emparejamiento y reproducción en la comunidad. Por ello, la violencia sexual, en cualquier manifestación típica, y a cualquier edad en la mujer, puede conllevar una irreparable lesión a los procesos psíquicos, emocionales y de adaptación social, ya que más allá de una cavidad o un esfínter, lo que realmente

⁴⁶ Bottke, Wilfried. Sexualidad y delito: Las víctimas de los delitos sexuales en Derecho, Proceso Penal y Victimología. Mendoza: Editorial Jurídica Cuyo, 2003: 314

está de por medio es la dimensión biológica definitoria de la mujer y su personalidad socialmente adaptada.

2.1.1. Las garantías especiales de la víctima en el proceso penal

Una vez identificado el universo normativo penal de la violencia sexual, y la trascendencia del bien jurídico tutelado que subyace a la tipicidad penal descrita, corresponde analizar las regulaciones procedimentales tendientes a la protección de las múltiples dimensiones jurídicas de la dignidad de las víctimas.

Las garantías procesales, esto es, los diversos mecanismos procedimentales dedicados a la protección de los derechos fundamentales, son vías de materialización procesal tanto de las facultades estatales de punición como de los bienes jurídicos protegidos por la norma penal. Conforme fue analizado en líneas anteriores, el ascenso de la victimología y el saber feminista ha influenciado el modo de pensar el Derecho Penal, de éste modo, la tradicional noción de la búsqueda de la verdad material para la verificación de la responsabilidad penal y la materialidad de la infracción, se ha visto fuertemente complementada por la protección a la víctima en su integralidad.

El Código Orgánico Integral Penal de conformidad con lo establecido en el Art. 439 reconoce a la víctima como sujeto procesal⁴⁷, lo que a efectos prácticos implica un conjunto de derechos y garantías especiales a lo largo del procedimiento⁴⁸, además de la posibilidad de participar activamente del mismo. Por su parte, en el Art. 441 del mismo cuerpo legal se reconocen los distintos tipos de víctima, entre las que se cuentan las personas naturales que han sufrido algún daño a un bien jurídico de manera directa o indirecta como consecuencia de la infracción, así como quien ha sufrido agresión física, psicológica, sexual o cualquier tipo de daño o perjuicio de sus derechos por el cometimiento de una infracción penal.

Dentro de esta misma norma, resulta esencial la comprensión que la víctima no es solo quien sufre directamente el daño, sino que ésta también se extiende al cónyuge

⁴⁷ Art. 439.- Sujetos procesales.- Son sujetos del proceso penal: 1. La persona procesada. 2. La víctima. 3. La Fiscalía. 4. La Defensa. Asamblea Nacional. «Código Orgánico Integral Penal.» Suplemento del Registro Oficial 180, 10II(2014). 10 de febrero de 2014.

⁴⁸ Los derechos de la víctima se encuentran delimitados en varias disposiciones. Al caso de la violencia sexual, corresponde la garantía especial de privacidad y confidencialidad del Art. 5.20 del Código Orgánico Integral Penal. Por otra parte, el Art. 11 del mismo texto legal, abarca derechos y garantías desde las formas y mecanismos para la participación eficaz en el proceso, las formas de reparación y restitución del daño, la protección especial a su intimidad y seguridad, el ingreso al Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, la no revictimización particularmente en el hacer probatorio, hasta la implementación de acciones afirmativas, entre otras.

o pareja en unión libre, incluso en parejas del mismo sexo; ascendientes o descendientes dentro del segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad de las personas que han sufrido violencia de cualquier tipo o infracciones penales, así como quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida, en casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

A la víctima en su acepción más general como parte procesal, se la ha revestido de garantías y derechos que deben ser respetados por las partes y atendidos por el juzgador a lo largo del proceso penal. Estos derechos se encuentran desarrollados en varias partes del Código Orgánico.

Cabe recalcar que en el Código de Procedimiento Penal vigente con anterioridad al Código Orgánico Integral Penal, la víctima no era concebida dentro del marco que ya avanzadamente habían desarrollado los instrumentos internacionales de protección a las víctimas, la mujer y la dignidad humana, y particularmente, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Europea de Derechos Humanos. A manera de referencia podemos observar:

Art. 1.- Juicio Previo.- Nadie puede ser penado sino mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del procesado en un juicio, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y en este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del procesado y de las víctimas. [...] Art. 14.- Igualdad de derechos.- Se garantiza al Fiscal, al procesado, a su defensor, al acusador particular y sus representantes y las víctimas el ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República, instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y este Código. [...] Art. 119.- Recepción.- La prueba testimonial se recibirá en la etapa del juicio ante el tribunal de garantías penales. [...] 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. [...] Art. 160.- Las medidas cautelares de carácter personal, son: [...] 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos; 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos; 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia; 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica; 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea

siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6° del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia⁴⁹

De lo expuesto se observa que las garantías procesales de la víctima en la legislación procesal anterior eran incipientes, y estaban vinculadas a la dialéctica del sistema acusatorio, donde la fiscalía se enfrentaba a la defensa técnica del procesado, mientras que la víctima, por su parte, cumplía un papel periférico y únicamente instrumentado a los fines procesales de la fiscalía, lo que en la práctica generó casos de re-victimización secundaria amparados en la legalidad formal, que le justificaba bajo la idea de la búsqueda de la verdad.

Una muestra clara de ello es como la protección que se le otorgaba a la víctima no era parte de una institución propia, ni en función de la vulnerabilidad de la persona-objeto de la infracción penal, sino que dependía de las medidas cautelares dictadas en contra del procesado, es decir, que la tutela y respeto a la integridad y la dignidad de la víctima no se hallaba en sí misma, sino en la valoración de riesgos y peligros desde la personalidad del procesado.

Esto evidentemente produjo el desgaste del sistema acusatorio, que fue incapaz de responder a plenitud frente a las garantías especiales de prevención, respeto, protección y reparación impuestas desde los instrumentos internacionales de derechos humanos, y que en gran parte han sido normativamente corregidas en el Código Orgánico Integral Penal, donde se debe reconocer la influencia de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.1.2. La convergencia de las garantías de participación e investigación

Las primeras garantías que saltan a la vista son aquellas relacionadas a la participación de la víctima en el procedimiento penal pero de forma general, el Art. 11 del Código Orgánico Integral Penal reconoce la capacidad de interponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento. Aquí, corresponde señalar que no se puede obligar a la víctima a comparecer, porque ello implica en forma directa un acto de re-victimización.

En este punto, tratándose de casos de violencia sexual a mujeres, *—máxime si se trata de menores de edad—* es deducible una problemática bastante compleja por la

⁴⁹ Congreso Nacional. «Código de Procedimiento Penal.» Codificación s/n R.O. 360-S, 13-I-2000. Quito D.M., 13 de enero de 2000.

tensión jurídico-ontológica que implica. ¿Cómo manejar un caso en que la víctima permanece en negación o sometimiento ideológico-emocional frente a la violencia sexual?

A primera vista, la prohibición de coacción procesal a la víctima para asegurar su comparecencia al expediente es una forma de evitar una re-victimización secundaria en el ámbito público, manifestada en múltiples pericias y diligencias sobre el cuerpo o la conciencia histórica de la víctima, que tienden a generar contradicciones sutiles que son aprovechadas por la defensa técnica del procesado como indicio de falsedad y desacreditación de quien comparece a la Administración de Justicia en búsqueda de tutela efectiva. Empero, conforme ya ha sido desarrollado en fallos internacionales de Derechos Humanos, como el previamente comentado *MC vs. Bulgaria*, juzgado por la Corte Europea de Derechos Humanos, la comparecencia de la víctima al proceso debe estar fuertemente acompañada por acciones afirmativas y una diligencia especial en la investigación, más aun cuando se trata de infracciones históricamente relegadas como la violencia sexual, en razón de la desventaja histórico-cultural arraigada en el sistema patriarcal y de propietarios, que es aún dominante en el mundo civilizado.

En efecto, el impedimento de coaccionar a la víctima para su comparecencia es un principio que coexiste con un conjunto de mandatos orientados a la investigación del ilícito, como manifestación concreta de la protección a la dignidad de la víctima, los cuales deben ser observados por la fiscalía y las juezas y jueces para la toma de decisiones que sin ser invasivas de la intimidad de la víctima, ni lesivas a su integridad emocional, permitan un conocimiento lo suficientemente preciso de los hechos que legitimen la imposición de la pena a los responsables y reparar el daño causado a las víctimas.

Y entonces: ¿Una investigación procesal o juzgamiento pueden ser re-victimizantes con una víctima en negación o sometimiento? La respuesta, pese a las sutilezas del lenguaje legal, sigue siendo negativa, ya que una debida diligencia en la investigación y una cooperación mínima de la víctima debe ser suficiente para que el Estado, a través de sus instituciones, pueda resolver un caso. Pese a ello, antes que justificar la impunidad de la violencia sexual, que ha sido la regla general en la historia de la humanidad debemos preguntarnos: ¿No es acaso la impunidad la peor forma de re-victimizar a la mujer? Digo esto, porque la práctica de diligencias técnicas aparentemente invasivas es un mal menor frente al abandono de un ser humano a la violencia y el desamparo de la sociedad, y más aún: ¿Podemos negar que la condena

restrictiva de libertad y la reparación económica contra un individuo culpable es el primer paso para una verdadera remediación del daño a la víctima, e inclusive, una revaloración de su dignidad perdida?.

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la investigación de los hechos, está íntimamente vinculado con la vigencia de los derechos fundamentales vulnerados por la infracción penal, de tal suerte, que una desidia o ineficiencia en el ejercicio de los roles de investigación equivale esencialmente a desproteger la dignidad de la víctima. Así, en el caso Reclusos del Penal Miguel Castro y sus familiares vs. Perú, en el que la fuerza pública, en una operación denominada “Mudanza 1” produjo el fallecimiento y lesiones de decenas de internas e internos, que presuntamente iban a ser trasladadas, refirió:

253. La Corte ha establecido que para garantizar efectivamente los derechos a la vida y a la integridad es preciso cumplir la obligación de investigar las afectaciones a los mismos, que deriva del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado. 254. En el presente caso, esta Corte entiende que de los hechos ocurridos en el Penal Miguel Castro surgió para el Estado la obligación de investigar respecto de la violación del derecho a la vida, máxime si se tiene en cuenta que murieron decenas de personas y que muchas más resultaron heridas debido a un “operativo” que implicó el uso de la fuerza [...] 273. La Corte ha establecido que el Estado es responsable, en su condición de garante de los derechos consagrados en la Convención, de la observancia del derecho a la integridad personal de todo individuo que se halla bajo su custodia. 274. En lo que se refiere a personas privadas de la libertad, el propio artículo 5.2 de la Convención establece que serán tratadas con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. De conformidad con el artículo 27.2 de la Convención este derecho forma parte del núcleo inderogable, que no es susceptible de suspensión en casos de guerra, peligro público u otras amenazas a la independencia o seguridad de los Estados Partes. [...]293. Con base en lo indicado anteriormente, este Tribunal considera que el Estado es responsable de la violación a la integridad física de los internos que resultaron heridos durante los hechos del 6 al 9 de mayo de 1992, lo cual constituyó una violación al artículo 5 de la Convención Americana. Asimismo, la Corte considera que, en las circunstancias del presente caso, el conjunto de actos de agresión y las condiciones en que el Estado puso deliberadamente a los internos (los que fallecieron y los que sobrevivieron) durante los días del ataque, que causaron en todos ellos un grave sufrimiento psicológico y emocional, constituyó una tortura psicológica inferida en agravio de todos los miembros del grupo, con violación de los artículos 5.1 y 5.2 de la Convención Americana, y 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Además, esta Corte estima que la violación del derecho a la integridad personal de las señoras Eva Challco, Sabina Quispe Rojas y Vicenta Genua López se vio agravada por el factor de que se encontraban embarazadas, de forma tal que los actos de violencia les afectaron en mayor medida. Igualmente, la Corte considera que el Estado es responsable por los actos de tortura infligidos a Julia Marlene Olivos Peña, con violación del artículo 5.2 de la Convención

Americana y de los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura [...]»⁵⁰.

En el Penal Miguel Castro se hallaban mujeres reclusas, entre otros factores, por razones políticas. Como parte de un operativo decididamente represor, los agentes de la fuerza pública irrumpieron en el mencionado centro y ejecutaron el traslado conjuntamente con actos de tortura física y emocional en contra de las reclusas y reclusos, algunas de las cuales se encontraban embarazadas. Luego de ello, las heridas y heridos en el operativo permanecieron sin atención médica, e inclusive, volvieron a ser agredidos por las fuerzas de seguridad, pese a sus lesiones.

La Corte reflexiona que conjuntamente a la categoría género, el embarazo y las razones políticas que coexisten en casos específicos de ciertas reclusas son agravantes en la calificación de las violaciones de Derechos Humanos, ya que recaen sobre personas vulnerables.

