



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

AREA SOCIOHUMANISTICA

TITULO DE ABOGADO

Conflicto entre los principios de inocencia y de no re-victimización

TRABAJO DE TITULACIÓN.

AUTORA: Castro Jaramillo, Thalía del Cisne

DIRECTOR: Valdivieso Arias, Luis Felipe, Dr.

LOJA – ECUADOR

2018



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

2018

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Doctor.

Luis Felipe Valdivieso Arias.

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de titulación: “Conflicto entre los principios de inocencia y de no revictimización” realizado por Castro Jaramillo Thalía del Cisne, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, julio de 2018

f).....

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo Thalía del Cisne Castro Jaramillo, declaro ser autora del presente trabajo de titulación: Conflicto entre los principios de inocencia y de no re-victimización, de la Titulación de Abogacía, siendo el Dr. Luis Felipe Valdivieso Arias director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”.

f)

.....

Autora...Thalía del Cisne Castro Jaramillo

Cédula: 1104733041.....

.....

DEDICATORIA

Dedico este proyecto de investigación en primer lugar a Dios.

A mis padres y hermano, por su apoyo incondicional durante este hermoso recorrido.

A mi esposo e hija por ser mi motor e impulsarme a seguir adelante.

AGRADECIMIENTO

Agradezco ante todo a Dios.

A mis padres por guiarme y ser un ejemplo durante toda mi vida.

Al director de este proyecto, Dr. Luis Felipe Valdivieso Arias, por su ayuda incansable y por sus grandes enseñanzas como Profesional del Derecho.

A cada uno de los docentes de esta tan prestigiosa Universidad que han sabido impartir sus conocimientos con total responsabilidad.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	II
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	III
DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	VI
RESUMEN.....	1
PALABRAS CLAVE:.....	1
ABSTRACT.....	2
KEYWORDS:	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPITULO I.....	5
LA RE-VICTIMIZACIÓN.....	5
1.1. La Victimología.....	6
1.2. Los límites de la victimología.....	9
1.3. La victimización primaria.....	10
1.4. La victimización secundaria.....	11
1.5. La victimización terciaria.....	12
1.6. La re-victimización.....	12
1.7. La re-victimización y las normas nacionales e internacionales.....	13
1.8. Las víctimas de delitos sexuales y la re-victimización.....	15
CAPITULO II.....	18
EL PRINCIPIO DE INOCENCIA.....	18
2.1. Orígenes del principio de inocencia.....	19
2.2. Definición del principio de inocencia.....	20
2.3. El principio de presunción de inocencia.....	23
2.3.1. La libertad.....	23
2.3.2. La prisión preventiva.....	24
2.3.3. El principio de in dubio pro reo.....	25
2.4. Normas nacionales e internacionales sobre el principio de inocencia.....	26
CAPITULO III.....	29
LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS.....	29
3.1. ¿Qué es la ponderación?.....	30
3.1.1. La ley de ponderación.....	32
3.1.2. La fórmula de peso.....	33
3.1.3. Las cargas de argumentación.....	35
3.2. Origen de la ponderación.....	35
3.3. Principios en colisión.....	36
CAPITULO IV.....	39
ANÁLISIS GENERAL DE LOS DELITOS SEXUALES DURANTE EL AÑO 2017 EN LA CIUDAD DE LOJA.....	39
4.1. Origen del testimonio.....	40
4.2. ¿Qué es el testimonio?.....	40

4.3. El testigo	42
4.4. El testimonio anticipado	43
4.5. Importancia del testimonio anticipado.....	45
4.6. ¿Qué es la cámara de Gesell?	45
4.7. Aplicación de la cámara de Gesell	46
4.8. Análisis de datos generales tomados desde la Fiscalía de la ciudad de Loja .	50
4.9. Audiencias telemáticas	52
CONCLUSIONES.....	54
RECOMENDACIONES.....	55
BIBLIOGRAFÍA.....	56

RESUMEN

El presente trabajo investigativo, hace referencia al conflicto que puede ocasionarse entre los principios de inocencia y de no re-victimización, en especial en delitos sexuales, cuando las víctimas rinden testimonio anticipado y por temas de re-victimización no puede ser llamadas a testificar ante un Tribunal.

Si bien es cierto, el Juez de garantías penales, podrá realizar preguntas a la víctima por medio de la profesional que se encuentre entrevistando en la cámara de Gesell; sin embargo a lo largo del proceso van apareciendo nuevas pistas que el Tribunal desconoce y por ende necesita que la víctima comparezca ante ellos para aclarar dudas que puedan tornarse indispensables.

Es por eso que en el transcurso de este trabajo, se analizarán temas como la victimización, principio de inocencia, testimonio anticipado, cámara de Gesell y para concluir se realizará un análisis general de las denuncias por delitos sexuales cometidos en la ciudad de Loja en el año 2017. Debido a la confidencialidad de los casos fue imposible acceder a uno en particular.

Estos datos fueron facilitados por la Fiscalía de la provincia de Loja.

PALABRAS CLAVE: Re-victimización, victimología, principio de presunción de inocencia, testimonio anticipado.

ABSTRACT

The present investigative work refers to the conflict that can arise between the innocence principle and no re-victimization, specifically in sexual crimes, when the victims give advance testimony and because of re-victimization issues can't be called to testify before a Court again.

While it is true, the judge of criminal guarantees may ask questions to the victim through the professional who is interviewing in the Gesell chamber; however, throughout the process new clues can emerge, which the Court doesn't know and therefore they need the victim to appear before them to clarify doubts that may become essential in the case.

That is why in the course of this work it will be analyzed topics like victimization, the principle of innocence, advance testimony, Gesell's chamber and finally, it is going to be made a general analysis of the allegations of sexual crimes committed in the city of Loja during the year 2017. Due to the confidentiality of the cases it was impossible to access one in particular.

These data were provided by the Prosecutor's Office of Loja.

KEYWORDS: Re-victimization, victimology, principle of presumption of innocence, advance testimony.

INTRODUCCIÓN

La victimización analiza el daño psicológico que se produce a la víctima en tres momentos durante el proceso penal, esto configura la re-victimización; el primero se produce cuando es cometido el hecho delictivo, y las otras dos victimizaciones son la repetición que sufre a lo largo del proceso. El principio de inocencia, contemplado también en nuestra Constitución del año 2008, se basa en que toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Tanto el principio de inocencia como el de no re-victimización, son de suma importancia para que se pueda llevar a cabalidad el derecho penal.

Conforme pasan los años, dentro del área penal, exclusivamente en el proceso penal se ha dado la repetición del testimonio de la víctima, esto ha provocado que sufra una re-victimización, causando así en ellas un daño psicológico mayor, esto por motivo de recordar en reiteradas ocasiones el hecho traumático. Debido a esto se ha acarreado una serie de preocupaciones a nivel mundial, creando así nuevas formas de proteger a las víctimas.

Por otro lado, el principio de inocencia es una garantía constitucional, la misma que también se encuentra sustanciada y reforzada por los tratados de Derechos Humanos suscritos por el Ecuador; y así mismo contemplada en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en su artículo 5, numeral 4.

Este principio trata de que ninguna persona sea tratada como culpable de algún delito sin que antes se demuestre lo contrario mediante sentencia ejecutoriada. Además de esto es importante tomar en cuenta temas que van de la mano con la re-victimización y con el principio de presunción de inocencia, como el testimonio anticipado, y la cámara de Gesell.

El testimonio anticipado, se encuentra establecido en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en su Art 502 numeral 2, en donde manifiesta que el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos, y de todas aquellas personas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio.

Por otro lado, la cámara de Gesell es una herramienta que hace parte del Servicio de Atención Integral de la Fiscalía, esta se compone de una habitación que consta de dos ambientes separados por un vidrio unilateral, contiene también un sistema de audio y video.

Actualmente se encuentran instaladas en 20 provincias del país.

La cámara de Gesell, no tiene una normativa exacta con la que pueda regirse, sin embargo existe una resolución de No. 117-2014 expedida por el pleno del Consejo de la Judicatura que refiere al protocolo que se deberá seguir para el uso de la misma. Esta resolución sigue vigente hasta la actualidad.

Para poder establecer qué principio deberá prevalecer, es indispensable referir sobre la ponderación, que fue planteada por el filósofo Robert Alexy; el mismo que, establece una fórmula matemática para la aplicación de la misma. Sus detractores sin embargo manifiestan que no es factible usar esta fórmula, ya que no siempre se tendrá un resultado exacto, más bien los jueces podrían aplicar aquí la sana crítica.

El presente trabajo de investigación, tiene por objetivo principal y de manera general, establecer la importancia de estos dos principios y mediante este análisis investigativo, la justicia pueda encontrar la vía adecuada para el buen funcionamiento de ambos, evitando que se vulneren tanto el principio de presunción de inocencia como el de no re-victimización.

CAPITULO I

LA RE-VICTIMIZACIÓN

1.1. La Victimología

La victimología tiene mucho que ver con la re-victimización, ya que esta se encarga de estudiar las causas por las cuales una persona se ha convertido en víctima.

La victimología es una ciencia que lleva cierta relación con la criminología; esta nace entre los años treinta y cuarenta, en el siglo XX en Europa, durante la segunda guerra mundial; como una respuesta de los judíos al Holocausto. Dentro de esa misma transición, la víctima ya contaba con cierto protagonismo en los procedimientos penales.

Algunos autores creen que la victimología realmente empezó su crecimiento y generalización en la década de los años setenta; y algunos otros autores consideran que aún le falta mucho para llegar a ser una ciencia.

La victimología plasma al delito como consecuencia de la interacción entre el autor y la víctima.

Uno de los objetivos de la victimología es señalar las necesidades que deben cubrirse a las víctimas de delitos, las mismas que no deberán ser solo económicas sino también de una mayor participación y protección dentro del procedimiento penal.

Para (Varona Martínez Gema, de la Cuesta Arzamendi José Luis, Mayordomo Rodrigo Virginia, 2015) la criminología es la "...ciencia interdisciplinaria que estudia las relaciones entre la delincuencia, los infractores, las víctimas y el control social" (10).

Así también estos mismos autores opinan sobre la victimología lo siguiente:

"...ciencia interdisciplinaria que se ocupa del conocimiento relativo a los procesos de victimización y des-victimización en sentido amplio" (10).

Es por eso que el estudio tanto de la criminología y la victimología llevan una relación, ya que se deberá estudiar ambas para poder resguardar los derechos tanto de la persona que se encuentra en estado de víctima como de la persona que se encuentra como acusado.

La victimología, fuera de la criminología, tiene como objeto redescubrir a la víctima en cuanto a sus derechos; por lo tanto busca que se cumplan todas las garantías del debido proceso.

En la época del derecho penal bárbaro los crímenes se castigaban mediante venganza privada, lo que ocasionó una desproporción entre el delito cometido y la reacción de las personas ante la vulneración del derecho sufrido; es por eso que nace la ley de Talión, que significaba ojo por ojo y diente por diente, esto con el objetivo de poder frenar de cierta forma los crímenes y las venganzas privadas. Aunque en un primer momento esta pareció ser desmesurada, ayudó a regular la venganza privada y los crímenes cometidos.

