



Carrera de derecho.

Trabajo de Investigación de Análisis de Caso.

Previo a la obtención del Título de:

Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador.

Tema:

Caso Penal No 13260-2014-0028, que por delito Sexual se sigue contra José Gerardo Choez Zambrano: “La Seguridad Jurídica, Principio Fundamental que Garantiza la presunción de Inocencia del procesado en Delitos Sexuales”.

Autores:

David Ricardo Arauz Argandoña

María José Ramos Vélez

Tutor Personalizado:

Ab. Henry Stalin Villacis Londoño

Portoviejo- Manabí- Ecuador.

2018 - 2019

CESIÓN DE DERECHOS.

María José Ramos Vélez y David Ricardo Arauz Argandoña, de manera expresa hace la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: CASO Penal No 13260-2014-0028, que por delito Sexual se sigue contra José Gerardo Choez Zambrano: “La Seguridad Jurídica, Principio Fundamental que Garantiza la presunción de Inocencia del procesado en Delitos Sexuales”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, 28 de febrero del 2019

David Ricardo Arauz Argandoña
C.C

María José Ramos Vélez
C.C

INDICE

Cesión de derechos.....	II
Introducción	1
1.1. El proceso penal y sus etapas en el ordenamiento jurídico del Ecuador...3	
1.2. Los principios y garantías Constitucionales en el Proceso Penal.....5	
1.2.1. La seguridad jurídica.....5	
1.2.2. La presunción de inocencia.....8	
1.3. Delitos sexuales.....12	
1.4. Delito de violación.....12	
2. Análisis del caso.....15	
2.1. Hechos Fácticos.....15	
2.2. Análisis de los fundamentos de resolución condenatoria.....21	
Conclusiones.....	44
Bibliografía	48

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de Investigación sobre “VIOLACIÓN”, a una menor de edad con discapacidad, busca analizar la seguridad jurídica como principio fundamental que garantiza la presunción de inocencia del procesado, determinando el ámbito de aplicación, se analiza, el principio de indemnidad sexual, el debido proceso, la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad; cuando se vulneran los derechos del procesado y la víctima por falta de eficiencia del titular de la acción pública dentro del proceso esto es, con evidencias/pruebas.

El estudio de caso se ha fundamentado en el estudio profundo respecto de dos grandes principios amparado por la Constitución como norma suprema, en primer lugar, a la seguridad jurídica que es un derecho fundamental de acuerdo con la norma superior del ordenamiento jurídico ecuatoriano, por la cual se garantiza a cualquier ciudadano sometido a algún procedimiento judicial, la realización del mismo según las normas que establece el marco jurídico.

Por otro lado, se hace el análisis conjuntamente, a uno de los tantos Principios que ha de regir el sistema Procesal Penal, como lo es, el Principio de presunción de inocencia, la presunción de inocencia no es únicamente un principio del Derecho Penal, es un Principio de carácter constitucional, en razón de que, la norma suprema ordena su aplicación en las causas penales, como tal, también es reconocido en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Los principios mencionados se analizan en el marco de uno de los

delitos más conflictivos y vulnerador de derechos como lo es el delito sexual a menores de edad, el delito de violación en específico. La legislación penal, respecto de la violación como delito sexual, contiene la estructura del mismo en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal¹.

En el artículo mencionado se establecen los elementos de la estructura de este tipo de delito, esto es, sujeto activo, pasivo, el tipo objetivo y la penalidad del delito, el numeral primero del artículo indicado ubica la condición de discapacidad para una pena. Es entendible que la fiscalía, encargada de la investigación, en este tipo de delitos considerado grave y de conmoción social busque la justicia para quien ha sido ultrajado, para ello, en su investigación deberá reunir los indicios suficientes para llevar a juicio al responsable por el cometimiento del supuesto delito; “supuesto” porque en indagación previa se investiga un “supuesto hecho” realizado por presunto infractor, ello en respeto y aplicación a las normas que le ordenan ser objetivo.

En la práctica penal, en materia de delitos sexuales, muchas veces los principios mencionados: Seguridad jurídica, presunción de inocencia, objetividad, son pasados por alto tanto Fiscales y Jueces, que solo buscan encontrar un culpable, y muchas veces llevan a juicio a un sospechoso sin tener todos los indicios de responsabilidad penal.

¹ En adelante COIP

1. MARCO TEÓRICO

1.1. El proceso penal y sus etapas en el ordenamiento jurídico del Ecuador.

El procedimiento o proceso penal, es la acción por la cual, el Estado ejerce su poder punitivo, al ser este poder ejercido por el Estado tiene su fundamento en primer lugar en las normas, Derechos y Principios constitucionales.