Así mismo, la Corte condena el trato otorgado a los familiares de las internas e internos, ya que fueron sometidos a una dilatada incertidumbre sobre el estado de sus familiares al interior del reclusorio. Así, la Corte reconoce el agravamiento de la antijuridicidad de los actos de violencia de género, cuando concurren otras categorías como el embarazo, la ideología política o el sufrimiento emocional causado a los familiares de la víctimas inmediatas por el aislamiento de éstas.

Así mismo, al igual que en la sentencia Campo Algodonero vs. México, pone en relieve el papel de la investigación en el marco de la debida diligencia, resaltando una vez que los esfuerzos indagadores no deben estar condicionados por ninguna causa, sino por el contrario, es la investigación en sí misma la que constituye un medio efectivo para el descubrimiento de la verdad histórica.

El Código Orgánico Integral Penal, como producto tardío de la dilatada tradición jurisprudencial en materia de derechos humanos, refiere sobre los derechos de participación de la víctima y las garantías especiales para su protección e investigación del ilícito, lo siguiente:

Art. 11.- Derechos.- En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos: 1. A proponer acusación particular, a no participar en el proceso o a dejar de hacerlo en cualquier momento, de conformidad con las normas de este Código. En ningún caso se obligará a la víctima a comparecer. [...] 4. A la

⁵⁰ Reclusos del Penal Miguel Castro y sus familiares vs. Perú. Serie C No. 160-181 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de Noviembre de 2006).

protección especial, resguardando su intimidad y seguridad, así como la de sus familiares y sus testigos. 5. A no ser revictimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión. Se la protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos. 6. A ser asistida por un defensor público o privado antes y durante la investigación, en las diferentes etapas del proceso y en lo relacionado con la reparación integral. 7. A ser asistida gratuitamente por una o un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento así como a recibir asistencia especializada. 8. A ingresar al Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, de acuerdo con las disposiciones de este Código y la ley. 9. A recibir asistencia integral de profesionales adecuados de acuerdo con sus necesidades durante el proceso penal. 10. A ser informada por la o el fiscal de la investigación preprocesal y de la instrucción. 11. A ser informada, aun cuando no haya intervenido en el proceso, del resultado final, en su domicilio si se lo conoce [...]⁵¹

Las normas invocadas ponen en evidencia que conjuntamente a la libertad de comparecencia coexisten obligaciones estatales de protección especial, para el resguardo de la intimidad y seguridad de la víctima y sus familiares y sus testigos. La misma norma, señala que la persona que es sujeto pasivo de una infracción tiene derecho a no ser re-victimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión, sin embargo, tal prescripción no es desarrollada a profundidad, dejando su materialización concreta en manos de los operadores jurídicos, y principalmente a fiscales y jueces. La norma señala también que la víctima debe ser protegida de cualquier amenaza u otras formas de intimidación y, para el efecto, se podrán utilizar medios tecnológicos, a fin de evitar la confrontación directa con el agresor. A todo esto, se añade los derechos preexistentes establecidos en el Código de Procedimiento Penal del año 2000 y sus posteriores reformas.

La violencia sexual, como tipo particular de lesión a la integridad y con afectación diferenciada en mujeres de cualquier edad, requiere del cumplimiento modulado de las garantías dispuestas en forma general para las víctimas. Esto, por cuanto a diferencia de otro tipo de vulneraciones a bienes jurídicos tutelados, que cesan con la compensación material, la recuperación de tejidos o los actos de reconocimiento, los actos de violencia sexual dejan secuelas en procesos psicológicos como la reproducción, el placer sexual, la empatía sentimental, y en procesos socio-culturales como la estigmatización, el rechazo familiar, adaptación laboral, que en todos los casos pueden ser de corta, media o de indefinida duración. Lo

⁵¹ Asamblea Nacional. «Código Orgánico Integral Penal.» Suplemento del Registro Oficial 180, 10II(2014). 10 de febrero de 2014.

cual se puede ser agravado por los daños causados a las víctimas colaterales en el núcleo familiar, más aun si el acto de violencia sexual proviene de alguno de sus miembros, y ello ha significado la escisión de las relaciones familiares, o por el contrario, cuando la violencia sexual procede de agentes del Estado implica la pérdida generalizada de la confianza en el sistema y la siembra de un clima social de arbitrariedad, que puede desembocar en la perversión de las relaciones sociales.

Por ello, conforme se indicó anteriormente, la diligencia debida en la investigación que armonice la dignidad de la víctima y los requerimientos procesales para el juzgamiento de los responsables es una cuestión vital para la vigencia del Estado de Derecho, y que en materia de violencia sexual, requiere aún más razonabilidad, prudencia y proporcionalidad. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Fernández Ortega vs. México* refiere:

[...] 193. En casos de violencia contra la mujer las obligaciones generales establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. 194. Entre otros, en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso. 197. La Corte observa que en el presente caso ha concurrido la falta de voluntad, sensibilidad y capacidad en varios de los servidores públicos que intervinieron inicialmente en la denuncia realizada por la señora Fernández Ortega. Asimismo, la carencia de recursos materiales médicos elementales, así como la falta de utilización de un protocolo de acción por parte del personal de salud estatal y del Ministerio Público que inicialmente atendieron a la señora Fernández Ortega, fue especialmente grave y tuvo consecuencias negativas en la atención debida a la víctima y en la investigación legal de la violación. 198. Con base en las anteriores consideraciones y en el reconocimiento parcial de responsabilidad del Estado, la Corte Interamericana concluye que las autoridades

estatales no actuaron con la debida diligencia en la investigación de la violación sexual de la señora Fernández Ortega, la cual, además, excedió un plazo razonable [...]”⁵²

Conforme a la cuestión planteada en el presente documento, el texto de la sentencia transcrita se armoniza con la garantía establecida en el numeral 5 del Art. 11 del Código Orgánico Integral Penal, que reconoce como derecho de las víctimas el no ser re-victimizada, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, incluida su versión, derecho también reconocido por la Constitución de la República que en su Art. 78.

La prueba, como sabemos es el mecanismo mediante el cual la realidad material puede ser captada para su formación procesal, con fines de valoración judicial. Su práctica debida es la única garantía de certeza y racionalidad de la decisión, por lo que su obtención debe observar los derechos de las partes. Sin embargo, conforme ha sido analizado en este documento, la violencia sexual es un caso especial en que la injusticia e ilegitimidad proviene del igualitarismo frente a otras formas delictuosas.

En los delitos sexuales, es vital para la no re-victimización secundaria la privacidad y confianza en la práctica de las diligencias, de tal modo que se evite o limite la necesidad de su repetición. Su valoración, por otra parte, debe potencializarse en armonía con las experticias posibles, a fin de otorgarle la mayor validez y eficacia probatoria posible. La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sobre éste particular, ha referido que:

“[...] en los delitos sexuales el criterio de apreciación de la prueba, principalmente el testimonio de la ofendida o del ofendido es mucho más amplio que en otro tipo de delitos pues, no cabe duda que en este tipo de infracciones cometidas con frecuencia, nadie mejor que la agraviada o agraviado para identificar al ofensor más aún cuando estos ilícitos se perpetran de forma clandestina, secreta y encubierta, por tanto se considera improbable la existencia de la prueba directa, la presencia de testigos u otra clase de elementos [...]”⁵³

En esta línea de ideas, la valoración médica y psicológica a la víctima debe organizarse según directrices de atención tendientes reducir las consecuencias de la violación, al efecto, los exámenes médico y psicológico debe ser los más completos y

⁵² Fernandez Ortega vs. México. Serie C No. 215-224 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de agosto de 2010).

⁵³ La prueba en delito de violación: Recurso de Casación. Sentencia No. 554-2010 (Corte Nacional de Justicia, 16 de junio de 2015).

detallados posibles, mientras el personal especializado que lo practica debe ser éticamente idóneo y académicamente capacitado para tales fines.

En este punto, es importante resaltar la recomendación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de que en lo posible, el profesional de la salud encargado de la valoración sea del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea.

Sin embargo, pese a las obligaciones convencionales existentes, se puede observar en el texto legal una profunda densidad semántica que deja en indeterminación las obligaciones que de tal mandato se desprenden. Debe tenerse presente en el lenguaje legal que éstos se ven mayormente afectados por la polisemia ontológica que afecta los significantes legales. Monateri al respecto señala:

[...] No se trata aquí en absoluto de algo subjetivo: es decir, no es el intérprete quien inventa múltiples significados porque se olvida de la equidad, es la polisemia ontológica que viene a la luz en el proceso objetivo de interpretar. En efecto, para arribar el resultado, es necesario algo más que no sea la simple interpretación, ya que precisamente en cuanto sea verdad esta no puede sino custodiar la polisemia originaria; entonces, se necesita otro requisito, como se observa bien en la divergencia entre la Corte de casación y el Consejo de Estado, se esconde, precisamente, en el elemento de la decisión. [...] ⁵⁴

Este mismo fenómeno se observa en el siguiente grupo de convergencias tutelares en materia de violencia sexual, por lo que luego de su análisis, resta la revisión de las disposiciones legales relacionadas con la obtención y valoración probatoria aplicables a los casos de violencia sexual, a fin de establecer el grado de irradiación constitucional del derecho a la no re-victimización, y a partir de ese contexto, diseñar aportes para la materialización progresiva dicho principio constitucional.

2.1.3. **La convergencia de las garantías de reparación y protección especial**

Conjuntamente a la dialéctica procesal entre la libertad de participación de la víctima y las obligaciones dimanadas de la debida diligencia coexiste el avance más importante de la justicia penal del nuevo siglo: la reparación y las acciones afirmativas para la protección especial de la víctima mujer y/o menor de edad víctima de violencia sexual. El Código Orgánico Integral Penal, en su parte correspondiente refiere:

⁵⁴ Monateri, Pier Giuseppe. Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado. Lima: Ara editores, 2009: 31

Art. 11.- Derechos.- En todo proceso penal, la víctima de las infracciones gozará de los siguientes derechos: [...] 2. A la adopción de mecanismos para la reparación integral de los daños sufridos que incluye, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición de la infracción, la satisfacción del derecho violado y cualquier otra forma de reparación adicional que se justifique en cada caso. 3. A la reparación por las infracciones que se cometan por agentes del Estado o por quienes, sin serlo, cuenten con su autorización. [...]12. A ser tratada en condiciones de igualdad y cuando amerite, aplicar medidas de acción afirmativa que garanticen una investigación, proceso y reparación, en relación con su dignidad humana. Si la víctima es de nacionalidad distinta a la ecuatoriana, se permitirá su estadía temporal o permanente dentro del territorio nacional, por razones humanitarias y personales, de acuerdo con las condiciones del Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal [...]55.

La reparación integral, las acciones afirmativas y la protección especial, como cualquier concepto de reciente data, constituyen significantes en continuo desarrollo, cuyos significados específicos son desarrollados progresivamente por la actividad jurisdiccional de los tribunales nacionales e internacionales dedicados a la protección de los derechos fundamentales del individuo.

En tal sentido, podemos establecer preventivamente que la reparación está ampliamente ligada a cualquier acción tendiente a dignificar y resarcir a la víctima frente a la agresión sufrida; así pues, la reparación integral puede incluir conceptos disímiles como la investigación de hechos impunes, como el otorgamiento de asistencia sanitaria gratuita, compensaciones económicas, nulidades procesales, publicaciones por la prensa, etc.

En tal sentido, conceptos como la debida diligencia en la investigación o la protección especial de la víctima, la restauración del derecho vulnerado son medidas que fácilmente pueden formar parte de un paquete reparatorio, sin que ello altere su independencia teórica. Por su parte, la protección especial a la víctima es un concepto dúctil que permite la intervención pre o post sentencia, de tal suerte que el individuo afectado en sus derechos se involucre activamente en la investigación o en su defecto pueda recuperarse eficazmente del daño sufrido. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso “La masacre de las Dos Erres” produce una de las reparaciones más amplias y complejas en materia de protección de los derechos humanos de las personas, y particularmente, de las mujeres víctimas de violencia sexual, a saber:

⁵⁵ Asamblea Nacional. «Código Orgánico Integral Penal.» Suplemento del Registro Oficial 180, 10II(2014). 10 de febrero de 2014.