Después en el derecho germánico existió la indemnización en bienes o dinero que se negociaba entre el agredido y el agresor, o sus familiares. Muchas de las veces estas indemnizaciones no quedaban a cargo de la víctima o de sus familiares sino de los señores feudales. Esto dejó a la víctima en el olvido, debido a que se empezaron a priorizar otras cosas, dejando de lado la verdadera justicia y reparación integral.

En el pasado, no se podía asegurar que la criminología vaya de la mano con la victimología, o que sea una rama directa de esta; sin embargo en la actualidad ambas llevan una relación muy cercana.

(Maila Martínez, 2013) afirma que:

En los últimos años la problemática victimal ha sido considerada también por las Naciones Unidas, la misma que aprobó y expidió la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y el Abuso de Poder, el 29 de Noviembre de 1985, la misma que ha servido de base para que distintos países incluyan dentro de su normativa la problemática victimal y los derechos de las víctimas... El primer país en elaborar y aprobar una Ley que ampare a las víctimas fue México (p. 29).

La victimología forma parte también de la psicología jurídica, esto debido al análisis que se le realiza a la víctima para poder aseverar y medir de cierta forma el daño causado antes, durante y después del hecho traumático.

El psiquiatra estadounidense Frederick Wertham fue uno de los primeros en usar el término victimología, en su obra llamada *The show of violence*, publicada en el año 1945 (Varona Martínez Gema, de la Cuesta Arzamendi José Luis, Mayordomo Rodrigo Virginia, 2015).

Sin embargo se cree que los primeros en realizar estudios a la víctima fueron Benjamin Mendelsohn, que era judío y Hans von Hentig, que era un alemán perseguido por los nazis; ellos consideraban que la víctima se enfrentaba a tratos crueles por parte de la policía, los

fiscales y demás funcionarios judiciales (Cuesta Figueroa Daniela Sophia, 2014).

La victimología de Mendelsohn, no solo se refería a las víctimas de delitos, sino que también ampliaba a las víctimas de catástrofes naturales y de pueblos que padecen de hambre y miseria (Bodero, n.d.).

Por el contrario, Hans von Hentig solo se limitó a las víctimas que tienen algún tipo de relación con el victimario, y la reacción de ellas frente a su agresor.

Estos dos autores y pioneros de la victimología como ciencia, construyeron una imagen más realista y eficiente de la víctima, a la misma que convirtieron en un personaje activo, capaz de influir en la gestación del hecho delictivo (Bodero, n.d.).

La victimología moderna o llamada también interaccionista, nació a finales de los años setenta, impulsada por movimientos internacionales a favor de las víctimas.

Los movimientos feministas, impulsados por la violencia que existía en contra de la mujer, también impulsaron el estudio e investigación de la victimología moderna.

Los aportes de Latane y Darley, durante esta misma época, sobre la dinámica de la intervención de los espectadores en las situaciones de emergencia, estudios de psicología social en torno al comportamiento de asistencia o abandono hacia la víctima del delito, ayudaron a que la victimología siga creciendo como ciencia (Cuarezma, n.d.).

Dentro de los años setenta, también se realizaron encuestas sobre victimización en donde se empezaba a evidenciar la cantidad de víctimas que existía, y no solo las oficiales por así decirlo, sino también las que no se atrevían a denunciar el hecho delictivo.

En la actualidad la victimología busca un tratamiento justo dentro del derecho procesal penal, pero sin contraponer los derechos del procesado ante los derechos de la víctima.

La evolución de la victimología ocurrió entre los años ochenta y noventa.

El autor estadounidense Schafer, identificó dos problemas de la victimología:

- La contribución de la víctima al delito; y,

- La reparación (Varona Martínez Gema, de la Cuesta Arzamendi José Luis, Mayordomo Rodrigo Virginia, 2015).

La victimología nace por la necesidad misma de proteger a la víctima. Los estudios de casos reales, análisis de estadísticas, testimonios, pruebas materiales, etc, han hecho que esta se convierta en una ciencia.

Para proteger y ayudar a la víctima, es necesario implementar a nivel no solo nacional si no también internacional la ejecución de programas de ayuda y protección, así como también programas de indemnización, como ya lo contempla nuestra Constitución de la República y demás códigos que se encuentran dentro de nuestra legislación.

La víctima ha pasado durante el procedimiento penal por tres momentos; el protagonismo, el olvido y por último su redescubrimiento (Cuesta Figueroa Daniela Sophia, 2014).

Desde el cometimiento del acto delictivo, la victimología empieza a realizar su trabajo, puesto que debe velar por los derechos de las víctimas y por las reparaciones que deberán recibir correspondientemente.

1.2. Los límites de la victimología

Para Benjamin Mendelsohn, citado por (Bodero, n.d.) “los límites de la victimología deben establecerse en relación al interés de la sociedad en los problemas de las víctimas...”(p.77).

Algunos autores dividen a la victimología en general y penal; la victimología penal se usa específicamente para las víctimas de alguna actividad criminal, en cambio la victimología general se refiere por ejemplo a las personas víctimas de esclavitud en algunos países de Islam, o a las víctimas de catástrofes naturales, etc. (Bodero, n.d.).

Por otra parte, Luis Rodríguez Manzanera, citado por Edmundo Bodero, afirma:

La victimología no se agota con el estudio del sujeto pasivo del delito, sino que atiende a otras personas que son afectadas y a otros campos no delictivos como puede ser el caso de los accidentes.

En conclusión, la victimología no debería tener límites, ya que se busca el bienestar de la persona a quien le ha sido violentado su derecho y la restauración de los mismos.

1.3. La victimización primaria

La victimización primaria se deriva del primer momento en el que es cometido el hecho delictivo; es decir el acto violento que sufre en primera instancia la persona y el mismo que la convierte en víctima. Este va acompañado de diferentes efectos dañinos como:

- Físicos.
- Económicos.
- Psicológicos.
- Psicosociales.

En el momento en que ocurre esta vulneración al derecho, la persona afectada pierde su sentido de seguridad.

La víctima tiende a recordar el hecho traumático con facilidad y de manera involuntaria, esto provoca que se siga dañando su psiquis y que pierda el contacto con la realidad por un tiempo determinado.

Además de esto, tiende a estar en alerta, sobresaltada y con problemas de atención en su diario vivir.

La víctima puede sufrir varios tipos de daño, las mismas que le pueden causar síntomas, secuelas o consecuencias a corto, largo o mediano plazo.

A continuación se señalan tres clases de daño:

1. Psicológico, el cual abarca sufrimiento, soledad, temor, inseguridad, tristeza, sensación de injusticia, baja autoestima, sensación de culpabilidad, etc.
2. Daño físico.
3. Daño material y económico (Varona Martínez Gema, de la Cuesta Arzamendi José Luis, Mayordomo Rodrigo Virginia, 2015).

1.4. La victimización secundaria

La victimización secundaria, se refiere al daño posterior que sufre la víctima, en el momento en el que esta da a conocer su caso ante las autoridades y las mismas le realizan las experticias necesarias que el mismo procedimiento penal lo requiere, tales como pericias médico legales, versiones, entre otras.

Si dentro del procedimiento penal se dan servicios defectuosos que concluyan en el maltrato de la víctima, esto causará un mayor daño a su psiquis y por ende una segunda victimización.

Otro de los hechos que puede generar una segunda victimización, sobre todo en las víctimas de delitos sexuales, es la actuación de la policía, médicos legales, fiscales, abogados y jueces; esto debido a que la mayoría de víctimas de delitos sexuales son mujeres, y la mayor parte del sistema judicial está conformado por hombres, los mismos que les interesa realizar de inmediato las experticias necesarias que se requieran, sin tomar en cuenta el trauma que sufre la persona y llevando el caso con mucha frialdad (Gallardo, n.d.).

En el sistema procesal se intenta resguardar mucho los derechos tanto de la víctima como del acusado, es por eso que muchas de las veces la víctima sufre una segunda victimización debido a que se pone en tela de duda su testimonio por resguardar el principio de inocencia y el principio de in dubio pro reo.

Que la víctima rinda más de una declaración y que se dilate el proceso, le puede causar también una segunda victimización, debido a que se ve expuesta a recordar el hecho traumático y a estar en ascuas por la demora en dictar una sentencia a su favor.

Conjuntamente con esto, existe el temor de la víctima a que su victimario o allegados tomen represalias contra ella o sus familiares. Y que además, al exponer su caso ante la sociedad está la juzgue.

En conclusión, la victimización secundaria no es el resultado directo del acto ilícito, sino a través de la respuesta que recibe por parte de las personas e instituciones (Varona Martínez Gema, de la Cuesta Arzamendi José Luis, Mayordomo Rodrigo Virginia, 2015).

1.5. La victimización terciaria

La victimización terciaria tiene que ver con los costes adicionales de la penalización sobre quienes recae, ya sea sobre la víctima mismo o sobre terceros; esto incluyendo las consecuencias del estigma social. (Varona Martínez Gema, de la Cuesta Arzamendi José Luis, Mayordomo Rodrigo Virginia, 2015).

En esta tercera victimización ya no solo se ha causado un daño psicológico profundo debido a los dos anteriores victimizaciones, sino que también se repercute en el ámbito económico, puesto que el procedimiento penal genera gastos que recaen ya sea sobre la víctima o sobre sus familiares, además de esto, se empeora su estado debido a que su caso se ve expuesto ante la sociedad y esto podría causar un juzgamiento por parte de la misma.

En conclusión esta tercera victimización es el resultado negativo de las dos victimizaciones anteriores.

Todos estos tipos de victimización configuran la re-victimización.

1.6. La re-victimización

La re-victimización ocurre cuando a la víctima de un delito se le expone dentro del mismo procedimiento penal, a recordar una y otra vez el hecho traumático por el cual atravesó.

Este principio hace referencia a una persona que ha sido puesta involuntariamente en el papel de víctima. Por el prefijo que le antecede nos hace notar que esta víctima se encuentra en una condición de repetición. Es decir, la re-victimización hace referencia a la experiencia por la cual atravesó, y la deja en estado de víctima y la repetición que tiene en dos más momentos de su vida (Comisión Intereclesial de Justicia, 2010).

La re-victimización empeora la situación de la víctima, ya que se encuentra expuesta aparte de las experticias que requiera el proceso penal, a la vista y juzgamiento de toda la sociedad, lo cual le seguirá causando un daño psicológico que se puede tornar en muy grave.

En el momento en que una persona, involuntariamente, se ha convertido en víctima, cambian muchas cosas dentro de su ámbito personal, esto puede generar efectos

psicosociales que van deteriorando a la persona tanto de manera psicológica como en su salud física. En casos extremos se puede producir incluso hasta trastornos mentales (Comisión Intereclesial de Justicia, 2010).

La re-victimización provoca que los hechos que convirtieron a esa persona en víctima, se vuelvan a remover y por ende vuelvan a causar un dolor y un daño en ella.

Es indispensable que se evite re-victimizar, debido a que esta persona se encuentra con un daño psicológico e incluso puede que hasta físico, debido al hecho traumático por el cual atravesó, y al momento de exponerla a seguir recordando el hecho violento se le puede causar una mayor afectación.

La re-victimización en sí se refiere al daño que sufre la víctima en reiteradas ocasiones producto del mismo procedimiento penal, por medio de los testimonios y demás procedimientos que la exponen a recordar o revivir una y otra vez los hechos del acto traumático por el cual atravesó.

Así también, Gutiérrez et al., (2009) citado por Cuesta (2014) afirma que:

Varios autores coinciden en que los principales factores que influyen en la re-victimización son la carencia de información dentro de los procedimientos, las reiteradas veces que la víctima narra los hechos, la presencia del victimario en la misma sala, las intervenciones de los testigos, el interrogatorio, la incorrecta respuesta en los procedimientos por parte de las instituciones policiales y judiciales, entre otros (p. 58).

Toda víctima al comienzo de un proceso judicial, tiene una circunstancia estresante además de la ya vivida; esto se da porque le toca revivir el hecho traumático una y otra vez, ya sea por testimonios solamente o también por pericias médico legales, o demás procedimientos que el mismo proceso penal lo requiera.

Además de ello, también repercute en el ámbito económico, puesto que se deberá dar asistencia médica y psicológica, según sea el caso.

1.7. La re-victimización y las normas nacionales e internacionales

En el Ecuador se creó un sistema de protección a víctimas y testigos, en el año 2002, con el

objetivo de resguardar los derechos de las mismas y evitar su re-victimización. Es así que dentro del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en su artículo 445, sección primera, habla sobre este Sistema Nacional de Protección y Asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso, en donde refiere:

La Fiscalía dirige el Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso, a través del cual todos los partícipes en la investigación pre-procesal o en cualquier etapa del proceso, podrán acogerse a las medidas especializadas de protección y asistencia para precautelar su integridad y no re-victimización cuando se encuentren en peligro. Este Sistema contará con los recursos necesarios provenientes del Presupuesto General del Estado, para su eficiente gestión (p. 120).

De igual manera dentro de la Constitución de la Republica del año 2008, se encuentra un artículo, específicamente el 78 en donde manifiesta:

Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no re-victimización, 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... (p. 57).

El Ecuador también ha suscrito convenios internacionales en donde se prevé la reparación integral de las víctimas.

Es así que dentro del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, convenio el cual ha sido aprobado y ratificado por el Ecuador, y publicado en el Registro Oficial No. 153 del 25 de noviembre del año 2005 en su artículo 75 establece (Campoverde, 2015):

1. La Corte establecerá principios aplicables a la reparación, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación, que ha de otorgarse a las víctimas o a sus causahabientes. Sobre esta base, la Corte, previa solicitud o de oficio en circunstancias excepcionales, podrá determinar en su decisión el alcance y la magnitud de los daños, pérdidas o perjuicios causados a las víctimas o sus causahabientes, indicando los principios en que se funda.
2. La Corte podrá dictar una decisión en contra del condenado en la que indique la

reparación adecuada que ha de otorgarse a las víctimas, incluidas la restitución, la indemnización y la rehabilitación. Cuando proceda, la Corte podrá ordenar que la indemnización otorgada a título de reparación se pague por conducto del Fondo Fiduciario...

6. Nada de lo dispuesto en el presente artículo podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de las víctimas con arreglo al derecho interno o el derecho internacional (p. 44).

De igual manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), de la cual son miembros 35 países, y la misma que se ha constituido como un organismo internacional con competencia en violaciones de derechos humanos en los países que han aceptado su competencia, establece la reparación integral a la víctima, ofreciendo restaurar su derecho en la medida de lo posible, y también el pago de una justa indemnización (Campoverde, 2015).

Todas estas leyes, tratados y convenios, garantizan la protección de la víctima dentro del proceso penal, lo cual resulta interesante y conveniente para que los derechos de estas personas que han sufrido algún tipo de vulneración, les sean restaurados en la medida de lo posible y que puedan tener de alguna manera una justicia integral.

1.8. Las víctimas de delitos sexuales y la re-victimización

Para referirme a la re-victimización voy a topa netamente a las víctimas de delitos sexuales, puesto que se considera que a estas personas son quienes más han sufrido de re-victimización.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) en su artículo 170 y 171 respectivamente, habla sobre el abuso sexual y sobre la violación; de la primera dice que:

La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier

causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años (p. 77).

Así mismo el COIP en su siguiente artículo, 171 específicamente refiere sobre la 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 (p. 77 - 78).

Las víctimas de delitos sexuales, generalmente, sufren de una mayor re-victimización, a diferencia de las víctimas de otros delitos, esto debido a que muchas veces estas personas optan por el silencio y se ven envueltas en la presión social y en el sentimiento de culpa.

Dependiendo del tipo de delito sexual, y de la edad de la víctima, esta puede causar diferentes daños psicológicos y físicos.

En el caso de los niños, niñas y adolescentes, generalmente el abuso sexual o la violación, la perpetra un familiar o allegado a la familia.

La víctima de un delito sexual, dentro del proceso penal se siente varias veces victimizada, debido a las pericias médicas, testimonios, y demás requerimientos del mismo, causándole un mayor daño psicológico y dejándole mayores secuelas.

Dentro de las pericias médico legales, muchas de las veces no existe un lugar adecuado o lo suficientemente privado para tomar las pruebas correspondientes, se hacen preguntas innecesarias o mal formuladas, lo que contribuye a la re-victimización.

Los funcionarios judiciales, por lograr encontrar al culpable lo más rápido posible, toman a la víctima del delito simplemente como un testigo más, dejando de lado el sufrimiento por el cual atravesó y causándole un sentimiento de inseguridad y de desprotección.

Ya una vez sentenciado el agresor, no se le da un seguimiento a la víctima y existe una falta de información a la misma sobre si el agresor a sido puesto en libertad.

Considero que a las personas víctimas de algún tipo de delito sexual, se les deberá dar un trato especial, tomando en cuenta el daño sufrido tanto psicológico como físico, y se deberá llevar con mayor cautela el procedimiento, teniendo cuidado especial, por ejemplo, al momento de realizar algún tipo de pericia médica o al momento de realizar el interrogatorio. Esto con el objetivo de que la víctima se sienta segura en la medida de lo posible, y que no pierda la seguridad en la justicia.

CAPITULO II

EL PRINCIPIO DE INOCENCIA

2.1. Orígenes del principio de inocencia

Para algunos tratadistas, el origen del principio de presunción de inocencia, se remonta a la época de la Revolución Francesa, en el año 1789, con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, debido a que aquí es cuando se consagra por primera vez este principio como una garantía procesal para los acusados y también como una manera de reivindicar la dignidad de los mismos frente a la sociedad y al Estado. Más sin embargo esta nace realmente en la época Romana.

Ferrajoli, 2004 citado por (Montalvan Bowen, 2014); manifiesta que el principio de presunción de inocencia proviene del Derecho Romano, basándose en tres fuentes:

- a. Los escritos de trajano: “Es mejor dejar impune un delito, que condenar a un inocente”.
- b. La máxima de Pablo: “Le incumbe probar a quien afirma, no a quien niega”
- c. Los brocárdicos medievales: “Le incumbe probar a quien afirma, no a quien niega. Si el actor no prueba, el reo debe ser absuelto”

De igual manera, compartió el mismo criterio el jurista romano Ulpiano, quien es considerado uno de los primeros juristas que se refirió al inocente; es así que en su obra Corpus Juris Civile hace un poco más de doscientos años, antes de Cristo, manifestó que es preferible dejar impune el delito de un culpable que condenar a un inocente (Montalvan Bowen, 2014), (Miñaca, 2008).

Durante esta misma época no se veía mayor aplicación de este derecho debido a las prácticas inquisitivas que prevalecieron por parte de la influencia del Cristianismo; en dicha época la duda sobre la inocencia de alguna persona significaba directamente la culpabilidad.

Todo esto ocurrió dentro de la Edad Media.

En Francia, al término de la época de la inquisición, se dictó una ordenanza en donde se manifestaba que “Todos se presumen buenos mientras no se pruebe que son malos” (Montalvan Bowen, 2014).

A este principio se lo reconoció también en el sistema de justicia penal mixto, aunque durante el mismo su ideología se trastocó, puesto que como se había dicho, cuando se investigaba a alguien por algún delito se creía directamente en su culpabilidad, y por ende

se les privaba de la libertad, y si ya, mediante sentencia se demostraba su inocencia, simplemente se lo subsanaba con unas disculpas. Es por eso que se volvió a analizar el objetivo del principio de presunción de inocencia para poder tener un mejor sistema penal.

En palabras de los tratadistas (Lozano Guerrero Fidel, Resendez Estrada Carlos, 2012), “para revertir el sistema penal inquisitorio, fue necesaria la presencia en su época, de los supra-citados polemistas e intelectuales, entre los que incluimos a Rousseau y Voltaire” (p. 319).

Ya en la Edad Moderna, pensadores e intelectuales como Hobbes, Montesquie y Beccaria, entre otros, retoman el principio de presunción de inocencia. Beccaria dice de la presunción de inocencia que es un principio necesario desde el momento en que una persona no puede ser considerada reo, sin que exista una resolución de un juzgador y que de igual manera la sociedad tampoco puede dejarlo sin protección alguna hasta que se haya demostrado que ha infringido alguna norma y que ha violentado algún derecho (Lozano Guerrero Fidel, Resendez Estrada Carlos, 2012).

A finales del siglo XIX y principios del siglo XX, el autor italiano Garófalo, consideraba que el principio de presunción de inocencia, debilitaba la acción procesal del Estado, ya que constituía un obstáculo para volver eficaces las resoluciones en contra de los acusados, especialmente en razón de la prisión preventiva, la misma que favorecía la libertad del imputado, a pesar de que esta pudiese constituir un peligro común y una provocación a la víctima (Sanchez Poma, 2010).

Sin embargo con el paso del tiempo, esta idea fue cambiando, y se vio la necesidad de la existencia del principio de presunción de inocencia, especialmente para evitar la vulneración del derecho a la libertad.

El principio de presunción de inocencia se ajustó como una forma de frenar la arbitrariedad de la imposición de la pena impuesta por mera sospecha (Miñaca, 2008).

2.2. Definición del principio de inocencia

El principio de inocencia o conocido también como principio de presunción de inocencia, es un derecho universal, es decir que este ampara a todas las personas sin distinción alguna.

La presunción de inocencia es un principio fundamental del Derecho Procesal Penal para poder garantizar un juicio justo.

Se trata de una presunción que no admite demostración en contrario, es decir, que aunque las pruebas durante el juicio, muestren que la persona acusada es evidentemente culpable, este no podrá ser tratado como tal y por el contrario tendrá que ser tratado como inocente, hasta el momento en que el juez dicte sentencia en firme y se encuentre debidamente ejecutoriada.

La presunción de inocencia es un derecho universal, innato del ser humano, cuya responsabilidad y culpabilidad le pertenece probar al Estado dentro de un proceso legal.

La fiscalía deberá obtener debidamente pruebas que demuestren la culpabilidad o inocencia de la persona procesada y presentarlas en el debido momento ante los jueces.

Cuando se hace referencia al principio de presunción de inocencia, no se quiere decir que el imputado sea en verdad inocente, ni que no haya tenido algún tipo de participación en la comisión de algún delito, sino más bien el objetivo de este principio es dar a todas las personas un estado jurídico de inocencia hasta que mediante pruebas convincentes el juez pueda declarar mediante sentencia ejecutoriada su estado de inocencia o de culpabilidad.