217. Por lo expuesto, la Corte considera que en el presente caso, la gravedad de los hechos de la masacre y la falta de respuesta judicial para esclarecer éstos ha afectado la integridad personal de las 153 presuntas víctimas familiares de las personas fallecidas en la masacre. El sufrimiento y daño psicológico que éstos han padecido debido a la impunidad que persiste a la fecha, después de 15 años de haberse iniciado la investigación, hace responsable al Estado de la violación del derecho reconocido en el artículo 5.1 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de las referidas personas. Además, por las razones expresadas anteriormente, y por las condiciones particulares señaladas respecto a los dos sobrevivientes de la masacre, esta Corte considera que el Estado violó el artículo 5.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma, en perjuicio de Ramiro Osorio Cristales y Salomé Gómez Hernández. [...] La Corte dispone que, - La Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas constituye, per se, una forma de reparación. - El Estado debe investigar, sin mayor dilación, de forma seria y efectiva los hechos que originaron las violaciones declaradas en la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, con el propósito de juzgar y, eventualmente, sancionar a los presuntos responsables. - El Estado debe iniciar las acciones disciplinarias, administrativas o penales que sean pertinentes, de acuerdo con su legislación interna, contra las autoridades del Estado que puedan haber cometido y obstaculizado la investigación de los hechos. - El Estado debe adoptar las medidas pertinentes para reformar la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad en Guatemala. - El Estado debe proceder a la exhumación, identificación y entrega de los restos de las personas fallecidas en la masacre de Las Dos Erres a sus familiares. - El Estado deberá implementar cursos de capacitación en derechos humanos a diversas autoridades estatales. - El Estado debe publicar, por una sola vez, en el Diario Oficial y en otro diario de circulación nacional, los Capítulos I, VIII; IX y X; el párrafo 222 del Capítulo XI, y los párrafos 225, 229 a 236, 238 a 242, 244 a 249, 251 a 254, 256, 259 a 264, 265, 268 a 270, 271 a 274 y 283 a 291 del Capítulo XII, de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, incluyendo los nombres de cada capítulo y del apartado respectivo - sin las notas al pie de página correspondientes, y la parte resolutive de la misma. Adicionalmente la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas se deberá publicar íntegramente, al menos por un año, en un sitio web oficial del Estado adecuado. - El Estado debe realizar los actos públicos ordenados. - El Estado debe levantar un monumento. - El Estado debe brindar el tratamiento médico y psicológico que requieran las 155 víctimas. - El Estado debe crear una página web de búsqueda de niños sustraídos y retenidos ilegalmente. - El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 292 a 295 y 303 y 304 de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, por concepto de indemnización por daño inmaterial y reintegro de costas y gastos [...] ⁵⁶.

De lo transcrito se puede concluir que por una parte la reparación integral puede fusionarse fácilmente con cualquiera de las formas obligacionales que tiene el Estado frente a la violencia sexual y de género; mientras que, la protección especial y las acciones afirmativas, son mecanismos de apoyo para las acciones de investigación y

⁵⁶ Habitantes del parcelamiento de Las Dos Erres y sus familiares vs. Guatemala. Serie C No. 211 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2009).

reparación, con el fin de optimizar tales procesos y asegurar la protección del individuo.

2.2. Obtención y valoración de las pruebas en los delitos de violencia sexual

Como sabemos, el proceso es el vínculo particular entre la norma procesal y la prescripción sustancial. En este marco, la prueba es el nexo entre la realidad histórica y los contenidos normativos. Desde una perspectiva constitucional, el hecho probado, esto es, el vestigio de la realidad que ha transitado por el tamiz validador de la norma probatoria, es el elemento concurrente necesario para el ejercicio interpretativo silogístico que usa a la norma sustancial como premisa mayor, en los términos del Art. 76.7 literal I de la Constitución.

Dicho esto, se desprende que la prueba es el objeto teleológico del proceso, que debe ocurrir según el sistema procesal específico, entendido como “una estructura progresiva de preclusiones, que permiten un desarrollo adecuado de las fases procesales de forma a posibilitar una irreversibilidad [...] de esta forma los sistemas procesales en mayor o menor grado son sistemas de preclusión donde son establecidos, con mayor o menor rigor, fases y momentos procedimentales para la práctica de actos”⁵⁷.

Los delitos vinculados a la violencia sexual, son ilícitos de acción pública en su totalidad –*a excepción del estupro, que si bien no comporta un acto de violencia en sí mismo, contiene en su antijuridicidad una lesión a la integridad/indemnidad sexual de un o una menor de edad*-. Esto, debido a la gravedad de su afectación, sin posibilidad de soluciones alternativas al conflicto penal. Al efecto, debe reconocerse en un primer momento, que el proceso penal ordinario de acción pública posee tres instancias procesales diferenciadas⁵⁸, que pueden o no estar precedidas por una fase de investigación previa de naturaleza pre-procesal.

Durante la Instrucción Fiscal, a través de la práctica de diligencias de investigación, se determina la existencia elementos de convicción, de cargo y descargo, que permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada

⁵⁷ Didier, Freddie, y Pedro Pedrosa. Teoría de los hechos jurídicos procesales. Lima: Ara editores, 2015: 175

⁵⁸ Art. 589.- Etapas.- El procedimiento ordinario se desarrolla en las siguientes etapas: 1. Instrucción. 2. Evaluación y preparatoria de juicio. 3. Juicio. Asamblea Nacional. «Código Orgánico Integral Penal.» Suplemento del Registro Oficial 180, 10II2014). 10 de febrero de 2014.

en la segunda fase procesal, esto es, la evaluación y preparación del Juicio. En esta segunda etapa conocer y resolver sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento, que coadyuven el establecimiento de la validez procesal; luego de ello, se procede a valorar y evaluar los elementos de convicción desarrollados y obtenidos durante la fase procesal y pre-procesal de investigación, y que sirven de fundamento para el dictamen fiscal. En caso de existir un dictamen fiscal acusatorio, las partes procesales culminan la diligencia con la cuestión probatoria, a fin de excluir los elementos de convicción que son ilegales y violatorios a las garantías del debido proceso, anunciar las pruebas que serán practicadas en la audiencia de juicio y aprobar acuerdos probatorios. Roxin refiere al respecto:

“La fiscalía está obligada a la realización de las averiguaciones y, dado el caso, a acusar, cuando existe una sospecha correspondiente sobre la comisión del hecho punible [...] para iniciar la persecución penal, es necesaria la llamada sospecha inicial simple, es decir, un apoyo justificado por hechos concretos y fundado en la experiencia criminalística, de que existe un hecho punible y perseguible [...]”⁵⁹

Mientras tanto, durante el juicio, que es la etapa principal del proceso, los sujetos procesales contradicen sus teorías del caso y practican la prueba a fin de establecer o refutar la existencia de una infracción penal materializada y reprochable a los procesados por la existencia de responsabilidad penal.

La prueba en el proceso penal está regida por un conjunto de principios señalados en el Art. 454 del Código Orgánico Integral Penal, que delinean un marco que debe ser interpretado y aplicado en beneficio de las víctimas, particularmente en los casos de violencia sexual. En concreto tenemos que si bien la prueba es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, con el fin de ser practicada en la audiencia de juicio, se abre la posibilidad que excepcionalmente el testimonio producido de forma anticipada sea considerado como prueba válida.

Por el contrario, los principios de inmediación y contradicción en materia probatoria deben ser armonizada con la norma de no re-victimización a fin de evitar maniobras de hostigamiento a la víctima, sus familiares o testigos. Por su parte, la libertad probatoria, en su propio texto, está condicionada por el principio procesal de pertinencia, que excluye las actuaciones que excedan la determinación en juicio de la materialidad del hecho punible y la responsabilidad del procesado

⁵⁹ Roxin, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2003: 329

Finalmente, entre los principios probatorios se insiste en la primacía de la igualdad, tanto en el plano formal, como en el material, lo cual brinda el justificativo normativo para la protección de la víctima con medidas de acción afirmativa.

De lo expuesto se deduce que la práctica de la prueba, como acto procesal formal para la formación del criterio decisorio del tribunal de garantías penales se realiza en audiencia de juicio. Sin embargo, la pericia necesariamente es practicada durante la investigación procesal o pre-procesal, ya que el informe pericial sirve de elemento de convicción para la configuración preliminar del dictamen fiscal y el auto de llamamiento a juicio. Por su parte, el testimonio o el documento, no necesariamente son agregados durante la investigación procesal o pre-procesal, empero, su inserción en el expediente generalmente si resulta necesaria para acreditar una sólida base de elementos de convicción para la configuración preliminar del dictamen fiscal y el auto de llamamiento a juicio.

Al efecto, es durante las fases de investigación donde se obtiene el elemento de convicción o anticipo probatorio, que luego de ser anunciado en la audiencia preparatoria de juicio y ser practicado en la audiencia de juicio, llega a formar parte del acervo probatorio del que dispone el tribunal para tomar su decisión. Cabe recordar finalmente, que la prueba en nuestro sistema penal es valorada libremente y su finalidad es producir en la *psique* del juzgador el convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción, así como, la responsabilidad de la persona procesada, por lo que, una vez cumplidos los presupuestos procesales para su anuncio y práctica en juicio, sirve como elemento de valoración judicial en la construcción de la verdad procesal y la correspondiente motivación de la decisión judicial.

Además, resulta evidente que el Código Orgánico Integral Penal profundiza el modelo acusatorio oral, ya que extrae de la esfera probatoria los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, otorgándoles la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, sin que sustituyan al testimonio o la explicación pericial, que son la prueba valorada en juicio, conjuntamente con los vestigios materiales exhibibles y los documentos.

De lo expuesto, se desprende que es durante la obtención de los elementos de convicción, que posteriormente se transformarán en prueba bajo la ficción del anuncio y practica testimonial, donde los delitos de violencia sexual encuentran su máxima violencia institucional, y con ello, la re-victimización de la presunta víctima.

Esta re-victimización tiene su origen en el recuerdo y exposición repetida del hecho violatorio a la libertad e integridad sexual que ha sufrido la víctima, y que se realiza a varias personas extrañas, en el marco de la versión libre o entrevista, la evaluación psicológica, la evaluación social, la revisión médica, la investigación policial, una eventual ampliación de la versión o entrevista y el anticipo jurisdiccional de prueba o el testimonio ante el tribunal de garantías penales.

Paralelamente, la violencia sexual, en tanto implique una lesión física o acceso carnal, constituye además la vigilancia del cuerpo por parte del profesional médico, lo cual, constituye otra forma de revivir el daño sufrido. Martín Ríos sobre éste punto refiere:

En numerosas ocasiones, el desarrollo del proceso penal provoca en la víctima padecimientos añadidos a los de su victimización primaria. Así, a los temores e incertidumbre que suelen acompañar a quienes se ven inmiscuidos en un proceso penal se agrega, en la praxis, la exposición a situaciones de incompreensión e indiferencia hacia sus especiales necesidades. Por victimización secundaria entendemos el fenómeno caracterizado por la exposición de las víctimas a ulteriores situaciones dolorosas, más allá de la que constituyó el hecho mismo de su victimización primaria. Paradójicamente, por tanto, el inicio de un proceso que, inicial y teóricamente aparece diseñado para proteger, entre otros, los intereses víctimales, acarrea también —por diversos factores que analizaremos— efectos indeseables para la víctima. Hablamos, en concreto, de daños de naturaleza psíquica, física, social o económicos originados por el sistema estatal de justicia⁶⁰.

Si a este cuadro de repetición continua del hecho y revisión médica del cuerpo le sumamos que la víctima es mujer y que este tipo de diligencias son practicadas por varones heterosexuales adultos, la re-victimización se vuelve a repetir desde la institucionalidad. ¿Por qué una mujer debe entregar sus recuerdos y su desnudez a un hombre por exigencias de la institucionalidad que dice protegerla?

Este cuadro se complejiza más aún, si la víctima/mujer es menor de edad, ya que en ella confluyen dos estados de vulnerabilidad: la diferencia por el género y la fragilidad por la edad, con un mayor riesgo de perpetuidad del daño causado en sus procesos psíquicos y emocionales vinculados esencialmente a la formación de la identidad y la adaptación social. Sobre éste punto, Tamarit señala:

“La posición de la víctima menor de edad resulta especialmente delicada desde el punto de vista de la victimización secundaria, que implica consecuencias como sentimientos de miedo, autocompasión y sentimientos de culpabilidad, o de

⁶⁰ Martín Ríos, María del Pilar. Víctima y Justicia Penal. Barcelona: Atelier, 2012: 440

impotencia, personal o institucional, e incluso efectos potencialmente aún más dañinos para el correcto desarrollo del menor”⁶¹

Este fenómeno de superposición de categorías de vulnerabilidad es lo que se ha denominado *interseccionalidad* donde la condición de género se ve agravada por la concurrencia de otras dimensiones de la personalidad que se encuentra en situación de desventaja o discrimen, tal como, la edad, la etnia, la convicción religiosa no convencional, origen cultural, condición socio-económica. Al respecto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha señalado:

[...] la discriminación contra la mujer se ve agravada por factores interseccionales que afectan a algunas mujeres en diferente grado o de diferente forma que a los hombres y otras mujeres. Las causas de la discriminación interseccional o compuesta pueden incluir la etnia y la raza, la condición de minoría o indígena, el color, la situación socioeconómica y/o las castas, el idioma, la religión o las creencias, la opinión política, el origen nacional, el estado civil y/o maternal, la localización urbana o rural, el estado de salud, la discapacidad, la propiedad de los bienes y el hecho de ser mujeres lesbianas, bisexuales, intersexuales. Estos factores interseccionales dificultan a las mujeres pertenecientes a esos grupos el acceso a la justicia [...]⁶²

Sin embargo, pese a la violencia institucional ejercida a la víctima, ambos elementos, tanto relato repetitivo de los hechos como el informe pericial del profesional de la salud, constituyen la referencia para que la fiscalía determine si ejerce el monopolio de la pretensión punitiva, por lo que la cuestión se reduce a observar los mecanismos perfectibles y proponer soluciones.

2.2.1. **La obtención de muestras y la pericia médica**

Como se manifestó anteriormente uno de los ejes donde la violencia institucional se observa con claridad en el tratamiento de los delitos sexuales es la revisión médica. Bajo éste término se intenta agrupar tanto la obtención de muestras, como el examen médico legal, los cuales comportan una invasión al cuerpo de la víctima, aparentemente consentida por ella misma, con la finalidad de acceder a la tutela efectiva de sus derechos lesionados, y más concretamente, a la protección institucional ante la victimización terciaria o la práctica de nuevas agresiones por parte del mismo procesado o por personas cercanas.

⁶¹ Tamarit Sumalla, Josep María. La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Navarra: Aranzadi S.A., 2002: 132

⁶² Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Nueva York: Naciones Unidas, 2015.

El Art. 463 del Código Orgánico Integral Penal regula el procedimiento para la realización de pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre, de objetos situados en el cuerpo u otras análogas. En el primer numeral se establece que en la confrontación de los intereses institucionales y la dignidad de la persona, prevalece ésta última. Los profesionales de la salud que realicen estos exámenes, estarán obligados a conservar los elementos de prueba encontrados en condiciones de seguridad, que serán entregados inmediatamente al personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, y deberán rendir testimonio anticipado o podrán ser receptados mediante video conferencias de acuerdo con las reglas del presente Código.

Pese a la prevalencia de la dignidad humana de la víctima, y la existencia de pronunciamientos previos como la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fernández Ortega vs. México*, la norma transcrita conserva una disposición que pone en grave riesgo dicha dignidad, a través de la expresión: *Salvo que sea imprescindible, se prohibirá someterle a la persona nuevamente a un mismo examen o reconocimiento médico legal.*

Esta disposición a través de un significante tan denso e indeterminado como lo *imprescindible*, pretende someter a la violencia institucional a la víctima del delito las veces que sus funcionarios estimen necesario, lo cual, en el caso de la violencia sexual contra las mujeres de cualquier edad, comporta la violación de la propiedad sobre el cuerpo, para dejarlo a los designios de la institucionalidad, que hipotéticamente debe protegerla. La pérdida de dominio sobre el cuerpo en el caso de la mujer ha sido una constante en la historia de civilización, por lo que la existencia de normas tan permisivas en la irrupción del cuerpo femenino, son una extensión histórica de dicho estado de desigualdad, a pretexto de la tutela judicial efectiva.

Además de las recomendaciones señalada en la sentencia mencionada en el párrafo anterior sobre la especialidad de la pericia médica, es importante añadir la perspectiva ampliada que sobre el contexto de la violencia sexual frente a la evaluación médica y el testimonio de la víctima que ofrece la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Valentina Rosendo Cantú vs. México*. Al efecto, la Corte señala que la pericia médica es un mecanismo de prueba esencial, que en virtud de la interseccionalidad de la víctima –*mujer, menor de edad, indígena, carente de recursos,*

con lengua autóctona- debe armonizarse con la obligación estatal de proveer un traductor, a fin que la víctima tenga plena conciencia de su participación en el proceso⁶³

En tal sentido, la debida diligencia en los casos de violencia sexual, como garantía específica de las víctimas sometidas a este tipo de agresión, no es una obligación aislada y/o diferenciada de otros fenómenos tutelares, por el contrario, es una garantía insertada transversalmente en la fase participativa y reparatoria del proceso. Su inobservancia genera una secuencia de vulneraciones a instrumentos internacionales de derechos humanos y una profundización de las condiciones de inequidad a la que es sometida la mujer, y particularmente, cuando es menor de edad.

La Corte hace un importante señalamiento en materia de protección de víctimas mujeres menor de edad, que se traducen en recomendaciones que afectan todo el espectro de posibilidades probatorias en materia de violencia sexual, a saber:

La obligación de proteger el interés superior de los niños y niñas durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados puede implicar, *inter alia*, lo siguiente: i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño.⁶⁴

En efecto, la evaluación médica es una pericia especialmente importante, que además de las recomendaciones sobre su suficiencia y precisión técnica, también deben sumarse medidas de protección especial a la víctima que aseguren su participación efectiva en el proceso, tales como la el acompañamiento, la información oportuna de la diligencia a practicarse, la idoneidad del perito, etc.

En el caso de la legislación ecuatoriana, el Art. 465 del Código Orgánico Integral Penal que regula la realización de exámenes médicos y corporales, señala que tales evaluaciones, ante el peligro de pérdida o destrucción, podrán ser practicados en los centros de salud públicos o privados acreditados a los que acuda la víctima, previo consentimiento escrito de la víctima o de su representante

⁶³ Valentina Rosendo Cantú. Folio: 310810 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2010).

⁶⁴ Valentina Rosendo Cantú. Folio: 310810 *ibídem*.

Esta disposición regula las actuaciones médicas para la construcción de un elemento de convicción y prueba potencial que deviene en esencial para la construcción de la materialidad de cualquier infracción que tenga como eje la violencia sexual: la pericia médica.

Conforme ya quedó indicado, la pericia médica se hace proceso en la medida que el profesional de la salud que la ejecutó en fase de investigación, comparece al tribunal a exponer los métodos empleados en la revisión y los hallazgos científicamente fundados.

Sin embargo, tal regulación es insuficiente en dos aspectos: (i) No establece la obligación puntual de las autoridades y funcionarios involucrados en el proceso a ofrecer información oportuna y precisa sobre su derecho de elegir el género del médico examinador, fuera del *“Protocolo para peritajes forenses VIF-delitos sexuales y lesiones cuando la vida de la víctima no corre riesgo por las lesiones”* que si bien es cierto hace referencia al cumplimiento obligatorio del consentimiento informado, este se limita a que la víctima esté informada sobre lo que sucederá en el peritaje legal y la utilidad del procedimiento, y además a la autorización que la víctima o su representante legal debe brindar para realizarlo. Aunque en la norma se ofrece la posibilidad de elegirlo, no se establece el mecanismo para que la normatividad llegue a la realidad, por lo que, lo ideal sería establecer la obligación de que el médico examinador sea del mismo sexo, ya que al final del día, la víctima desconoce sus garantías y derechos a elegir, y suele someterse a la voluntad de la institucionalidad, esto, desaprovechando el prenombrado protocolo, que aplicado en forma debida podría constituir una salida sin costo para el Estado frente al problema de la desinformación y la potencial victimización secundaria; y, (ii) No se establece la obligación del acompañamiento durante el examen médico de una víctima niña, niño o adolescente, o persona que por alguna condición física o mental lo requiera, o la posibilidad electiva del acompañamiento cuando se trata de una persona mayor de edad.

El prenombrado protocolo que aplica la Fiscalía General del Estado, sólo contempla que de encontrarse con una víctima niña, niño o adolescente donde su representante legal se oponga al consentimiento de la víctima, el o la fiscal podrá nombrar un curador para que la asista. Si el cuerpo y la sexualidad son aspectos culturalmente diferenciados en las mujeres, evidentemente, la revisión médico-ginecológica es una forma de violencia institucional contra la mujer, que se justifica

excepcionalmente por la necesidad procesal-probatoria, por lo que, debe prestarse todos los mecanismos necesarios para una sensación de seguridad e intimidad.

Las acciones de la fiscalía que buscan la obtención de elementos de convicción que permitan asegurar la existencia o inexistencia de la violencia sexual, oscilan entre la tutela de la víctima y el derecho de presunción de inocencia del procesado; sin embargo, el equilibrio planteado en el Código Orgánico Integral Penal, permite que los procedimientos para obtener los elementos de convicción y pruebas potenciales no resulten óptimos, puesto que involuntariamente siguen permitiendo la violencia institucional contra la víctima, y con ello, configurar violaciones a la garantía de no re-victimización. No es que las reformas legislativas o los esfuerzos jurisprudenciales puedan resolver las inequidades estructurales del sistema patriarcal, sin embargo, el trabajo académico e institucional debe transitar continuamente por la optimización de sus instrumentos, ya que hoy en día “el problema de fondo relativo a los derechos es hoy no tanto el de justificarlos, como el de protegerlos...”⁶⁵

2.2.2. El testimonio y la pericia psicológica

En los casos relacionados a la violencia sexual, que generalmente son ejecutados sin testigos y en la intimidad, resulta esencial el valor del testimonio y la pericia psicológica. Ambas diligencias están profundamente ligadas, porque dependen de la verbalización de los hechos ocurridos por parte de la víctima, con todos los matices que ello conlleva.

Conforme ya ha sido revisado, el lenguaje adolece de una carga polisémica, por ello, la densidad de los significantes pueden ser utilizados como debilidades en la narración del hecho. Así, hace pocos años, previo a las reformas penales de 2005 en materia de delitos sexuales, “en los tribunales, el testimonio de las mujeres víctimas de la violencia suele desvirtuarse con pruebas irrelevantes de su vida sexual, o se lo relativiza, acusando a las víctimas de estar desequilibradas mentalmente”⁶⁶.

Sin embargo, conforme ya fue anotado, la irradiación de la convencionalidad en materia de género ha producido dos fenómenos jurídicos que debidamente aprovechados disminuyen considerablemente las posibilidades de re-victimización en

⁶⁵ Bobbio, Norberto. El problema de la guerra y las vías de la paz. Barcelona: Gedisa, 2000: 128

⁶⁶ Arroyo, Roxana, y Lola Valladares. Derechos Humanos y Violencia Sexual Contra Las Mujeres en "El Género en el Derecho" [Comp.] Ramiro Ávila, Judith Salgado, Lola Valladares. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009: 451

la narración testimonial: la valoración probatoria plena del testimonio de la víctima de violencia sexual y el testimonio anticipado.

Del mismo modo, debe contarse como una iniciativa institucional valiosa y necesaria la implementación de la cámara de Gesell, a fin de reducir la exposición directa de la víctima al hostigamiento del interrogatorio procesal.

Por su parte la evaluación psicológica, por mandato del el Art. 465 del Código Orgánico Integral Penal debe practicarse a las víctimas de violencia sexual, lo que en la práctica procesal suele ser empleado para determinar: (i) El diagnóstico del daño emocional y psicológico. (ii) La proyección de recuperación; y, (iii) La acreditación de la veracidad del relato.

En este escenario, cabe recordar que conforme se ha manifestado previamente, las diligencias probatorias son tendencialmente reconstructivas del hecho, y en tal sentido, pueden provocar en la víctima una regresión al hecho, con el sufrimiento emocional que ello conlleva. La narración del hecho, evidentemente es una regresión aflictiva en relación a la gravedad de la agresión, la interseccionalidad y la composición psicológica de la víctima. La cuestión, es que la narración detallada del hecho es necesaria, pero, también perfectible.

En el proceso penal, la víctima de violencia sexual debe cuando menos narrar procesalmente 5 veces su vivencia, sin contar con la interrogación al interior del núcleo familiar: la versión libre ante la fiscalía, la versión libre ante el agente policial designado, las narraciones para fundar la evaluación médica y psicológica, la entrevista ante la trabajadora social y el testimonio, sea este anticipado o en juicio oral.

Si bien, las garantías desarrolladas desde el Código Orgánico Integral Penal otorgan herramientas a la fiscalía para evitar la re-victimización, la configuración procesal actual aún requiere de un desgaste emocional de la víctima para obtener la tutela del aparato judicial, de tal suerte que debe facilitar las diligencias de la institucionalidad en desmedro de su integridad e intimidad, incluso en el *Protocolo para peritajes forenses VIF-delitos sexuales y lesiones cuando la vida de la víctima no corre riesgo por las lesiones*, no se evidencia un procedimiento simplificado que evite el sometimiento de la víctima a todo este interrogatorio.

2.3. Conclusiones parciales

El Derecho Procesal Penal es una rama del Derecho Público que tiene por finalidad la materialización del Derecho sustantivo penal. En su articulación ocupa un sitio principal su dimensión probatoria, porque es a través de la prueba donde el juzgador puede acceder a la verdad histórica de los hechos y dictar un fallo conforme exigen las garantías del debido proceso.

Con el ascenso del saber victimológico, entre la Constitución de 1998 y la de 2008 se ha producido un salto cualitativo en la protección a la víctima de delitos, otorgándole un abanico más amplio de derechos, así como garantías especiales para su protección procesal.

Sin embargo, la inevitable perfectibilidad del lenguaje legal nos lleva a la comprensión que las garantías adolecen de un grave defecto: son diseñadas desde la aparente neutralidad que impone la masculinización del lenguaje al interior del sistema patriarcal. Así, la víctima de la violencia sexual, si bien mejor protegida que antes, aún enfrenta la re-victimización en el decurso de la investigación y juzgamiento penal, lo cual puede agravarse aún más cuando concurren acciones negligentes por parte de la institucionalidad o acciones de hostigamiento por el contradictor procesal.