El autor Martínez, 2008: 228 citado por (Montalvan Bowen, 2014) refiere sobre la presunción de inocencia:

“La palabra presunción viene del latín *praesumptio-óins*, que significa, idea anterior a toda experiencia; por otro lado, inocencia proviene del latín *innocens-entis*, que significa virtuoso, calidad del alma de quien no ha cometido pecado” (p.13).

De igual manera Clariá Olmedo, citado por Jessica Sánchez, 2010 manifiesta:

Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, aun cuando con respecto a ellos se haya abierto causa penal y cualquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el periodo cognoscitivo de este... (p. 11).

Por otro lado el autor, Cubas Villanueva, 1997, citado por Jessica Sánchez, 2010 dice al respecto:

“Lejos de ser un mero principio teórico de derecho, representa una garantía procesal insoslayable para todos; “es la máxima garantía del imputado y uno de los pilares del proceso penal acusatorio” (p. 11).

Así también, para Trechel, la presunción de inocencia debe ser entendida dentro de un lineamiento, el mismo que debe exigir cierto tratamiento a las personas que no han sido condenadas, pero que se están viendo envueltas dentro de un litigio legal como acusados; estas personas deben ser tratadas de una manera viable a la posibilidad de que sean inocentes; “inocencia entendida como libertad de culpa” (Aguilar Lopez, 2015) (p. 13).

La presunción de inocencia, es el derecho que tiene toda persona a no ser condenado sin pruebas de cargo que sean constitucionalmente válidas (Sandoval Perez, 2001).

Por otro lado, Jeremías Bentham, el niño de origen inglés considerado como genio del utilitarismo, manifestaba que todo ser humano es considerado inocente por naturaleza (Montalvan Bowen, 2014).

Este principio trabaja con la hipótesis de que la persona acusada es inocente hasta que se demuestre lo contrario mediante sentencia en firme y ejecutoriada de un juzgado competente. El acusado tiene los mismos derechos jurídicos que cualquier otra persona.

Sosa,2002: 28, citado por (Montalvan Bowen, 2014) dice al respecto:

“La presunción de inocencia es una de las garantías fundamentales que se conforma en uno de los derechos del debido proceso” (p. 13).

Para Montesquieu, si la inocencia de una persona no está asegurada desde el momento en el que nace, su libertad se encuentra en peligro, puesto que esta no le ha sido asegurada, ya que para él, quien no es considerado inocente tampoco puede ser considerado libre (Trujillo, 2015)(p. 10).

Por otro lado José García Falconi 2011, p. 29, citado por (Trujillo, 2015) manifiesta:

El derecho constitucional a la presunción de inocencia, es fundamental, y como tal deber ser preservado para cualquier persona, por cuanto se ve limitado por el cometimiento de una infracción penal, esa limitación está respaldada por una serie de garantías que

señala la Constitución de la República, Los tratados internacionales de derechos humanos y las leyes en general (p. 23).

Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013):

El principio de presunción de inocencia se deriva... de la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia... (p.57).

Cabe recalcar que el principio de presunción de inocencia si bien es cierto busca que se le dé un trato digno y de inocente al procesado, también busca atribuir responsabilidades al fiscal acusador, ya que es él quien tiene la obligación de llevar e investigar pruebas de cargo y de descargo.

2.3. El principio de presunción de inocencia

Para hablar del principio de presunción de inocencia, es inevitable referirse al tema de la libertad, prisión preventiva e in dubio pro reo, empezaré refiriéndome al tema de la libertad para así posteriormente seguir con la prisión preventiva y finalmente con el principio de in dubio pro reo.

2.3.1. La libertad.

La libertad es uno de los derechos más nobles y también uno de los principales derechos del ser humano.

Ferrajoli 2006: citado por (Montalvan Bowen, 2014) manifiesta al respecto:

“Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” (p.32).

La libertad es entendida como el dominio que tiene cada persona sobre sí mismo para poder decidir y hacer las cosas a su voluntad.

Al referirse a la libertad desde el punto de vista jurídico, esta es entendida como “la facultad de hacer u omitir aquello que no está ordenado ni prohibido” (García Máynez, n.d.)(p.103).

En conclusión, la libertad entendida jurídicamente, es la facultad que tienen las personas para ejercer o no sus derechos subjetivos, siempre y cuando el contexto de estos derechos no afecte o no disminuya el cumplimiento de otro deber (García Máynez, n.d.).

2.3.2. La prisión preventiva.

Siguiendo con el tema de la prisión preventiva, se puede decir que esta genera un tipo de vulneración al derecho que tiene el acusado a considerarlo inocente hasta que mediante sentencia se le demuestre lo contrario. Esto debido a que al momento de ser dictada una prisión preventiva, la sociedad asume directamente la culpabilidad del acusado, sufriendo así un estigma social.

La prisión preventiva es una medida cautelar de carácter personal, justificada por el poder judicial para asegurar el cumplimiento del debido proceso.

Debido a la gravedad de esta medida, ya que se vulnera la libertad de la persona acusada, se la usa solo en casos extremos.

A lo largo de la aplicación de esta medida cautelar personal, han existido diferentes casos en los que a las personas a las que se les dicta la prisión preventiva, permanecen detenidos por un largo tiempo, y si al final de todo se los encuentra inocentes, simplemente se los subsanaba con unas disculpas.

Actualmente en el Ecuador, la caducidad de la prisión preventiva opera dependiendo de la pena del delito; es decir, si la pena del delito es menor a cinco años la prisión preventiva caducará en seis meses, y si la pena del delito es mayor a cinco años, la prisión preventiva caducará en el plazo de un año.

Cuando se ha dictado prisión preventiva, se entiende que no existe ninguna otra medida cautelar personal eficaz para garantizar la comparecencia del acusado al juicio.

Beccaria 1764, citado por (Montalvan Bowen, 2014) manifiesta al respecto:

“... no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados” (p.9).

Este mismo tratadista, se opuso de manera abierta a la prisión preventiva, ya que lo consideraba como una pena anticipada y que esta solo debería aplicarse cuando se reclutaran suficientes requisitos legales.

Así en el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 552, hace referencia a las medidas cautelares de carácter personal, en donde se manifiesta también que la prisión preventiva se la aplicará de forma excepcional.

En el mismo Código en su Artículo 4 numeral 4 señala:

“Toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario” (p. 8).

Las personas que se encuentran con prisión preventiva, sufren un perjuicio directo en cuanto a sus relaciones familiares, además de esto pierden la oportunidad de tener un trabajo remunerado digno y lícito, e incluso afrontan una desventaja procesal frente a personas que llevan un proceso penal estando en libertad. Todo esto sin tomar en cuenta las demás desventajas sociales y económicas, puesto que sufrirán del estigma social y quién sabe si posteriormente esto les ocasione un daño psicológico o social (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013).

2.3.3. El principio de in dubio pro reo.

Considero necesario hacer alusión al principio de in dubio pro reo dentro del tema de la de presunción de inocencia, ya que estas tienen una gran cercanía.

El In dubio pro reo, es una consecuencia del principio de presunción de inocencia, el Juez tiene la obligación de favorecer al procesado siempre que no tenga certeza de su culpabilidad (Montalvan Bowen, 2014).

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008, en su Artículo 76 numeral 5, manifiesta:

5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se le aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora (p. 53).

In dubio pro reo quiere decir que en caso de duda se aplicará lo más favorable al imputado.

Para analizar este principio que lleva relación con el principio de presunción de inocencia, es necesario referirnos al Artículo 1 de la Constitución de la República, en donde refiere:

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada“ (p. 16).

Se interpreta este artículo de manera que los jueces que son encargados de juzgar la conducta de las personas, al momento de resolver debe tener total convicción de la culpabilidad o inocencia del imputado, y así también de hacer prevalecer los principios y las reglas del debido proceso entre las que están el principio de presunción de inocencia y el in-dubio pro reo, esta última se la debe aplicar solo en el caso que exista duda razonable, referente a la norma que contenga las debidas sanciones.

Para concluir, la presunción de inocencia es el derecho que tienen todas las personas que se encuentren inmiscuidas en un proceso legal en calidad de acusados, a ser tratadas como inocentes hasta que un Juez competente mediante sentencia en firme y ejecutoriada, respetando el debido proceso, declare lo contrario.

2.4. Normas nacionales e internacionales sobre el principio de inocencia

Dentro de la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que se originaron a partir de la Revolución Francesa en el año 1789, establece el principio de presunción de inocencia. Así manifiesta:

Art. 1. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos...

Art. 7. Ninguna persona puede ser acusada, detenida ni encarcelada sino en los casos

determinados por la ley según las formas prescritas en ella. Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados...

Art. 9. Toda persona, siendo presumida inocente hasta que sea declarada culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para el aseguramiento de su persona... (p. 281, 282).

En el ámbito de los Derechos Humanos, su finalidad es proteger los derechos fundamentales de las personas. Estas Cortes pueden actuar solo si se demuestra que mediante sentencia un juez condenó a una persona inocente, ya sea que lo haya hecho con duda o con base en pruebas que no hayan tenido el debido valor jurídico.

Es así que la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 11 manifiesta lo siguiente:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa... (p. 24).

Es por eso que la presunción de inocencia es vital para la protección de los derechos humanos.

Como se había dicho en líneas anteriores, la carga de la prueba le corresponde a la fiscalía y a la parte acusadora.

En el Artículo 66 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, sobre la Presunción de inocencia refiere:

1. Se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable.
2. Incumbirá al Fiscal probar la culpabilidad del acusado.
3. Para dictar sentencia condenatoria, la Corte deberá estar convencida de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable (p.38).

Todas las personas, y más aún las autoridades, tienen la obligación de cumplir con la presunción de inocencia, esto incluye evitar realizar declaraciones que den a entender la culpabilidad del acusado sin que antes se haya demostrado lo contrario.

De igual manera en la Constitución de la República del Ecuador del 2008, en su artículo 76 numeral 2 manifiesta:

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas...

1. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada (p.53).

En el Ecuador se tomó en cuenta el principio de presunción de inocencia recién en la Constitución del año 1845, dada por la Convención Nacional reunida de Cuenca, quince años después de la Constitución del año 1830, el mismo que en su título XI referente a las garantías, Artículo 116 manifestaba que todo ciudadano se presumiría inocente y que el mismo tendría derecho a conservar su buena reputación, mientras no se le declare delincuente conforme a las leyes (Trujillo, 2015).

CAPITULO III

LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS

3.1. ¿Qué es la ponderación?

Empezaré por decir que la ponderación es una técnica de argumentación, la misma que busca hacer prevalecer un principio sobre otro, de acuerdo a las debidas circunstancias que presenten cada caso en particular, esto sin el objetivo de vulnerar ningún derecho.

El primer filósofo en demostrar que la ponderación es un procedimiento racional dentro de la aplicación del derecho, fue Robert Alexy.