En concreto, pese a que la víctima que ya ha sido despojada de la libertad o integridad de su cuerpo y subjetividad, debe ceder ante la institucionalidad que exige cuando menor una evaluación corporal con fines médicos y al menor cinco narraciones del hecho de violencia acaecido en su contra.

Esto se agrava si le sumamos que las normas que delimitan la exposición de la víctima a una segunda o ulterior evaluación médica no se encuentran debidamente regladas, a fin de evitar una interpretación arbitraria desde la institucionalidad que obligue a la víctima una vez más a la exposición de su cuerpo.

En este marco, cabe resaltar que evitar la re-victimización implica esencialmente impedir que la víctima *–más aún cuando se encuentra en situación de interseccionalidad–* sea arbitraria e innecesariamente sometida a revivir en cualquier modo la agresión sufrida *–ora mediante la verbalización recurrente del hecho violento, ora mediante la exposición repetida del cuerpo–* y cuando el aparato judicial, pese a la probanza del hecho, no otorgue las medidas de participación, debida diligencia, protección, restauración y reparación que corresponden. Evidentemente, tales condiciones son amplias, sin embargo, congloban de mejor forma las diferentes

variantes por las que la víctima puede ser re-victimizada por la institucionalidad que debe precisamente protegerla.

En la obtención de la prueba, se observan dos fenómenos concretos que pueden devenir en procesos de re-victimización: (i) De una parte, la pericia médica que es quizás la diligencia de investigación más invasiva en la dignidad e integridad de la víctima, cuenta con puntos blandos donde se pueden justificar ulteriores revisiones médicas, o se genere un clima de incomodidad y hostilidad en contra de la víctima, ora por ausencia de acompañamiento, ora por la presencia de un acompañamiento forzado, ora por la intervención de un médico del sexo opuesto. (ii) En las diligencias donde interviene la verbalización del hecho, en cambio, su pluralidad genera la recreación constante del hecho, sin que existan mecanismos que permitan optimizar las narraciones, a fin de reducir su número.

En cualquier caso, debe recordarse que la crítica del Derecho desde la perspectiva de género es una tarea en permanente construcción. Pese a la constancia de la violencia sexual en contra de la mujer desde el origen de la familia moderna, es recién a finales del siglo XX cuando aparecen los primeros instrumentos normativos tendientes a la protección de la mujer, máxime cuando se halla en condiciones de interseccionalidad, y apenas hace poco más de dos años se encuentra en vigencia el Código Orgánico Integral Penal con un conjunto de derechos y garantías más amplio para las víctimas que sus predecesores. Por ello, la recuperación de la vivencia femenina desde el anonimato de la estadística judicial, así como los estudios de género y las investigaciones aplicadas a la realidad de las mujeres víctimas de discriminación y vulnerabilidad son esfuerzos necesarios para la depuración y optimización progresiva de los aparatos normativos y las prácticas procesales.

La evitable re-victimización de la niña YBVL y la formulación de garantías especiales para la obtención probatoria en violencia sexual

3.1. Introducción y justificación del análisis de caso

La violencia sexual es un fenómeno sistémico y arraigado en la sociedad. No es casualidad que las agravantes calificadoras de la infracción o para el aumento de la pena en los injustos contra la libertad e integridad sexual, cuenten con acápites para personas que prevalidas de la cercanía o del poder que ejercen sobre la víctima ejerzan actos de violencia. Para remediar este fenómeno, la normatividad ha echado mano del Derecho Penal, a fin de brindar un espectro de protección radical, en contra de éste tipo de conductas.

En tal sentido, la institucionalidad, que pese a los avances en materia de protección a la víctima, aún sigue dejando espacios que permiten la innecesaria, e incluso, negligente irrupción en el cuerpo femenino de la víctima de violencia sexual; no cuenta, ni intuye que dentro de su propio esquema son posibles actos de violencia sexual en actuaciones procesales que precisamente tienen por finalidad proteger a la víctima.

En materia probatoria, la evaluación médica, es una irrupción técnica y aparentemente necesaria en el cuerpo de la víctima, a fin de fijar elementos de convicción que en juicio constituyan prueba mediante la declaración testimonial del perito legista asignado. Sin embargo, pese a las novedades en su diseño institucional, conserva dos debilidades claramente reconocibles: (i) Se puede practicar por más de una vez en tanto se estime imprescindible. (ii) No existe la obligación clara que en la evaluación médica intervengan personas del mismo sexo que la víctima, y que ésta a su vez, pueda elegir su acompañamiento. En este marco, en la provincia de El Oro acaeció una singular vivencia por parte de una mujer, que se encontró en situación de interseccionalidad por ser a la vez menor de edad, persona de escasos recursos económicos y además en estado de vulnerabilidad por haber sido víctima reciente de un acto de violencia sexual, y que en la búsqueda de justicia en su caso, fue víctima de violencia sexual por parte del evaluador médico asignado, quien era del sexo opuesto y quien practicó la pericia sin la presencia de un familiar acompañante.

Esta vivencia en concreto, brinda un arco fáctico no contemplado específicamente por la normatividad, y que sin embargo ocurrió por la displicencia del lenguaje legal en el señalamiento de obligaciones en materia probatoria, principalmente para la ejecución de la pericia médica.

Al efecto, el análisis del presente caso otorgará insumos históricos para la corrección de la displicencia lingüística denunciada, y reafirma el carácter permanente de la interpretación del derecho a la no re-victimización.

INFORMACIÓN TÉCNICA DEL PROCESO	
Tipo de garantía o procedimiento:	Acción Penal Pública / Procedimiento Ordinario
Tipo penal imputado	Violación (Art. 512 Código Penal)
Juzgado de sustanciación:	Tribunal Primero de Garantías Penales
Referencia:	Juicio Penal Nro. 066-PTGPEO-2014
Actor:	Fiscalía
Procesado:	FEGR
Instancia:	Primera
Decisión:	NOVENO: Por las razones expuestas y conforme a lo previsto en los artículos 79, 304-A, 305, 309, 312, 315 y 316 del Código de Procedimiento Penal éste Tribunal Primero de Garantías Penales de El Oro, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR, Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, declara la culpabilidad del ciudadano FEGR de nacionalidad ecuatoriana y dicta en su contra sentencia condenatoria como autor del delito de Violación, y se le impone la pena agravada de DIECISEIS AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR EXTRAORDINARIA por el delito tipificado

	<p>en el artículo 512 numeral 2 y 3 del Código Penal y sancionado en el artículo 513 y agravada con el artículo 515 Ibídem, quien cumplirá la pena impuesta en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de la ciudad de Machala o donde las autoridades de Rehabilitación lo dispongan, debiendo descontársele de la misma el tiempo que hubiera permanecido detenido por la misma causa. Así como al pago de daños y perjuicios ocasionados por la infracción conforme al numeral 5 del artículo 309 esto es al pago de quince mil dólares americanos (\$15.000). Se dispone como mecanismo de reparación integral a la violencia ejercida hacia la menor, reciba atención psicológica, cuya responsabilidad de atención integral se delega al Ministerio de Salud conforme lo garantiza el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Salud. Se suspenden los derechos de ciudadanía del acusado (derechos políticos) por el tiempo que dure la condena, de conformidad a lo establecido en el artículo 60 del Código Penal en concordancia con el numeral 2 del artículo 64 de la Constitución de la República del Ecuador.</p>
--	--

3.2. Circunstancias fácticas relevantes del caso en análisis

La víctima/niña YBVL fue ubicada por un equipo investigador conformado por los peritos, Pscl. XJG, Lcda. MMA y Dr. WPJ, integrado para la búsqueda, identificación y ubicación de la presunta víctima, logrando ubicarla en el cantón Balsas, Provincia de El Oro, quien en la entrevista realizada por la Fiscal Dra. PVM

manifiesta que la enviaron a Machala a hacerse unos exámenes con el Dr. FG – *procesado*-, que entró con la mamá, allí él la hizo sentar en la computadora para que escriba todos sus datos, su nombre, el nombre de su mamá y después le dijo a su mamá que salga, ella quería que su mamá este allí, pero el no quiso, que él se sentaba en la silla y se empezaba a tocar el pene, y luego le dijo que se sacara la ropa, ella le indicó al doctor que una vez que la revisaron en Piñas no le hicieron sacar la ropa, solo le hicieron sacar el pantalón, pero él le hizo sacar todo, hasta el sostén, que estaba acostada en una camilla que él tenía allí, desnuda. No había nadie más allí. Al principio si habían personas que estaban haciendo papeles, pero después él dijo que se vayan por que la iba a revisar, primero estaba acostada en la camilla y luego la hizo sentar y ella lo cogía de la corbata y lo hacía a un lado y de allí botó semen que se lo dejó en la vagina, la tocó y ya, de allí se subió el pantalón y le dijo que se vistiera.

Cuando la tenía en la camilla estaba acostada y le dijo que abra las piernas, que estaba mirando lo que él estaba haciendo y le vio el pene, él le topaba la vagina con el dedo, primero fue con el dedo y después con el pene, que sintió que los dedos se los metió dentro de la vagina y le dijo que no diga nada en el momento que se estaba vistiendo.

3.3. Circunstancias jurídicas relevantes del caso en análisis

En el presente caso nos encontramos con un delito sexual de Violación, el cual es tipificado a la fecha de la infracción a través del Art. 512 y sancionado en el Art. 513 del Código Penal. Al efecto, el tipo penal de violación refiere:

[...] Art. 512.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: [...] 3o.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación. Art. 513.- El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, en el número 1 del artículo anterior; y, con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los números 2 y 3 del mismo artículo [...]⁶⁷.

El Código Orgánico Integral Penal, por su parte, sanciona este delito en el Art. 171 en los siguientes términos:

⁶⁷ Asamblea Nacional del Ecuador. «Código Penal.» Codificación del Código Penal (Suplemento del Registro Oficial 147, 22-I-1971, reformado hasta la Sentencia 011-12-SCN-CC (Suplemento del Registro Oficial 641-S, 15-II-2012). Quito D.M., 22 de enero de 1971.

[...] Art. 171.- Violación.- Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos: 1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse. 2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación. 3. Cuando la víctima sea menor de catorce años. Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando: 1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente. 2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal. 3. La víctima es menor de diez años. 4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima. 5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. 6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo. En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años [...] ⁶⁸.

En aplicación del principio de extra-actividad normativa en beneficio del reo (Art. 76 numeral 5 de la Constitución), y por ser la presunta infracción cometida previa a la vigencia del Código Orgánico Integral Penal, se aplica la tipicidad y punibilidad vigente con anterioridad a la codificación mencionada, es decir, con el Código Penal reformado.

3.4. Testimonio de la madre de la menor

La madre de la menor YBVL, señora GPLG, refirió en audiencia pública de juzgamiento que por disposición del señor Fiscal del cantón Balsas, Abg. DM, se trasladó junto con su hija a la Fiscalía de Machala y se dirigió finalmente al despacho médico del Dr. FM *–procesado–*. Cuando llegó, observó la presencia de dos jóvenes sacando copias dentro de la oficina de él. Luego, el Dr. FM le hizo escribir a su hija los datos en la computadora, después de eso, el médico les indicó que salgan para hacerle el examen a la niña. Afirma que en el despacho médico solo se quedaron el médico y su hija. Una vez afuera del despacho, dice que transcurrió aproximadamente media hora y su hija no salía. Al salir su hija del despacho médico, notó que estaba media nerviosa, pero ella no le quiso contar su vivencia. Afirma además que al médico también lo vio nervioso.

⁶⁸ Asamblea Nacional. «Código Orgánico Integral Penal.» Suplemento del Registro Oficial 180, 10II(2014). 10 de febrero de 2014.

Dice haberse enterado del hecho luego de un mes. Recuerda que le llamó la señora TO, quien trabaja en la Junta de Protección a la Niñez, indicándole que va a ir a su domicilio desde Machala, ya que querían conversar con ella y hacerle unas preguntas. Luego de ello se entera de lo sucedido en el despacho médico del Dr. Favio Gallardo. Después, declara haber presenciado parte de las diligencias de investigación por la nueva agresión sexual que había sufrido su hija. Finalmente hace un recuento de varias acciones intimidatorias y conciliatorias de las que fue objeto ella y su hija para retirarse del caso contra el Dr. FG *-procesado-* sin que haya accedido.

3.5. Testimonio del médico legista

El médico legista asignado al caso es el Dr. WFPJ quien luego de acreditarse, procede a narrar que dos señoritas se acercaron a preguntar por el Dr. FG *-procesado-*, indicándoles que se encontraba de vacaciones. Ellas le dijeron que concurrían a realizarse un examen médico, realizando él la pericia. Durante este procedimiento, la menor a ser examinada no quería entrar porque decía que ahí en el consultorio violaban, luego, sus dos acompañantes la convencieron, y luego de hacerse el examen ginecológico, la menor le conto que una amiga había sido abusada sexualmente. El declarante le indicó a las señoritas presentes que debían denunciar al Fiscal Provincial, sin embargo, aquel particular lo puso en conocimiento del mencionado funcionario, por ser su obligación.

Luego, el declarante es convocado para realizar un peritaje en el cantón Balsas a la niña YBVL. Durante la diligencia, la niña entró llorando acompañada de su madre y una enfermera. Indica que el examen del himen es visual, dura tres, cuatro, cinco segundos, al efecto, se abren los labios menores, los labios mayores, y se observa si el himen está o no desgarrado, si es reciente o antigua. Señala que no se introducen los dedos salvo que sea necesario, es decir, de encontrarse algo anormal, lo que no pasó en la paciente.

Comenta adicionalmente que previo al examen conversó con la niña sobre lo sucedido y le dijo que ella había llegado a la oficina del médico legista, enviada por el Fiscal del cantón Balsas, y contó que cuando durante el examen hizo salir a su madre del despacho y la había acostado en la cama. Durante el procedimiento le pidió que se desnude y le introdujo los dedos en la vagina, en tanto narraba se puso llorosa e intranquila por lo que ya no continuó preguntando sobre el hecho. Como conclusión a

la pericia, encontró un desgarramiento antiguo en el himen, no se identificaron lesiones en el cuerpo. Finalmente hace constar que se atendió a la menor a los 70 días del hecho denunciado.

3.6. Testimonio del perito social

La perito social asignada al caso es la Licenciada MMAL quien luego de acreditarse, procede a informar que la víctima es una adolescente de 14 años de edad, pertenece a un grupo familiar nuclear, es decir, vive con sus padres y hermanos.

La familia está compuesta por cuatro hijos, al amparo de un matrimonio entre los padres de 18 años de duración. Luego de su investigación, refiere no evidenciar mayores situaciones conflictivas dentro de la relación conyugal. Se mencionan situaciones conflictivas aisladas, que en opinión de la perito social, son propias de la convivencia del hogar. Concluye en este punto que no hay circunstancias de conflicto importantes.

Añade que se trata de familia de escasos recursos económicos, sin beneficios laborales. La familia vive en un sector de difícil acceso, en una vivienda de construcción de hormigón, adquirida a través del MIDUVI. Se indican altos niveles de afectividad dentro del hogar.

Finalmente indica el perito que la pericia se realizó en el cantón Balsas, realizando dos visitas: el 15 de mayo y el 22 de mayo.

3.7. Testimonio del perito psicológico

La perito psicológica asignada al caso es la Psicóloga FXJG, quien luego de acreditarse, procede a informar que la adolescente inicialmente mostró algo de colaboración al narrar los hechos, pero ya al hablar de situaciones que le afectaban a ella de manera directa, la actitud de ella cambia, el tema de la gesticulación facial, su postura emocional cambió. Durante la entrevista, la víctima muestra una postura un poco cerrada, tristeza, baja su cabeza, situaciones de llanto. Afirma que los hechos vividos en su infancia dejaron en ella una huella psíquica se mantuvo en estado latente y vuelve a resurgir la vivencia del último evento. La víctima hace mención que en las investigaciones que se llevaban por presunto acoso sexual, se envía a hacer una pericia de medicina legal, y que al no contar con médico en la ciudad de Balsas, es destinada a la ciudad de Machala, en donde ella es expuesta a situaciones de índole sexual.

Mencionó que el médico legista que la atendió hizo que su madre saliera del despacho y queda a solas con el médico. Para hacer el reconocimiento médico se le solicita que se recueste en la camilla y que abra las piernas, indicando que en ese momento se realiza la introducción de dedos, y que luego se le pide que se siente, y en ese momento le abren las piernas procediendo el médico a eyacularle fuera de su vagina. La víctima narra que para esto ella intentó de alguna manera defenderse y que luego del hecho se sentía mal había llorado, intento defenderse pero es detenida por la muñeca e intenta empujar a la persona que presuntamente la estaba agrediendo, del pecho y la corbata. La perito manifiesta que frente a la vivencia previa en su infancia esto marca la forma en que la persona va a reaccionar frente a otros eventos de violencia sexual, que el caso concreto le produjeron a la víctima una situación de paralización y sometimiento ante el suceso, incluso sentimiento de culpa. Después del hecho, tocan la puerta, el médico le pidió a ella que se vista y sale para permitir a la madre la firma de documentación, y posteriormente marcharse a su casa. Ella menciona que se le dijo que guardara silencio acerca de lo que había sucedido.

El perito asignado concluye indicando que la víctima mantiene un autoestima adecuada, no se evidenció una autoestima baja en ella, pero, si características de depresión, que fue palpado en el proceso de evaluación. Indica que se logró establecer en ella una sintomatología asociada a una situación de estrés post traumático frente a la exposición de este hecho y que a través de ella traía a colación situaciones de violencia sexual que había experimentado en otros momentos del desarrollo. Así, el ultimo evento reactiva la situación la sintomatología que ella había tratado de sobrellevar, a tal punto que se afecta el área de como ella se visualiza con los demás, al pensar que todos los hombres son crueles, la víctima empieza a creer que puede poseer algunas características especiales que la pudieran ubicar a ella en estos eventos.

Finalmente, se determina que el testimonio es creíble dado que la evaluada realiza alguna descripción de detalles relacionados a la situación de defensa, a los sentimientos experimentados durante la vivencia de estos hechos, por especificar algunas posturas físicas, por ser coherente y porque ella narraba como lo había vivido.

3.8. Testimonio de la menor YBVL

El testimonio de la víctima fue obtenido anticipadamente mediante cámara de Gesell, en la que indica que el día de los hechos llegó a la oficina del Doctor FG –

procesado-, una vez allí, observó que el doctor se estaba tocando el pene, entonces, el doctor le mando a comprar un gatorade a su mamá. Luego de ello la sentó en el sillón de él para que escriba sus datos, y después le dijo que le cuente que había pasado, yo le conté. En ese momento salieron todas las personas que estaban allí.

La menor procede a contestar las siguientes preguntas: ¿La puerta como estaba? R.- cerrada. ¿Tú me contaste también tu viste como este doctor se estaba tocando, puedes explicarme un poco mejor eso? R.- Cuando yo me sentaba en frente de la mesa de él se tocaba el pene y me decía que yo lo vea yo miraba a otro lado y me levante porque no quería estar ahí y caminaba ahí en la oficina mismo.

¿Me puedes explicar de qué manera se tocaba si era por dentro de la ropa o por fuera de la ropa? R.- Por dentro de la ropa.... a mi mami le dijo que salga para revisarme, me dijo que me saque toda la ropa y me saque la ropa; yo vine porque en Balsas me dijeron que venga para acá a ver a un Abogado que pasa en la Fiscalía, yo vine con mi mami en la mañana a eso de las nueve o diez, cuando él se tocaba lo hacia dentro de la ropa, después que mi mami salió, me dijo que me saque la ropa; yo me cubrí, me dijo que no me cubra y me tuvo que sacar otra vez; me tuvo ahí acostada, me dijo que abra las piernas y me metió los dedos así (indica con sus manos) y fueron bastantitas veces, yo miraba a otro lado, cerraba las piernas y él me decía que las vuelva abrir. ¿Él te dijo en algún momento algo? No, ahí estaba callado pero me cogía de aquí (señala con su mano y se coge el pecho) para que no me levantara, se acercó y me quiso aquí chupar (se toca el seno) entonces lo empuje yo me hice al lado o sea lo empujé, él se sentó y se sacó su pene y me voto semen en la vagina.

¿Qué hiciste tú en ese momento? R.-Yo no sabía qué hacer, él solo me dijo que no avisara nada. ¿Tú dices que tú lo estabas empujando me puedes explicar donde tú lo empujabas? R.- Lo cogí de la corbata y me hacía así para atrás....Y tu mami en ese tiempo donde estuvo?. Estaba afuera. En algún momento en ese tiempo pediste ayuda a una persona. R.- No. ¿Por qué razón? R.- Porque él me dijo que no dijera nada?, ¿Después que tú dices que te voto semen que dijiste tú? R.- Yo no hice nada él cogió papel higiénico y me limpio.

¿Él te limpio y el que hizo? R.-Él se estaba vistiendo, o sea alzando el cierre, me dijo a mí que me vista; después de eso entró un señor porque estaba mal esa cortina, luego mi mami entro, me quede sentada y mi mami me pregunto así como con la mirada y me dijo que te pasa y yo le dije nada y él estaba ahí, yo le conté a una amiga que se llama M. B. M. O. que tiene 14 años y ella le conto a su hermana C. E. M. O.;

después se enteró mi mami porque C. había dicho a ella le van a hacer ver también y la B. le había dicho que no porque había querido abusar el doctor y ella dijo que no. Yo me siento mal, tengo miedo, dolor, todo. Esto sucedió este año”.

3.9. Deficiencias evitables: análisis crítico del caso.

La vivencia descrita en el caso paradigmático que ha sido objeto de análisis, pone de manifiesto la ubicuidad de la violencia sexual en contra de la mujer. No existen límites, ni espacios en los que las desviaciones e inconductas en contra de la mujer no sean posibles, lo cual no es un fenómeno extraño, es simplemente la continuidad de una tendencia cultural de dominación e impunidad sobre el cuerpo de la mujer. En el presente caso, se observa un cuadro poco común de re-victimización secundaria que incluye el cometimiento de un delito mayor que el investigado originalmente desde la institucionalidad, a la que hipotéticamente se acude en búsqueda de protección.

Más allá de la falta de profesionalismo por parte del médico legista y de las limitaciones presupuestarias de la fiscalía para la contratación de más personal y adquirir mejores instalaciones, debemos mirar el germen y lindero de la actuación médico pericial: la normatividad procesal-probatoria.

La falta de obligatoriedad en la elección del género del médico legista designado para la revisión médica, acompañado de la falta de norma que obligue a las autoridades y funcionarios de la administración de justicia a acatar la voluntad de la víctima para ser acompañada durante la experticia médica, produjo el escenario fáctico que generó la re-victimización de la adolescente YBVL, según se puede apreciar de los aspectos jurídicos relevantes y las sentencias anexadas al presente documento. Si tan solo la normatividad nacional fuera plenamente consistente con la normatividad convencional para prevenir la violencia en contra de la mujer y los fallos emitidos por la Corte Interamericana que ya han analizado casos en que se ha incumplido la obligación de la debida diligencia, las posibilidades se hubieran reducido enormemente. Sin tan solo, se hubiera cumplido la revisión por parte de un médico del mismo sexo y el acompañamiento de la víctima durante la diligencia hubiera dependido de ella, la vivencia como tal no hubiera existido. Pero, ya no hay retorno vivencial para la víctima del caso analizado, solo su experiencia concreta para la optimización de los mecanismos legales.

La condena al médico legista es solo una parte de la reparación, queda aún por establecer cómo se garantiza la no-repetición del hecho y la corrección de los vacíos institucionales que permitieron la violencia.

El cuerpo y la sexualidad de la mujer están sometidos por una circunstancia cultural que rebasa la igualdad formal que pretende el sistema penal. La mujer, más aun si es menor de edad, no puede, ni debe recibir el mismo tratamiento institucional que un varón adulto. Aquí es cuando se puede observar, que la falta de profundidad procesal del derecho a la no re-victimización en el campo probatorio, y la falta de perspectiva de género en la administración de justicia, genera precisamente estos fenómenos que de no ser por la efectiva actuación de la fiscalía, hubiera permanecido en la impunidad.

Sin embargo, la cuestión precisamente es que estos eventos no se reproduzcan, ya que más allá de los desacuerdos ideológicos y las posturas procesales, estamos frente a la dignidad de un ser humano, un proyecto de vida, un destino, que pese a la sanción penal, ya no será igual.

3.10. Introducción a la formulación de garantías especiales para la obtención probatoria en violencia sexual

La práctica probatoria es el núcleo de la actividad procesal, ya que en función de su obtención y práctica se desarrollan las etapas procesales y se justifican las medidas cautelares y de protección. Es más, la práctica probatoria genera la base fáctica sobre la que se asienta legítimamente la decisión judicial.

El desarrollo del derecho procesal penal tradicionalmente ha respondido a programas criminales en que se ha ido equilibrando la relación entre acusación y defensa, sobre la base que en la Edad Moderna la situación del reo era claramente menoscabada por las intenciones estatales en el control social. Por otra parte, con la estatalización del Derecho Penal, la víctima perdió su papel preponderante en la materialización de la justicia, lo que sumado al estado de discriminación formal en el que vivió hasta avanzado el siglo XX, su necesidad de protección estatal se vio relegada a las necesidades del sistema penal.

Si bien los instrumentos internacionales de derechos humanos, y principalmente la Convención Belem do Pará han permeado la ideología subyacente al hacer penal en materia de género y violencia intrafamiliar, debe recordarse que el

derecho es una construcción social dinámica que requiere constantemente de esfuerzos desde todos los sectores involucrados directa o indirectamente con el hacer procesal.

No debe perderse de vista que la violencia sexual es un fenómeno social que proviene desde el origen de la familia patriarcal moderna, y que durante muchos años gozó de legitimidad. Sin embargo, aunque no tenemos certeza de su origen cronológico, si tenemos evidencia arqueológica e histórica sobre la dominación, apropiación y explotación que ha sufrido y sufre la mujer a lo largo de la civilización sobre su cuerpo.