Para el catedrático de la Filosofía del Derecho, Luis Prieto Sanchís, la ponderación se utiliza siempre y cuando existan razones que se encuentren en conflicto, las mismas que nazcan de normas que proporcionen justificaciones diferentes a la hora de tomar una decisión (Chacón, 2013).

La ponderación es un procedimiento que se basa en la interpretación; tiene dos fases:

1. La creación de una regla general y abstracta; y,
2. La subsunción de una de ellas (Reyes Crisóstomo, 2016).

La subsunción es la relación que existe entre un caso en específico y un principio o una norma. Va de lo general a lo particular.

Esta se encarga también de aplicar la norma correcta en un caso en particular.

La subsunción se diferencia de la ponderación tan solo por su esquema; la primera funciona de acuerdo a las reglas de la lógica, mientras que la ponderación funciona a través de la fórmula de peso, de la misma que se hablará más adelante (Alexy, 1989).

Cabe recalcar que tanto la subsunción como la ponderación son muy similares en cuanto a la argumentación se trata.

Por otro lado la ponderación, como ya se había dicho, es una técnica argumentativa que busca resolver dilemas o irregularidades entre dos principios que se encuentren en contraposición o en colisión.

El tratadista (G. Gorra Daniel, 2009) afirma al respecto:

La ponderación podría ser considerada como una técnica para resolver conflictos de derechos fundamentales. Los jueces tendrían la facultad para poder determinar en un caso concreto, cuál es el derecho fundamental que debería prevalecer en una hipótesis de conflicto por intermedio de la ponderación de principios (p.2).

La ponderación consiste en escoger de entre dos o más, en este caso principios, el que tenga un mejor resultado ante el caso en particular.

Para el Doctor de origen español José Juan Moreso, la ponderación consiste en la elaboración de un conjunto de reglas que se correlacionan con las propiedades del Universo de las mismas, con la debida solución normativa, que sería la consecuencia jurídica del principio que ha sido considerado como prioritario bajo el estudio de algunas circunstancias (Fernández Núñez, 2017).

Algunos autores se encuentran en desacuerdo con la ponderación jurídica de principios, esto debido a que consideran que podría representar un juicio injusto, y que el mismo serviría para justificar las malas decisiones de los jueces.

El filósofo Jürgen Habermas, es uno de los opositores frente a la ponderación de principios planteada por Robert Alexy.

Respecto a este tema, Habermas señala que la decisión del juez de elegir cual principio deberá prevalecer sobre el otro es una decisión subjetiva y arbitraria, que resultará justa para quienes simpatizan con los intereses del juez, pero no para la otra parte (Sabogal, 2015).

Por otro lado, otro de los opositores a la ponderación es el filósofo Juan Antonio García Amado quien considera que la ponderación simplemente consiste en un ejercicio discrecional de las preferencias de los jueces del tribunal y que los conflictos de los principios son solo aparentes y suponen un pretexto para la arbitrariedad del juez (Fernández Núñez, 2017).

La ponderación representa un mecanismo para resolver las incompatibilidades que puedan existir a primera vista entre dos o más normas o principios; es una estructura por medio de la cual se establece una relación de precedencia condicionada, esto con el fin de determinar el sentido de la decisión judicial (Bernal Pulido, 2015).

Para poder llevar a cabo la técnica argumentativa de la ponderación, es necesario que el Juez realice un análisis de los principios que se encuentran chocando dentro de un caso en particular, esto sin el objetivo de quitarle importancia al principio que no prevalezca, ya que la intensión de los principios en general, es que se cumpla su objetivo en la máxima medida posible.

Por otra parte el filósofo Ronald Dworkin, manifiesta que establecer que principio sobresale ante el otro en un caso en particular, es una técnica complicada pero de vital importancia (Sabogal, 2015).

Por lo tanto, ponderar es un discurso jurídico a través del cual se llevan a cabo colisiones entre principios (Arroyo, 2009).

Robert Alexy ha expuesto una estructura de la ponderación, la misma que está compuesta por tres elementos:

1. La ley de ponderación,
2. La fórmula de peso, y;
3. Las cargas de argumentación (Bernal Pulido, n.d.).

3.1.1. La ley de ponderación.

Según Robert Alexy (2009 p.30) citado por (G. Gorra Daniel, 2009):

“La ley de ponderación puede sintetizarse en la siguiente regla: “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (p. 3).

Lo que esta regla intenta decir es que se deberá buscar entre los dos principios en colisión, el principio que cause una menor restricción y que por el contrario cause un mayor beneficio a la persona.

Este mismo filósofo lo divide en tres etapas:

1. Determinar el grado de restricción de un principio.
2. Determinar la importancia de satisfacción del principio que se encuentra en colisión.

3. Determinar si la importancia del principio en colisión justifica la restricción del otro principio.

Con esto queda claro el objetivo de la regla de la ley de ponderación planteada por Robert Alexy, el mismo que como se había dicho, intenta demostrar que se pueden realizar juicios justos y racionales en donde los jueces puedan determinar la importancia del derecho fundamental que debe ser perfeccionado.

Por otro lado, para Prieto Sanchís 2007, citado por (Sabogal, 2015) manifiesta al respecto:

La ley de la ponderación es denominada también como el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, el cual debe asegurar un equilibrio entre la finalidad constitucional que se satisface al limitar la aplicación de un principio, de una parte, y de otra parte el grado de afectación, de intervención que sufre simultáneamente el principio que debe ceder en el conflicto (p. 106).

3.1.2. La fórmula de peso.

La fórmula de peso planteada por Robert Alexy, hace referencia a un esquema deductivo, por medio de la cual los jueces la podrían utilizar para así poder llegar a una solución factible.

Según el tratadista (G. Gorra Daniel, 2009) se la expresa de la siguiente manera:

$$G_{i,j} = \frac{I_i \cdot G_i \cdot S_i}{I_j \cdot G_j \cdot S_j}$$

I_i = intensidad de la interferencia en el principio P_i .

P_i = principio que garantiza la libertad de expresión (revista Titanic).

I_j = importancia de satisfacción del principio en colisión en P_j .

P_j = principio que presenta el derecho a la personalidad (parapléjico).

$G_{i,j}$ = peso concreto del principio, cuya violación es objeto de examen para el P_i (p.5).

Estas son premisas de un caso en el que fue puesto de ejemplo por el filósofo Alexy, más sin embargo estas pueden cambiar dependiendo y adecuándose a cada caso en particular.

Robert Alexy, al momento de plantear esta fórmula, no es lo suficientemente claro ni específico sobre las medidas de Pj y Pi, y tampoco especifica sobre la manera de aplicar la ecuación (Guibourg, 2008).

Así también Alexy manifiesta que para ponderar se usa la moral, pero para que esta tenga un resultado mejor fundamentado es necesario y hasta indispensable aplicar la fórmula planteada por él mismo.

Algunos autores consideran que la fórmula de peso planteada por Robert Alexy es errónea, debido a que se basa en algoritmos que dan una respuesta única.

Algunos de los opositores de esta fórmula son los tratadistas José Juan Moreso y David Martínez Zorrilla, ambos con criterios muy parecidos.

Martínez Zorrilla n.d. citado por (Fernández Núñez, 2017) manifiesta:

“Es necesario contar con criterios normativos o valorativos para seleccionar cuáles son esas circunstancias que tanta incidencia tienen en la determinación del peso de los elementos en conflicto. Y, lamentablemente, Alexy pasa por alto esa cuestión” (p. 371).

Para este autor, es mejor aplicar la moral dentro de un conflicto de principios o normas.

A criterio personal, la fórmula de peso planteada por Alexy, no resulta aplicable, esto debido a que no especifica la importancia de cada principio y además de esto considero que los jueces deberán usar la sana crítica para hacer cumplir el objetivo de los principios en la mayor medida posible.

A diferencia de Robert Alexy y de acuerdo con los opositores de este filósofo pienso que si se debe aplicar la ética y la moral al momento de ponderar, los jueces deberán investirse de conocimientos y de justicia para poder ponderar entre dos principios que se encuentren en colisión y así poder llegar a un mejor y más justo resultado.

Los principios no necesariamente tienen el mismo peso, esto va a depender mucho del caso que se esté analizando.

3.1.3. Las cargas de argumentación.

Las cargas de la argumentación operan cuando dos principios se encuentran en igual jerarquía; es decir en un caso determinado se encuentran chocando dos principios.

Por ejemplo, en un caso en el que una persona menor de edad necesite una transfusión de sangre ya que de ello depende su vida y que por su religión los padres se nieguen a realizarle este procedimiento; aquí se encuentran chocando dos principios, el derecho a la salud y el derecho a la libertad de cultos, y es aquí mismo donde se debe utilizar el método de ponderación.

Para concluir, la ponderación no es un procedimiento algorítmico, puesto que no siempre va a tener una respuesta exacta, esta más bien trata de juntar el ámbito moral con el legal y poner en una balanza, según sea el caso, y lograr deducir que principio constitucional se debe sobreponer ante el otro.

3.2. Origen de la ponderación

Algunos autores afirman que la ponderación es tan antigua como el derecho mismo. Más sin embargo el primero en hablar sobre la ponderación en el ámbito moral fue David Ross en la década de los años 30.

Este autor manifestaba que los valores podrían entrar en conflicto y que por lo mismo se debía analizar qué valor se debería prevalecer, dependiendo de cada caso (G. Gorra Daniel, 2009).

En países como Alemania, España e Italia, la ponderación nace con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial.

Por el contrario, en Estados Unidos surgió a partir del año 1940, durante la Segunda Guerra Mundial (Sánchez González, 2003).

Posteriormente, durante el siglo XX, algunos países latinoamericanos se sumaron a la aplicación de esta técnica argumentativa.

3.3. Principios en colisión

La colisión de principios se da cuando en un caso en particular, existen dos o más principios aplicables y es aquí donde se deberá usar la técnica argumentativa de la ponderación.

Para Robert Alexy, era necesario distinguir entre el conflicto de reglas y el conflicto de principios.

Alexy manifestaba que cuando dos reglas entraban en conflicto, solo una de ellas debía ser válida; en cambio, cuando dos principios se encontraban en conflicto se debía realizar proporciones, para poder hacer valer un principio sin necesidad de dejar sin validez al otro y que además de esto podría variar según el caso (De Lamo, 2007).

La ponderación aplicada a las reglas sirve básicamente para interpretar la norma, aquí se deberá tomar en cuenta otros factores como la especialidad, la jerarquía, la temporalidad.

Por ejemplo:

Una niña se encuentra gravemente herida y necesita de manera urgente transfusiones de sangre, los padres de la niña son de la religión cristiano - evangélica, y manifiestan que de ningún modo permitirán que su hija reciba sangre de alguien más, puesto que su religión se los prohíbe.

Aquí se deberá tomar en cuenta que prevalece, si el **derecho a la vida y a la salud** de la niña o el **derecho a la libertad de cultos**; e indudablemente prevalece el derecho a la vida y a la salud de la niña afectada.

Por otro lado la ponderación aplicada a los principios nos sirve para interpretar y además de esto para resolver los diversos conflictos que se presenten, sin el objetivo de desvirtuar ninguno.

Dentro de la colisión de principios, no son aplicables las reglas de jerarquización, esto debido a que los principios tienen igual fuerza normativa (Sabogal, 2015).

Por ejemplo:

En el caso de una persona que ha dado su testimonio adelantado por un caso de

violación hacia su persona, la fiscalía no le realiza las pericias médico - legales correspondientes en el tiempo oportuno; y por otro lado la persona acusada se encuentra con privación de libertad por la medida cautelar personal de prisión preventiva dictada por el juez, durante el proceso no es llamada la víctima a rendir nuevamente testimonio porque se la puede **re-victimizar**, y por otro lado se le está negando al acusado del principio de presunción de inocencia ya que no existe mayor prueba que el testimonio adelantado de la presunta víctima, y mientras tanto la persona acusada se encuentra privada de libertad y coartándosele su **derecho a la libertad** y a la **presunción de inocencia**.

En este caso, a mi criterio lo que se debería hacer es llamar a la víctima a rendir nuevamente testimonio, tomando las debidas precauciones, por ejemplo usando la cámara de Gesell, y realizarle la debida pericia psicológica a la víctima para poder constatar los daños sufridos; y por otro lado al acusado, como no existen pruebas contundentes ni indicios que prueben que es necesaria la prisión preventiva, aplicarle otras medidas cautelares como la prohibición de salida del país entre otras.

Algunos autores manifiestan que todo principio se encuentra en conflicto con otros principios; es el caso del catedrático de Filosofía del Derecho, Riccardo Guastini, el mismo que manifiesta que es común y normal que los principios se encuentren en controversia ya que siempre va a existir un primer principio aplicable dentro de un caso determinado, y al menos un segundo principio que será de igual manera aplicable al caso, pero que también resultará contradictorio con el primer principio (Chacón, 2013).

Según Kelsen, la colisión de principios se deberá llevar a cabo a través de una interpretación judicial apegada a derecho.

Este autor da un mayor papel al juez, dejando que sea él quien elija que principio se sobrepone al otro dentro de un caso en particular.

El filósofo Robert Alexy manifestaba que cuando existen casos de colisión de principios, la técnica argumentativa de la ponderación es usada como una herramienta racional del juez para poder determinar que principio tiene mayor importancia y cual de esos debe predominar (Sabogal, 2015).

Alexy señala tres fases para la solución de la colisión de principios:

1. Determinar cuál de los principios en colisión debe preceder uno sobre otro, o cual se adapta mejor al caso.
2. Definir el grado de importancia de satisfacción del principio dominante y,
3. El juez deberá adelantar un juicio racional que le permitirá deducir si el grado de importancia del principio prevaleciente justifica la intervención del otro principio (Sabogal, 2015).

Por otro lado, el filósofo de origen estadounidense, Ronald Dorking habla sobre lo que él denomina como el Juez Hércules, que no es más que un Juez justo, el mismo que deberá descubrir la intención de la ley y el objetivo de los principios dentro de un caso en específico para así poder ponderar los principios en colisión.

Para Dorking, a diferencia de Robert Alexy, si puede existir dentro de una colisión de principios, una respuesta única y factible para un caso en particular, esto debido al accionar del Juez Hércules, quien logra descubrir el principio que se adapte perfectamente al caso. Sin embargo lo que es justo para unos, para otros no lo es; pero este no tendrá que ser impedimento para que el juez tome la decisión de aplicar el principio que más se adapte al caso que se está llevando.

Por otro lado, para Robert Alexy, cuando dos principios entran en colisión, un principio debe ceder ante el otro sin la necesidad de que este último sea declarado como inválido, ya que todo principio tiene su peso, estos deberán en cada caso, ser puestos en una balanza para así poder ponderar y ver qué principio se adapta mejor a las circunstancias del caso que se esté analizando (Berumen, 2015).

CAPITULO IV

ANALISIS GENERAL DE LOS DELITOS SEXUALES DURANTE EL AÑO 2017 EN LA CIUDAD DE LOJA

Dentro de este capítulo es importante referirse a la definición de testimonio, así como también a la importancia del testimonio anticipado, e indudablemente se abordará el tema de la cámara de Gesell. Por último se analizará de manera general los datos tomados desde la Fiscalía de la ciudad de Loja durante el año 2017.

4.1. Origen del testimonio

El testimonio tiene su origen dentro de la teología, ya que esta aparece en el libro del Génesis en la Biblia, cuando Adán y Eva son interrogados en el paraíso luego de haber infringido la ley de Dios, y por ende cometido el pecado original. Se remonta mucho antes de la escritura y de las valoraciones filosóficas (Barrios González, 2005).

El testimonio presentó gran importancia especialmente en el sistema judicial, ya que por medio de estas y conjuntamente con las pruebas físicas podían llegar a una decisión más justa.

En la antigua Roma, el testimonio era considerado suficiente para dictar una condena, pero sin embargo, se puso algunas restricciones, por ejemplo la de no aceptar el testimonio infantil, el de privados de la libertad, o el de parientes (Lemoine, 1967).

Por otro lado en Francia, desde el siglo IX, se abusó del uso de la declaración testimonial, por lo que en el año 1808 se estableció que el testimonio debía realizarse sin presión alguna (Lemoine, 1967).

4.2. ¿Qué es el testimonio?

En el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 501, señala sobre el testimonio:

Es el medio por el cual se conoce la declaración tanto de la persona procesada como de las o la víctima y demás personas que han presenciado el hecho o que conocen del mismo (Asamblea Nacional, 2014).

Para el catedrático español Agustín Blázquez Fraile (1974) en su Diccionario Manual de Latín, citado por (Barrios González, 2005) manifiesta sobre el testimonio:

“Testimonium, testimonio, viene de “testis” que significa testimonio, deposición, declaración de testigo” (p.5).

Existen diferentes tipos de testimonios, entre los que se encuentran:

- Testimonios de los menores de edad.
- Testimonios de adultos y personas adultas mayores.
- Testimonio según el sexo (actualmente no se encuentra en vigencia, se lo estableció en el Código de Manú en India, puesto que las mujeres en ese entonces eran discriminadas y carecían de credibilidad).
- Testimonio de oídas (que conoce de el solo por lo que ha escuchado).
- Testimonio por mención (Barrios González, 2005).

El testimonio se caracteriza por ser:

- Personal e,
- Intransferible.

Es personal porque se debe rendir de manera directa sobre los hechos que se conocen; y es intransferible ya que ninguna persona que haya sido llamada a declarar podrá otorgar un poder judicial a otra para que la reemplace en la declaración de los hechos que pudo percibir.

Dentro del COIP, artículo 502, numeral 4 se presenta algunas excepciones para testificar:

Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de una infracción o de sus parientes con independencia del grado de parentesco (p.139).

Por otra parte el mismo artículo en su numeral 5, refiere sobre el testimonio de niños, niñas y adolescentes, el mismo que se deberá realizar en presencia de sus representantes o curadores, además de esto declararán sin juramento.

La prueba testimonial en muchos de los casos puede ser considerada inexacta o hasta falsa, esto debido a que es complicado que los testigos digan siempre la verdad, aún cuando saben que se encuentran bajo juramento y que falsear la verdad ante un Tribunal Penal y en esas circunstancias les acarrearía un problema legal, incurriendo así en el delito de perjurio, el mismo que tiene una pena privativa de libertad que va desde los siete hasta los diez años.

La prueba testimonial, debe ser tomada como un aporte más a las otras pruebas que se deben recabar, para así poder o no imputar un delito.

El conjunto de todas estas pruebas son las que ayudaran a los jueces a tomar un decisión apegada a derecho.

Al hablar de testimonio, indudablemente tenemos que referirnos al testigo, es por ello que en el siguiente subcapítulo hablaré de ellos.

4.3. El testigo

El Código Orgánico General de Procesos, en su artículo 189, manifiesta:

“Testigo es toda persona que ha percibido a través de sus sentidos o directa y personalmente hechos relacionados con el tema” (p.49).

Dentro de la norma penal, no existe ningún tipo de impedimento a las personas para que puedan rendir su testimonio.

La persona que rinda testimonio debe ser clara y precisa sobre lo que esté relatando, y debe tener relación con los hechos que están en controversia; además de esto, debe realizar su testimonio ante la autoridad competente.

El testigo puede ir de manera voluntaria o también puede ser llamada o llamado por una de las partes para que declare sobre lo que conoce de los hechos.

El jurista de origen Italiano, Francesco Carnelutti (n.d) citado por (Barrios González, 2005) decía:

“El relato que hace el testigo no es la narración de un hecho sino la narración de una experiencia” (p.3).

Por otro lado Caravantes y Cabanellas (n.d) citado por (Barrios González, 2005) dice al respecto:

“Testigo podemos deducirla del latín testado, declaración o explicación según su mente” (p.5).

El testigo es la persona que declara ante autoridad competente sobre un hecho que se encuentra en controversia, el mismo que pudo ver, escuchar, palpar, oler o sentir.

Así como en los testimonios, también existen diferentes clases de testigos; entre los que están:

- Testigos presenciales.
- Testigos indirectos o de oídas.
- Testigos de conducta.

Los testigos presenciales son todos aquellos quienes pudieron ver como se perpetró el hecho, o que estaban presentes al momento que se cometió el ilícito.

Los testigos indirectos o también llamados de oídas, son aquellos que no estuvieron en el lugar de los hechos, pero sin embargo escucharon o les contaron sobre los mismos.

Y por último los testigos de conducta, son aquellos que declaran sobre el comportamiento, reputación, honestidad de la persona.

4.4. El testimonio anticipado

El COIP, en su artículo 502, numeral 2 dice sobre el testimonio anticipado:

La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos, y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio... (p.139).

El o la fiscal ya sea por iniciativa propia o a petición de parte, deberá pedir al Juez de Garantías Penales que tome los testimonios anticipados.

Antes de tomar el testimonio anticipado, se deberá notificar a las partes correspondientes para que puedan estar presentes al momento de la diligencia, esto con el único fin de que la contraparte tenga derecho a la legítima defensa.

El testimonio anticipado deberá ser firmado por el Juez de Garantías Penales para que este tenga validez.

Esta diligencia puede llevarse a cabo a favor tanto de la víctima como del acusado. A continuación pondré unos ejemplos tanto a favor de la víctima como del acusado.

Ejemplo, a favor de la víctima:

María de 14 años de edad a sido víctima de violación, por el cometimiento de este delito a sufrido severos daños psicológicos y físicos, a demás de tratarse de una menor de edad y que por ley Constitucional se encuentra protegida; es por eso que el fiscal pide al Juez de Garantías Penales, tome el testimonio anticipado de la víctima para que así esta no tenga contacto directo con su presunto agresor y se evite re-victimizarla.

Ejemplo a favor del acusado:

Una persona que ha sido acusada injustamente del delito de asesinato, pide al fiscal que proceda a pedir al Juez de Garantías Penales, que tome el testimonio anticipado de la persona que se encontraba con él la noche del cometimiento del ilícito, el mismo que sufre una enfermedad catastrófica, y que por el mismo motivo no podrá presentarse ante el Tribunal a rendir testimonio (Olvera Casere, 2015).

El testimonio anticipado se deberá incorporar al proceso en el momento que se presenten las pruebas, para que así el Tribunal pueda tener conocimiento de la misma. Esta deberá presentarse en forma escrita y en CD, según lo establece el COIP, en su artículo 560, numeral 2.