Si bien la Constitución de 2008 y el Código Orgánico Integral Penal ha constituido un notable adelanto en materia de derechos y garantías para las víctimas, lo cierto, es que aún existen rezagos que equiparan a la mujer/víctima de un delito sexual con otras víctimas de delitos comunes; así mismo, el sistema probatorio aun equipara la visión del cuerpo de hombres y mujeres, particularmente en la pericia médica; los funcionarios y operadores de justicia mantienen una mirada prejuiciosa que ubica a la mujer víctima como responsable de la violencia sufrida. Al efecto, producto de la presente investigación, se han diseñado propuestas de reforma sobre la regulación procesal de la obtención de muestras, la pericia médica, y la operatividad ampliada de la pericia psicológica.

El objetivo principal de la propuesta es otorgar a la mujer una respuesta más efectiva ante la violencia institucional subsiguiente a la violencia sexual directa o indirectamente sufrida, según un tipo penal determinado; y, en forma secundaria, fortalecer el respeto a la dignidad de la mujer en el trato procesal de su intimidad y sexualidad.

3.11.Las vías para la reivindicación de la víctima femenina en la obtención probatoria

En atención al marco teórico y al caso elegido como muestra de la deficiencia de las regulaciones procesales de la pericia médica y la narración de la víctima, en el proceso penal ordinario que sanciona la violencia sexual típicamente establecida, se realizan las siguientes propuestas:

Todo empieza por la reapropiación del cuerpo: Dado que el poder patriarcal se implantó por el dominio físico y jurídico del cuerpo para el sometimiento laboral,

sexual y reproductivo de la mujer, es ahí donde la emancipación debe iniciar. Esta dominación que está desarrollada como relaciones de poder infra-estructurales que se justifican desde la normatividad, pasando por la normalización de los roles socio-sexuales, hacia los fallos y actuaciones de los organismos de protección institucional. En el caso específico de análisis, se observa que la pericia médica, como auscultación del cuerpo, es la forma más gravosa de violencia institucional en contra de la mujer, porque supone una pérdida de dominio sobre el cuerpo femenino, y que sin embargo, está redactada desde la lógica de la neutralidad, con brevísimos e insuficientes espacios para grupos vulnerables.

En concreto, el art. 463 del Código Orgánico Integral Penal, señala dentro de la obtención de muestras de fluidos corporales, componentes orgánicos y genético-moleculares que: No se puede realizar la obtención de tales muestras o de objetos situados en el cuerpo, si se sospecha la existencia de dos factores vinculados copulativamente, estos son, el menoscabo en la salud y el menoscabo en la dignidad de la persona objeto de examen (Primer numeral). Sin embargo, la disposición está desarrollada en forma amplia. Es una regla redactada desde la neutralidad que iguala a la obtención probatoria en hombres y mujeres, tal cual como si ambos géneros poseyeran la misma cosmovisión sobre el pudor del cuerpo. Por tanto, el sometimiento del cuerpo por parte de la institucionalidad subsiste en todos los casos, a excepción de la concurrencia de menoscabos a la salud y la dignidad.

La misma disposición, en el segundo numeral, señala que es posible una segunda revisión médica justificada por lo imprescindible, entendido como la valoración de lo inevitable por parte de los operadores jurídicos. Así mismo, la norma refiere en términos generalísimos que *se tomaran las medidas necesarias en función del género y la edad* para proteger la dignidad e integridad de los menores de edad víctimas de una infracción. Una vez más estamos frente al uso de palabras con una honda referenciación, es decir, el justificativo de lo imprescindible en la segunda valoración médica así como la toma de medidas en abstracto para proteger la integridad de los menores durante la valoración médica, son normas que aparentemente dicen todo, pero a la vez dicen nada, y ello tiene como efecto, que el cuerpo de la mujer quede a la deriva de las voluntades que hace la institucionalidad, sin ningún tipo de racionalidad ni reglamentación exigible. Como ya se dijo, la aparente neutralidad y generalidad en la formulación de las normas no es más que el

andar ideológico del pensamiento patriarcal, que se reproduce así mismo, a través de ideas y prácticas que igualan indebidamente a hombres y mujeres.

Por ello se requiere reglamentar en forma específica la práctica de la evaluación médica, particularmente, en cuanto a disminuir las posibilidades de que sea necesaria una segunda evaluación médica. Al efecto, se recomienda la implementación de las siguientes limitaciones:

a) Cuando se hubiera inobservado el deber de excusarse dispuesto en el Art. 511 número 4 del presente código.

b) Cuando el informe médico-pericial elaborado sea impugnado por la víctima y haya establecido conclusiones que difieran de lo manifestado por la víctima o evidencie deficiencias en la metodología empleada.

c) Nuevos hechos sujetos de investigación penal.

d) Vicio procedimental en la práctica de valoración, que influya en la validez material de la pericia. Se excluye de esta causal aquellos vicios formales que no afecten la certeza sustancial de las conclusiones periciales.

La posibilidad de practicarse una nueva evaluación médica se realizará siempre que la víctima brinde su consentimiento informado, su negativa de no consentirlo no deberá en ningún caso considerarse en detrimento de la investigación, o influir en la valoración probatoria, mucho menos para el esclarecimiento de la verdad de los hechos.

En esta misma línea, el Art. 465 del Código Orgánico Integral Penal señala que los casos de delito contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar deberán realizarse los reconocimientos exámenes médicos y pruebas biológicas previo consentimiento escrito de la víctima o de su representante. Empero en el numeral cuarto de la misma disposición se hace referencia a la facultad que tiene la mujer de exigir para efectos de evaluación, la atención de personal de su mismo sexo.

Si bien el art. 463 de la norma *ut-supra* señala que se tomaran medidas necesarias en función de la edad y género, en la práctica, la institucionalidad no está obligada legalmente a derivar a la víctima mujer hacia un profesional de la salud de su mismo sexo, en primer término para reducir en cierto margen la alienación corporal que conlleva la evaluación médica y en segundo lugar para impedir siquiera el riesgo de que la víctima vuelva a ser abusada al interior de la propia institucionalidad, tal como ocurrió con el caso propuesto.

Tanto el acompañamiento de la víctima de violencia sexual como su evaluación por parte de un médico de su mismo sexo coadyuvan a un entorno más seguro y menos invasivo a la autonomía corporal de la víctima mujer, más aún si a ello se suma el fenómeno de la interseccionalidad por convergencia de condiciones victimizantes.

La subjetividad como entidad victimizada: Conforme se ha explicado anteriormente, los instrumentos probatorios son tendencialmente reconstructivos del hecho. En el caso de las infracciones vinculadas a la violencia sexual, la verbalización del hecho por parte de la víctima, es en muchos casos, la única referencia típicamente relevante para el conocimiento judicial de los matices conductuales, la intención del autor y el daño a la víctima. Pero, en la práctica procesal, existe una victimización aparentemente inocua, pero que en realidad es un sometimiento institucional invasivo a la subjetividad de la víctima: la narración repetida e innecesaria de los hechos por parte de la víctima.

La víctima mujer, quien sufre en su propia dimensión social la reducción violenta de la autonomía sexual de su cuerpo, precisamente por la carga cultural impuesta en su género, se ve obligada por necesidades institucionales a narrar en varias ocasiones su vivencia, con fines de evaluación médica, evaluación psicológica, pesquisa policial, evaluación de trabajo social, investigación fiscal, y eventualmente, testimonio anticipado o declaración en juicio oral.

La narración de la vivencia es una victimización emocional que anula la integridad en la subjetividad de la víctima, porque la induce contra su voluntad a repetir los actos ejecutados contra la intangibilidad de su cuerpo y de su espíritu.

La suma de declaraciones, inclusive, puede prestarse para la manipulación y/u hostigamiento procesal por parte de la defensa técnica del procesado. Por ello, resulta recomendable que la narración de los hechos sea optimizada, para evitar la repetición innecesaria denunciada.

El Art. 465 del Código Orgánico Integral Penal señala en su último numeral, que se puede practicar una evaluación psicológica en los casos de violencia sexual, contra la mujer o miembros del núcleo familiar u otros delitos, lo cual, es especialmente aplicable cuando convergen condiciones específicas de interseccionalidad: minoría de edad, adulto mayor o embarazo. Sin embargo, este insumo narrativo es trivializado y reducido a una diligencia más, pese a que puede servir de base para la evaluación de trabajo social, evaluación médica, pesquisa policial e inclusive la primera versión libre ante la fiscalía, en la medida que tales diligencias

puedan realizarse con posterioridad. Con ello, la víctima reduce cuantitativamente su exposición al hecho, su victimización secundaria se anula parcialmente, y la víctima, pese al escarnio que conlleva cualquier reproducción del hecho, será mejor respetada.

3.12. Conclusiones parciales

La vivencia de la adolescente YBVL es un caso que se inserta en la multiplicidad de eventos donde la mujer es reducida a un objeto de dominación y discrimen. Su condición de vulnerabilidad dada su edad, condición socio-económica y estado emocional se constituyen en una interseccionalidad agravante de la agresión en su contra.

Así, durante la práctica de la pericia médico-legal ordenada como parte del curso investigativo, fue víctima de violencia sexual en las instalaciones de la Fiscalía Provincial de El Oro, y concretamente en el departamento de medicina legal.

Si consideramos que la adolescente en cuestión acudió a la institucionalidad en un esfuerzo por obtener justicia por un acto de violencia sexual anterior, será claro al entendimiento que la efectividad de la prohibición de re-victimización no acaeció, pese a su formulación convencional y constitucional.

En tal sentido, cabe recalcar que pese a la claridad del bloque de constitucionalidad, las medidas y procedimientos administrativos que delimitan la práctica de las pericias médicas en el Código Orgánico Integral Penal no cierran todos los espacios por donde la arbitrariedad y el abuso pueden permear. Tal es el caso de la pericia médica, la cual, tiene una regulación que faculta opcionalmente a la víctima o su representante a solicitar la intervención de un médico del mismo sexo que la víctima. Mientras que el acompañamiento se encuentra reducido a un protocolo administrativo de atención.

Las normas facultativas poseen un defecto, pueden ser o no ser cumplidas, porque dependen de una voluntad ejecutora, en este caso, la víctima o su representante. Sin embargo ¿Quién informa a la víctima de tal facultad, si nadie está obligado a brindar dicha orientación?

Así diseñada la norma, es poco menos que letra muerta, porque en Derecho Público, solo se está obligado a realizar lo que la ley y la Constitución ordena, y pese a la existencia de una regla constitucional prohibitiva de la victimización secundaria, debe considerarse adicionalmente que la prohibición subsiste como tal, pero la

cuestión central es que la norma pueda realizarse en la vida de los individuos, evitando en mayor medida la discrecionalidad interpretativa.

Ya que el análisis del caso concreto ha llevado a la revisión de la dinámica procesal en la obtención probatoria, se ha formulado tres propuestas de reforma, que optimizan y materializan en forma específica la regla constitucional prohibitiva de la victimización secundaria: (i) La delimitación específica de un segundo examen médico, basándose únicamente en cuestiones sustanciales que puedan afectar la validez de la primera evaluación, a fin de evitar la manipulación procesal del signifiante *imprescindible* que actualmente consta en la ley. (ii) La instauración de la obligación primaria de nombrar un médico legista del mismo sexo que la víctima, lo cual, además de evitar la repetición del caso paradigmático analizado, también contribuye a la reducción de la irrupción en el cuerpo por parte del otro sexo, en desmedro de la subjetividad femenina. Así como también la obligación primaria de acompañamiento en el caso de evaluaciones médicas a menores de edad.; y, (iii) La optimización de la narración constante en el informe psicológico, a fin que sirva de base verbalizada de los hechos e insumo para los informes médicos y policiales. De éste modo la víctima solo deberá referirse luego de la narración del hecho ante la perito psicóloga en forma de ampliaciones y aclaraciones, evitando en lo posible la repetición continuada del hecho de violencia.

Cabe aclarar finalmente que las propuestas planteadas no son ideas acabadas, ni absolutas, porque la situación de la mujer al interior del sistema patriarcal no es neutral, ni mono-cíclica. Al efecto, las propuestas formuladas son una revisión de la vivencia analizada y una proyección de acciones recomendables, que deben ser diversificadas por otros estudios críticos con perspectiva de género, resulta innegable pensar que el sometimiento a la víctima a un primer examen no es revictimizante, un segundo examen lo sigue siendo, sin embargo, frente a la signifiante *imprescindible* con el que nos encontramos en la normativa, es necesario por lo menos reducir las posibilidades de revictimización arbitraria, teniendo presente que este examen se debe practicar siempre que se cuente con el consentimiento de la víctima.

3.13. Conclusiones finales

La historia de la civilización ha sido una tensión dialéctica, muchas veces violenta, por el dominio y explotación de aquellos que son diferentes. Con el ascenso

del hombre en los tiempos coetáneos y posteriores a la revolución del neolítico, la imposición de roles domésticos y serviles en materia laboral, social, sexual y reproductiva produjo la minimización del papel de la mujer en la sociedad, y con ello, la sumisión ante los intereses de los hombres que ejercieron el liderazgo y el gobierno.