Una de las desventajas del testimonio anticipado es que, a pesar de ser llevado de manera oral, es plasmado en escrito, el mismo que como se dijo en líneas anteriores se deberá

presentar como prueba dentro del proceso penal ante el Tribunal, y esto podría incurrir en una desventaja ya que al momento de leer el testimonio, los jueces no podrán evidenciar las actitudes, gestos, entre otros rasgos que pueda presentar el lenguaje corporal de la persona que rinde el testimonio.

4.5. Importancia del testimonio anticipado

El testimonio anticipado resulta importante, principalmente en personas que han sido víctimas de algún tipo de agresión sexual, con mayor motivo si es que se trata de niños, niñas o adolescentes, esto debido a que se previene la re-victimización y conjuntamente con esto se les brinda a los mismos mejores mecanismos de protección.

Se hace énfasis en la protección a los niños, niñas y adolescentes debido a que ellos se encuentran en mayor estado de vulneración, además de que se encuentran protegidos por el principio del interés superior del niño.

El COIP, al referirse en su artículo 502 numeral 2 al testimonio anticipado, es bastante general con respecto a las personas que podrán dar su testimonio con carácter de urgente; algunos autores consideran que esta norma en específico no es autoritaria y por el contrario es hasta de uso limitado, esto debido a que el fiscal pide al Juez de Garantías Penales tome el testimonio anticipado de la o el testigo, y es este mismo quien acepta o rechaza la petición.

4.6. ¿Qué es la cámara de Gesell?

Lleva ese nombre en honor a su creador, un prestigioso psicólogo y médico de origen estadounidense llamado Arnold Gesell (Cadena Ramírez, 2015).

Edgar Salgado García 2012, citado por (Cadena Ramírez, 2015), manifiesta sobre la cámara de Gesell:

En un principio, esta cámara era un cuarto pequeño en donde Arnold y otros investigadores interactuaban con los niños para poder analizar su comportamiento en diferentes situaciones... (p.24).

Las personas que se encuentran dentro de esta cámara no pueden observar nada de lo que se encuentra fuera; por el contrario las personas que se encuentran fuera de esta cámara pueden ver todo lo que sucede dentro de ella. Para ello Arnold utilizó unos espejos de una sola vía.

Además de estos estudios a los niños, tomó los estudios investigativos realizados por Edward Muybridge y su zoopraxiscopio, con relación a las imágenes móviles del trote de caballos (Cadena Ramírez, 2015).

El estudio de estas dos investigaciones es básicamente lo que hoy se llama Cámara de Gésell.

4.7. Aplicación de la cámara de Gesell

La cámara de Gésell en el Ecuador, es parte del Servicio de Atención Integral de la Fiscalía General del Estado; existe en 20 provincias del país, y se constituye en una habitación compuesta de dos ambientes, las mismas que se encuentran divididas por una pared que tiene un vidrio unilateral, el mismo que permite observar a las personas que se encuentran fuera de ella, lo que ocurre dentro de la habitación, a diferencia de las personas que se encuentran dentro de la cámara, quienes no pueden observar nada de lo que ocurre fuera de ella. Además la cámara de Gesell cuenta con equipos de audio y video (“Fiscalía General del Estado,” n.d.).

Esta también cuenta con micrófonos diminutos, los mismos que se encuentran instalados tanto dentro como fuera de la habitación. Esto permitirá al Juez de garantías penales, realizar preguntas a la víctima por intermedio de la persona encargada de la entrevista, que generalmente es una psicóloga o psiquiatra.

En las siguientes imágenes se podrá observar la cámara de Gesell, tanto desde la parte interna, en donde se realizan los respectivos testimonios, como de la parte externa de la cámara.



Figura 1. Cámara de Gesell desde la perspectiva interna

Fuente: <http://www.ecuavisa.com/articulo/noticias/actualidad/70183-fiscalia-moderniza-sus-metodos-investigacion-camaras-gesell> (2014)

Elaboración: <http://www.ecuavisa.com/articulo/noticias/actualidad/70183-fiscalia-moderniza-sus-metodos-investigacion-camaras-gesell> (2014)



Figura 2. Cámara de Gesell desde la perspectiva externa

Fuente: <http://www.eldiario.ec/noticias-manabi-ecuador/181252-victimas-de-delito-sexual-podran-identificar-al-abusador/> (2011)

Elaboración: <http://www.eldiario.ec/noticias-manabi-ecuador/181252-victimas-de-delito-sexual-podran-identificar-al-abusador/> (2011)

La cámara de Gesell, fue tomada de la legislación estadounidense, y posteriormente fue implementada en el Ecuador.

Una de las razones por las cuales se implementó la cámara de Gésell en el Ecuador, fue debido a la preocupación que se evidenciaba por la comparecencia de la víctima al Tribunal a rendir su testimonio y recordar los hechos que le causaron un trauma psicológico, delante de su presunto agresor, lo que conllevaba a que las víctimas sufrieran un daño mayor y que por ende se les cause así una re-victimización.

Actualmente en nuestro país, no existe una legislación exacta que rija la utilización de la cámara de Gesell; sin embargo hay una resolución de No. 117-2014 expedida por el Consejo de la Judicatura sobre el protocolo para el uso de la misma.

En esta resolución se da a conocer en que ocasiones se podrá hacer uso de la cámara y los procedimientos que se deben seguir para el buen uso de esta herramienta.

Dentro de las disposiciones generales de este protocolo, presenta la reserva que deben guardar ante la información obtenida, caso contrario se seguirán medidas disciplinarias, civiles o penales. Además se guiarán por el Código Orgánico de la Función Judicial y por el Código Orgánico Integral Penal.

Entre otras cosas, esta resolución manifiesta que se deberá informar unos quince minutos antes de la diligencia, a la víctima o persona que vaya a rendir su testimonio o reconocimiento, que dentro de la cámara de Gesell será grabada tanto en audio como en video.

Hasta la fecha, esta resolución se encuentra vigente.

En las normas generales que da a conocer el Protocolo para el Uso de la Cámara de Gesell están las siguientes:

- Ingreso solo de personas autorizadas.
- Prohibición del uso de cualquier aparato electrónico que pueda ocasionar interferencias con los equipos tecnológicos de la cámara de Gesell.
- Prohibición de ingreso de alimentos o bebidas, excepto de las necesidades urgentes que tenga la víctima.
- Prohibición de ingreso de armas de fuego u objetos corto punzantes.
- Una vez comenzada la diligencia, ninguna persona, podrá salir hasta que culmine la misma, esto con el objetivo de evitar interrupciones e ingreso de luz que haga visibles a las personas que se encuentran dentro del área de observación o

reconocimiento.

- Las preguntas que se realicen deberán plantearse de forma ordenada, una por una, y deberán ser calificadas por la autoridad competente, para evitar confusiones y discusiones, cuidando en todo momento el bienestar psicológico de la persona sobre quien recaiga la diligencia, de conformidad con la Constitución de la República del Ecuador y la ley.
- No se formularán preguntas lesivas, impertinentes, capciosas, sugestivas y tendientes a re-victimizar.
- El responsable de la Unidad de Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC'S), deberá permanecer desde el inicio hasta el final de las diligencias.
- Se podrá solicitar el diferimiento de la diligencia justificadamente con 48 horas de anticipación.
- Las diligencias programadas no podrán suspenderse, a menos que sea por caso fortuito o fuerza mayor, debidamente justificado o solicitado por el o la jueza; y se señalará nuevo día y hora.
- Cuando de manera simultánea, la cámara de Gesell es solicitada para dos diligencias, tendrá prioridad aquella que se trate de víctimas de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, testigos de violencia, víctimas y testigos que su integridad haya sido amenazada en razón de procesos de familia.
- Se deberá considerar la posibilidad de un equipo de reemplazo, para originar la sustitución respectiva en caso de falla del equipo principal, a fin de evitar interrupciones al normal desempeño de la diligencia por temas tecnológicos y de falta de previsión.
- Para toda diligencia, se considerará primero el ingreso de la parte ofendida, luego se procederá a ubicar a las personas en el área respectiva de acuerdo al objeto de la diligencia.
- Solo la autoridad competente podrá autorizar el ingreso de terceras personas, respetando siempre la confidencialidad de la diligencia.
- Los relatos obtenidos mediante esta herramienta se los recepta en una sola ocasión y únicamente por disposición de la autoridad competente.
- Las partes procesales que deban intervenir en la diligencia, serán notificadas con debida anticipación.
- La interacción de los testigos dentro de las diligencias, no serán grabadas.
- En caso de tratarse de niñas, niños, adolescentes o personas con discapacidad, estos deberán estar acompañados por su representante legal, curador, funcionario de la DINAPEN o una persona autorizada por la jueza, o juez o el fiscal.

- Las declaraciones proporcionadas por la víctima deberán grabarse siempre, sin perjuicio del secreto profesional y confidencial entre el perito y la víctima, lo que da lugar a que su testimonio se lo escuche por una sola vez, evitando así la re-victimización (“RESOLUCIÓN No. 117-2014 (SE EXPIDE EL PROTOCOLO PARA EL USO DE LA CÁMARA DE GESELL),” 2014).

Antes de proceder a tomar el testimonio en la cámara de Gesell, el o la secretaria deberán verificar la comparecencia de todas las partes procesales. Además de esto, las personas encargadas del audio y video de la sala, deberán revisar que todo se encuentre en orden.

Sobre la identificación de la persona sospechosa el Art. 466 numeral 9 del COIP, refiere lo siguiente:

“De ser posible, todos los reconocimientos se los hará a través de la cámara de Gesell, sujetos al debido proceso” (p.127).

4.8. Análisis de datos generales tomados desde la Fiscalía de la ciudad de Loja

Debido a la confidencialidad de los casos, y para proteger las identidades de las víctimas y así no re-victimizarlas, no fue posible acceder a un caso en concreto, es por eso que en los siguientes párrafos se hablará de manera general sobre las denuncias y testimonios anticipados en todo lo referente a delitos sexuales, dentro del año 2017.

La información se la recabó de la Fiscalía, donde se pudo constatar que en el año 2014 se registraron 145 denuncias referentes a delitos sexuales en la provincia de Loja, esto incluye:

- Violación
- Abuso sexual
- Acoso sexual
- Entre otras.

Sin embargo en los años siguientes hubo un incremento realmente considerable; es así que en el año 2015 existieron 345 denuncias, donde se puede evidenciar un incremento cercano al 138% del total de denuncias presentadas en el año 2014.

Por otro lado en el año 2016, hubieron 346 denuncias, manteniéndose próximo a las denuncias presentadas en el año 2015; y finalmente en el año 2017, existieron 332 denuncias, disminuyendo en poca cantidad, esto en relación con los años anteriores a excepción del año 2014 donde existió la menor cantidad de denuncias, todos estos datos competen a la ciudad y provincia de Loja, como se puede observar en la figura 3.

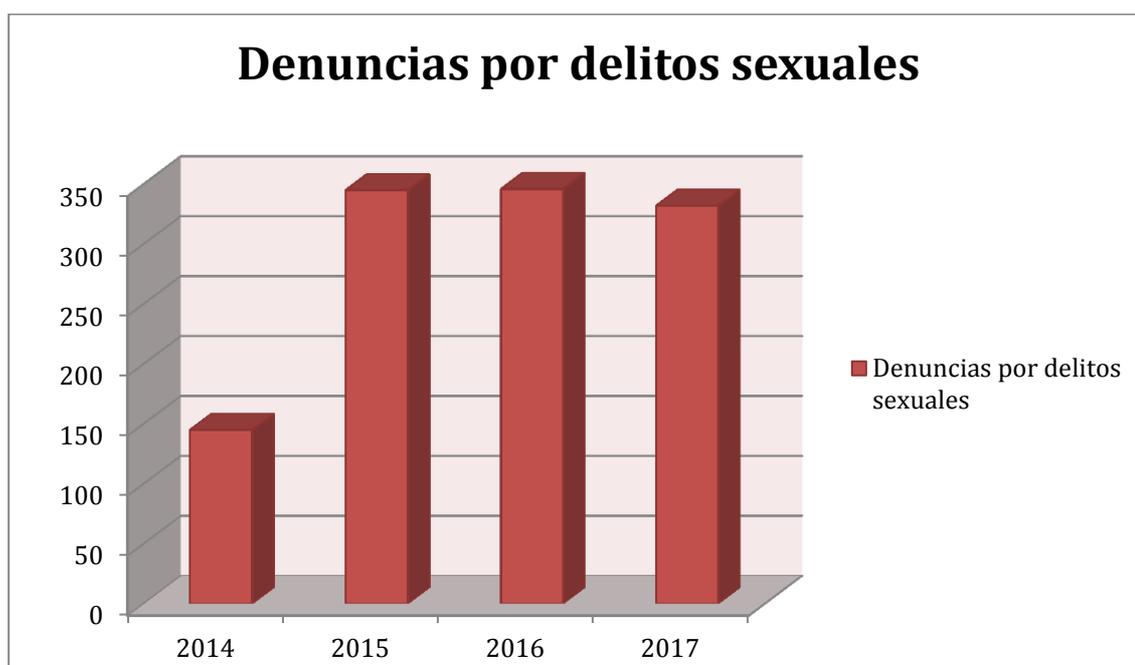


Figura 3. Cuadro comparativo de denuncias por delitos sexuales desde el año 2014 hasta el año 2017

Fuente: Thalía Castro Jaramillo (2018)

Elaboración: Thalía Castro Jaramillo (2018)

En este último año, haciendo referencia a nivel nacional, se supo que el cometimiento de algunos delitos de carácter sexual, fueron perpetrados dentro de instituciones educativas, lo que causó gran conmoción social.

Según la información dada por la Fiscalía de la ciudad de Loja, la mayoría de las víctimas de delitos sexuales son menores de edad.

En lo referente a la cámara de Gesell, se tomaron aproximadamente de 200 a 210 testimonios anticipados en el año 2017, en todo lo correspondiente a la provincia de Loja.

Durante los primeros días del mes de Enero del año 2018, se han tomado aproximadamente 7 testimonios anticipados.

Para realizar un análisis mejor fundamentado, es necesario incluir el tema de las audiencias telemáticas de las que se hablará a continuación.

4.9. Audiencias telemáticas

El Art. 565 del COIP habla sobre las audiencias telemáticas u otros medios similares, en donde manifiesta que se podrán llevar a cabo las diligencias previa autorización de la jueza o juez; esto en caso de cooperación internacional, seguridad o utilidad procesal y en aquellos casos en los que sea imposible la comparecencia de quien deba intervenir en la audiencia.

Aquí se podría hacer uso de estas audiencias. En caso de que sea necesario pedir que la víctima mediante comunicación telemática, videoconferencia, u otros medios semejantes rinda ante el Tribunal su versión de los hechos, o que por el contrario pueda el Tribunal realizarle preguntas que consideren necesarias para poder dictar un veredicto justo.

Esto ya que en muchas ocasiones el Tribunal requiere ampliar la información dada en el testimonio anticipado y sin embargo para no re-victimizar a las víctimas, no son llamadas a rendir nuevamente testimonio, y es ahí donde los jueces pueden quedar con alguna duda que pueda llegar a ser fundamental para tomar una decisión.

Es por eso que se considera que en caso de existir esta duda y que la persona haya rendido testimonio anticipado, se puede vulnerar el principio de presunción de inocencia y lo que sería aún más grave en caso de dictar una sentencia condenatoria, se violaría el principio a la libertad de la persona.

No se pueden generalizar los casos, pero considero que en los que sea necesarios se deberá llevar a las víctimas a ampliar su testimonio con fines de que el Tribunal pueda esclarecer los hechos y pueda tomar una decisión justa, sin el objetivo de dañar más a la víctima y tomando en consideración los debidos mecanismos de protección hacia las mismas.

Entre el principio de presunción de inocencia y la re-victimización, indudablemente se encuentra primero el derecho a la víctima por tratarse de personas vulnerables que se encuentran debidamente protegidas por la Constitución de la República; sin embargo

considero que se debe tomar en cuenta lo dicho en líneas anteriores para que así se pueda obtener sentencias justas y en general un sistema más justo.

Lo que se propone en esta tesis es la aplicación de ambos en medidas iguales en lo que sea posible, para evitar la vulneración tanto de los derechos de las víctimas como de los procesados.

CONCLUSIONES

- Se realizó un estudio general sobre las denuncias en casos de delitos sexuales en la ciudad de Loja y de estas, cuantos testimonios anticipados se receptaron.
- Debido a la confidencialidad de los casos, no fue posible acceder a un caso en particular.
- El principio de presunción de inocencia, se puede ver vulnerado en muchas ocasiones por el uso desmedido de la medida cautelar personal de prisión preventiva.
- Entre el principio de presunción de inocencia y la re-victimización se pondera con mayor fuerza el derecho a la víctima.

RECOMENDACIONES

- Para que el Tribunal tenga un mejor conocimiento de los hechos, en los casos que sean excepcionales, las víctimas deberían rendir su testimonio nuevamente, tomando los debidos mecanismos de protección.
- A pesar de existir una resolución para el uso de la cámara de Gésell, es indispensable que se desarrolle una norma más amplia implementada en el COIP, que especifique de una mejor manera el uso de esta.
- El Estado deberá buscar mecanismos que proteja tanto a la víctima como al procesado de forma igualitaria.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Lopez, M. (2015). Presunción de inocencia Derechos Humanos en el Sistema Penal Acusatorio. CEFLegal. Revista Practica de Derecho.
- Arroyo, L. J. (2009). Ponderación, proporcionalidad y Derecho administrativo. Revista Para El Análisis Del Derecho, 2, 32.
- Asamblea Nacional. (2008). Constitución Política de la República del Ecuador, 1–54.
- Asamblea Nacional. (2014). código orgánico integral penal RO.pdf. Journal of Applied Social Psychology (1ra., Vol. 30). <https://doi.org/10.1111/j.1559-1816.2000.tb02505.x>
- Asamblea Nacional. (2014). código orgánico integral penal RO.pdf. Journal of Applied Social Psychology (1ra., Vol. 30). <https://doi.org/10.1111/j.1559-1816.2000.tb02505.x>
- Asamblea Nacional Francesa. (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789.
- Alexy, R. (1989). Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural, (1).
- Berumen, A. C. (2015). PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS Y TÓPICA JURÍDICA, 531–546.
- Bodero, E. R. (n.d.). Orígenes y fundamentos principales de la victimología, 10.
- Barrios González, B. (2005). El testimonio penal.
- Bernal Pulido, C. (n.d.). Estructura y límites de la ponderación. Cuadernos de Filosofía Del Derecho, 26, 33.
- Bernal Pulido, C. (2015). La Racionalidad de la Ponderación. Retrieved from <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4052>
- Campoverde, D. S. (2015). La Reparacion Integral a la victima del delito de violacion en la legislacion penal ecuatoriana, (Figura 1), 1–289.
- Cuesta Figueroa Daniela Sophia. (2014). “Propuesta para evitar la revictimización de las víctimas en el delito de violación”., 127.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Retrieved from <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>
- Comisión Intereclesial de Justicia. (2010). Los efectos Psicosociales de la Revictimización. Retrieved from <http://justiciaypazcolombia.com/Los-efectos-psicosociales-de-la-revictimización>
- Chacón, M. S. L. (2013). La ponderación de principios constitucionales, 11.

- Cadena Ramírez, M. B. (2015). Procedimientos y aplicación de la cámara de Gésell en el Ecuador, en relación al testimonio anticipado (urgente) en los delitos de violación.
- Cuarezma, S. I. (n.d.). La victimología.
- De Lamo, D. O. A. (2007). La ponderación de los derechos fundamentales en el juzgamiento jurisdiccional.
- Fiscalía General del Estado. (n.d.). Retrieved from <https://www.fiscalia.gob.ec/la-camara-de-gesell-evita-el-contacto-de-la-victima-con-el-presunto-agresor/>
- Fernández Núñez, M. (2017). La ponderación: análisis de la situación del debate en España. *Doxa. Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 40(40), 355–384. <https://doi.org/10.14198/DOXA2017.40.15>
- (Guevara Elizalde Robert, 2008)
- Guevara Elizalde Robert. (2008). Introducción a la victimología.
- G. Gorra Daniel. (2009). Teoría de Argumentación Jurídica de Robert Alexy: Sistema de Ponderación de Principios.
- González, J., Miranda, A., & Bezanilla, M. (n.d.). Revictimización: Definición, causas, consecuencias y modos de prevención en individuos sometidos a Violaciones a los derechos, 1–13.
- (González, Miranda, & Bezanilla, n.d.)
- García Máynez, E. (n.d.). La libertad como derecho, 135–136.
- Gallardo, P. del C. (n.d.). Asistencia a las Víctimas de Experiencias Traumáticas. Fundación Asmoz, 1–51. Retrieved from [http://www.sociedadvascavictimologia.org/images/documentos/Materiales postgrado/2 INTERVENCIÓN PSICOLÓGICA/5 Asistencia a las víctimas desde el trabajo social \(L. Lorente IRSE\).pdf](http://www.sociedadvascavictimologia.org/images/documentos/Materiales%20postgrado/2%20INTERVENCIÓN%20PSICOLÓGICA/5%20Asistencia%20a%20las%20víctimas%20desde%20el%20trabajo%20social%20(L.%20Lorente%20IRSE).pdf)
- Guibourg, R. A. (2008). ALEXY Y SU FÓRMULA DEL PESO.
- Internacional, C. P. (2012). Las enmiendas al Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 104, 58–66.
- Lemoine, E. R. (1967). Psicología del testimonio. *Revista de Psicología*, 4, 43–60. Retrieved from http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/art_revistas/pr.876/pr.876.pdf
- Lozano Guerrero Fidel, Resendez Estrada Carlos, F. C. M. (2012). La presunción de inocencia.
- Montalvan Bowen, J. C. (2014). “ Problemas de la valoración de riesgos y supervisión de la prisión preventiva en el procedimiento penal ecuatoriano .”
- Miñaca, E. Y. G. (2008). LA PRISION PREVENTIVA : MEDIDA CAUTELAR O PRE-PENA ELBA, 1–115.