Junto a la noción del sexo biológico se ubicó a la noción de género, como componente cultural que delimita los roles, estereotipos y proyectos biográficos socialmente asignados a la persona, y que distinguen a hombres y mujeres en forma materialmente desigual. Evidentemente, la noción de género, actualmente tiene una connotación más profunda que congloba distintas condiciones biológicas y orientaciones sexuales, pero que dada la naturaleza del presente trabajo, se circunscriben a la lucha política entre el pensamiento patriarcal dominante y el movimiento crítico y liberador del feminismo.

La historia permaneció inmutable durante casi treinta siglos en la mayoría del mundo, hasta que las condiciones materiales de existencia le dieron a la mujer un papel más activo en el desarrollo de las fuerzas productivas y los procesos revolucionarios. En este marco surge el movimiento feminista que llega al tablero político para ejercer demandas de igualdad en el plano político y laboral. Sin embargo, no es hasta la formulación de los derechos humanos y la progresiva construcción del constitucionalismo moderno en que el movimiento feminista llega a la comprensión de las diferencias estructurales entre hombres y mujeres producto del impero del sistema patriarcal, y que se manifiestan al interior de los aparatos ideológicos, como es el caso del Derecho.

Con una ideología de género que se rehace conforme surgen las condiciones necesarias para implementar políticas de equidad y acciones afirmativas y la atención a la mujer por parte de los instrumentos internacionales de derechos humanos como la Convención Belem do Pará y sentencias icónicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se genera la necesidad de revisar los procesos judiciales principalmente relacionadas a delitos sexuales y violencia intrafamiliar.

El Derecho Procesal, por su parte, ha seguido una dinámica propia, ligada a las relaciones asimétricas entre el Estado y el procesado, pasando del sistema inquisitivo al modelo acusatorio, sin que las víctimas, hasta antes del Código Orgánico Integral Penal tuvieran una participación trascendente en el decurso procesal.

Sin embargo, con la Constitución de 2008, que sirve de base axiológica al Código Orgánico Integral Penal, se reconocen derechos a las víctimas de infracción,

superando con ello el paradigma de vulnerabilidad impuesto con la Constitución de 1998. En este marco, la regla constitucional que proscribe la re-victimización se constituye en la piedra angular sobre la que confluyen una serie de derechos humanos relacionados con la protección de la mujer frente a las varias formas de discrimen y violencia a la que han sido tradicionalmente sometidas, al interior de un modelo de Estado donde las normas, reglas y valores constitucionales poseen aplicabilidad directa y efecto de irradiación sobre todas las manifestaciones del poder público.

Sin embargo, la inmanente perfectibilidad del lenguaje legal hace que pese a las bondades del Código Orgánico Integral Penal en materia de atención y protección a las víctimas, uno de los puntos en los que existen rezagos es la evaluación médica practicada a las víctimas de violencia sexual y violencia intrafamiliar en las que no se respeta adecuadamente la dignidad de la víctima de violencia sexual.

En la actual configuración procesal, la evaluación médica es un procedimiento impuesto en el que la institucionalidad violenta la intimidad de la víctima con fines de utilidad procesal, es decir, pese a su irrupción, resulta estrictamente necesario para la persecución de la violencia sexual. Sin embargo, a partir del caso paradigmático analizado, se desprende que la pericia médica es un procedimiento que debe revisarse en, al menos, los siguientes puntos: 1. No existe una obligación directa y exigible para la ejecución de la pericia por parte de un profesional médico del mismo sexo, sino, que existe una obligación facultativa que depende del conocimiento de la víctima y de la disponibilidad institucional; y, 2 No existe una obligación directa y exigible para el acompañamiento a la víctima de violencia sexual.

Una vez analizados estos matices, también resultó visible que no existen límites duros frente a la víctima de una segunda evaluación médica, dejando esa facultad en el limbo de la valoración de lo imprescindible.

En materia de obtención probatoria, también se pudo constatar que al no existir una sinergia entre las actuaciones investigativas, la víctima se ve abocada a verbalizar –y con ello recordar- su experiencia traumática varias veces, sin consideración que la repetición continua de los hechos de violencia generan un estado de sufrimiento emocional, cuyo grado depende del nivel de interseccionalidad de la víctima, así como del grado de afectación emocional causado.

A partir de dichas recomendaciones, se desprende que la re-victimización en la obtención probatoria implica esencialmente impedir que la víctima –*más aún cuando se encuentra en situación de interseccionalidad*- sea arbitraria e

innecesariamente sometida a revivir en cualquier modo la agresión sufrida –*ora mediante la verbalización recurrente del hecho violento, ora mediante la exposición repetida del cuerpo o en condiciones de incomodidad u hostilidad por la presencia del otro sexo o por la ausencia de acompañamiento-* y cuando el aparato judicial, pese al riesgo de daños o acciones intimidatorias, no otorgue las medidas de debida diligencia y protección que corresponden. Evidentemente, tales condiciones son amplias, sin embargo, congloban de mejor forma las diferentes variantes por las que la víctima puede ser re-victimizada en la fase de obtención probatoria por la institucionalidad que debe precisamente protegerla.

Bibliografía

- Asamblea Nacional. «Código Orgánico Integral Penal.» *Suplemento del Registro Oficial 180, 10II2014*). 10 de febrero de 2014.
- Alexy, Robert. *La fórmula del peso en "El Principio de Proporcionalidad y la interpretación constitucional"*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Althusser, Louis. *Ideología y aparatos ideológicos del Estado: Freud y Lacan*. Buenos Aires: Nueva Visión Argentina, 2005.
- Asamblea Constituyente. «Contitución de la República del Ecuador.» *Registro Oficial 449, 20-X-2008*. Quito D.M., 2008.
- Asamblea General O.E.A. «Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).» *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. 1969.
- . «Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.» *Convención de Belém do Pará*. Belém Do Pará, 9 de junio de 1994.
- Asamblea General O.N.U. «Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder.» *resolución 40/34*. 29 de noviembre de 1985.
- . «Declaración Universal de los Derechos Humanos.» *Resolución 217 A (III)*. 1948.
- . «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.» *Resolución 2200 A (XXI)*. 1966.
- Asamblea Nacional Constituyente. «Constitución Política de la República.» *Registro Oficial 1, 11-VIII-98*. Riobamba, 11 de agosto de 1998.
- Asamblea Nacional del Ecuador. «Código Penal.» *Codificación del Código Penal (Suplemento del Registro Oficial 147, 22-I-1971, reformado hasta la Sentencia 011-12-SCN-CC (Suplemento del Registro Oficial 641-S, 15-II-2012)*. Quito D.M., 22 de enero de 1971.
- Asamblea Nacional. «Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.» *Ley s/n (Segundo Suplemento del Registro Oficial 52, 22-X-2009)*. 2009.
- Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. «Guías de Santiago sobre protección de víctimas y testigos.» *Resolución s/n de la XVI Asamblea General*

- Ordinaria sobre protección de víctimas y testigos*. Santiago de Chile, Junio de 2008.
- Atiienza, Manuel. *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2003.
- Beristain, Antonio. *Transformación del Derecho Penal y la Criminología hacia la Victimología*. Lima: Ara Editores, 2008.
- Bernal Pulido, Carlos. *Relación entre el control de constitucionalidad y el control político: el caso Colombia en Control Constitucional y Activismo Judicial*. Lima: Ara Editores, 2012.
- Bobbio, Norberto. *El problema de la guerra y las vías de la paz*. Barcelona: Gedisa, 2000.
- Bottke, Wilfried. *Sexualidad y delito: Las víctimas de los delitos sexuales en Derecho, Proceso Penal y Victimología*. Mendoza: Editorial Jurídica Cuyo, 2003.
- Bovino, Alberto. *La participación de la víctima en el proceso penal en Derecho, Proceso Penal y Victimología*. Mendoza: Editorial Jurídica Cuyo, 2003.
- Cárdenas Zambonino, Álvaro. *Interpretación Constitucional*. Quito: Cevallos editora jurídica, 2011.
- Caso Gonzalez y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 16 de noviembre de 2009).
- Chaumet, Mario. *El Estado Constitucional y el Derecho Privado en El Derecho Privado ante la Internacionalidad, la Integración y la Globalización*. Buenos Aires: La ley, 2005.
- Cobo, Rosa. *Sociología Crítica y Teoría Feminista*. La Coruña: Universidad de la Coruña, 2008.
- Comisión Legislativa y de Fiscalización. «Código Orgánico de la Función Judicial.» *Ley s/n (Suplemento del Registro Oficial 544, 9-III-2009)*. Quito, 9 de marzo de 2009.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. *Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*. Nueva York: Naciones Unidas, 2010.
- . *Recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia*. Nueva York: Naciones Unidas, 2015.

- Congreso Nacional. «Código de Procedimiento Penal.» *Codificación s/n R.O. 360-S, 13-I-2000*. Quito D.M., 13 de enero de 2000.
- Cuarezma Terán, Sergio. «La Victimología.» *En Estudios Básicos de Derechos Humanos, Tomo V, Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 1996: 295 – 317.
- Cumbre Judicial Iberoamericana. *Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad*. Brasil: XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008.
- De Miguel, Ana. «Los feminismos a través de la historia: Feminismo Moderno.» *Mujeres en Red*. 01 de 2007. <http://www.mujiresenred.net/spip.php?article1310> (último acceso: 15 de 02 de 2016).
- Didier, Freddie, y Pedro Pedrosa. *Teoría de los hechos jurídicos procesales*. Lima: Ara editores, 2015.
- Engels, Friedrich. *El origen de la familia, la sociedad y el Estado*. Madrid: Alianza Editorial, 2008.
- Fernandez Ortega vs. México*. Serie C No. 215-224 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de agosto de 2010).
- Fernández, Tomás. *De la arbitrariedad de la administración*. Madrid: Civitas Ediciones, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y Garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- Gonzáini, Osvaldo. *El Derecho Procesal Constitucional y los Derechos Humanos*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 1995.
- Guastini, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico en "Neoconstitucionalismo"*. Madrid: Trotta, 2003.
- Habitantes del parcelamiento de Las Dos Erres y sus familiares vs. Guatemala*. Serie C No. 211 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2009).
- Hernando, Almudena. «El neolítico como clave de la identidad moderna: la difícil interpretación de los cambios y desarrollos regionales.» *II Congreso del Neolítico a la Península Ibérica*, 1999: 583-588.
- La prueba en delito de violación: Recurso de Casación*. Sentencia No. 554-2010 (Corte Nacional de Justicia, 16 de junio de 2015).
- Lasalle, Ferdinand. *¿Que es una Constitución?* Barcelona: Ariel Derecho, 2002.

- Márquez, Erika, y Benavides Farid. *Disciplina y Control en el Derecho Penal*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2000.
- Martí Oliver, Bermat. *El Neolítico en I. Barandiarán – B. Martí Oliver – M.ª A. del Rincón – J.L. Maya, Prehistoria de la Península Ibérica*. Barcelona: Editorial Ariel, 1998.
- Martín Ríos, María del Pilar. *Víctima y Justicia Penal*. Barcelona: Atelier, 2012.
- Mc Dowell, Linda. *Género, identidad y lugar: Un estudio de las geografías feministas*. Valencia: Universidad de Valencia, 2000.
- MC vs. Bulgaria*. 39272/98 (Corte Europea de Derechos Humanos, 4 de diciembre de 2003).
- Monateri, Pier Giuseppe. *Los límites de la interpretación jurídica y el derecho comparado*. Lima: Ara editores, 2009.
- Polo, Luis Felipe. *Fundamentos Filosóficos de los Derechos Humanos*. Lima: Grandes Ediciones, 2013.
- Prieto Sanchís, Luis. «La Constitucionalización de los Derechos.» *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2004: 56.
- Real Academia de la Lengua Española. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*. Madrid: Espasa, 2001.
- Rebollo, Lucrecio. *Protección de la privacidad en Derechos Humanos: temas y problemas*. México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2010.
- Reclusos del Penal Miguel Castro y sus familiares vs. Perú*. Serie C No. 160-181 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 25 de Noviembre de 2006).
- Roxin, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2003.
- Salgado, Judith. *La reapropiación del cuerpo: Derechos Sexuales en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador, Editorial Abya Yala, Corporación Editora Nacional, 2008.
- Schmidt, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*. Córdoba : Lerner Editora S.R.L., 2006.
- Sentencia No. 002-09-SAN-CC. 005-08-AN* (Corte Constitucional, 2 de abril de 2009).
- Tamarit Sumalla, Josep María. *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual*. Navarra: Aranzadi S.A., 2002.
- Unidad de Igualdad de Género SCJN. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. México D.F.: Soluciones Creativas Integra, 2013.

Valentina Rosendo Cantú. Folio: 310810 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31 de agosto de 2010).

Zavala Egas, Jorge. *Derecho Constitucional, Neoconstitucionalismo y Argumentación jurídica*. Lima: Edilex S.A., 2010