Toda la doctrina es concordante respecto de lo manifestado, así se imprime que: “Proceso penal es aquel en el que, el Estado practica su facultad y potestad de sancionar (ius puniendi) en menoscabo de los derechos fundamentales y básicos de un individuo” (Parraguez, 2004, pág. 89).

Para que dé inicio el proceso penal, el Estado cede facultades a una de sus instituciones como es el caso de la Fiscalía, que es la entidad que da inicio al procedimiento penal desde antes de sus tres etapas, esto es la investigación previa, la cual es definida por la normativa como una pre-procesal, cuya finalidad es establecida en el COIP.

El COIP, como instrumento normativo que regula al procedimiento penal no contiene una conceptualización del mismo, por ello se acude a la doctrina para registrar las definiciones brindadas por varios juristas especializados en la

materia, para Armeta: “El proceso penal, es la única herramienta o instrumento, por medio del cual se logra aplicar el Derecho penal” (Armenta, 2009, pág. 19).

Lo que indica el citado autor es que, el proceso penal es la parte objetiva que regula la parte sustantiva del Derecho Penal. En el marco jurídico del Ecuador, éste logra dividirse o clasificarse, pues, se tiene al procedimiento ordinario y a los procedimientos especiales, en todos ellos se han de aplicar y respetar las normas del Debido Proceso, la seguridad jurídica y los Principios Constitucionales.

Por otro lado, el proceso penal, consta o ha de efectuarse en varias etapas, partiendo de como se ha indicado la fase pre – procesal que es la investigación previa, si en esta fase el Fiscal como encargado de la investigación, logra reunir los indicios suficientes, se da paso a las etapas procesales, las mismas que son establecidas en el artículo 589 del COIP y son:

1. Instrucción Fiscal (donde se formulan cargos y se sustenta el dictamen)
2. Evaluación y preparatoria de juicio. (donde se puede dictar sobreseimiento o auto de llamamiento a juicio)
3. Juicio, (donde se dicta sentencia condenatoria o absolutoria) (Código Orgánico Integral Penal, 2014, pág. 222).

Como se ha registrado de forma breve, cada una de las etapas en el procedimiento ha de cumplir una función concreta. Es importante recalcar que, aunque la investigación previa no se establezca como etapa del procedimiento, esta es significativa y la más importante, puesto que, aquí es donde se decide si se formula o no cargos a un sospechoso, y ello es lo que inicia el procedimiento judicial.

La doctrina ecuatoriana, al respecto de lo antedicho, menciona: “se le denomina como pre-procesal, porque se constituye por los actos que se cumplen antes de que inicie el proceso penal , estas actuaciones, sirven para dar sustento o firmeza a la decisión de ejercer la acción penal” (Vaca, 2009, pág. 31).

La finalidad de la investigación previa, se halla detallada de forma clara y precisa en el art 580 del COIP y estas se reducen a las siguientes:

- 1) Reunir los elementos de convicción, tanto de cargo como de descargo, con estos elementos es que el Fiscal decide si fórmula o no cargos al sospechoso.
- 2) Se comprueba con la investigación, y la conducta que el Fiscal está investigando es delictiva, es decir si reúne todos los elementos del delito investigado.
- 3) Con la investigación, también se establece, el móvil o escenario de la consumación del delito.
- 4) Se determina la correcta identidad del sujeto activo de la acción (autor, partícipe, cómplice etc) .
- 5) Se establece la correcta identidad del sujeto pasivo, la víctima.
- 6) Se determina si en realidad se ha afectado a un bien jurídico protegido, o a su vez se desestima este aspecto (Hernández, 2017, págs. 3-4).

1.2. Los principios y garantías Constitucionales en el Proceso Penal

1.2.1. La seguridad jurídica

La seguridad jurídica es una garantía de carácter constitucional que ha de estar presente en todos los procesos judiciales, por así ordenarlo la Constitución, el objetivo de esta garantía es la de dar resguardo y protección a los bienes y derechos de los sujetos en una acción, para que dichos bienes y derechos no sean transgredidos por ninguna autoridad y por ningún motivo, es decir asegura la protección e éstos.

La Corte Constitucional, respecto de la Seguridad Jurídica ha expuesto en sus diferentes fallos:

El derecho a la seguridad jurídica, les exige a todas las autoridades públicas, que se aplique la normativa pertinente a cada caso específico, tomándose como base esencial y como primera a la Constitución de la República y los derechos constitucionales que en ella se reconocen. De esta forma, las personas adquieren seguridad en cuanto al destino de sus derechos, ya que, el ordenamiento jurídico previamente establece una consecuencia para cada hecho determinado (...) (Sentencia N°0143-14-Sep, 2014).

En el caso de los procesos penales, esta garantía se transforma en una convicción, aquella por la cual, un sospechoso o procesado, tiene la certeza de que su situación jurídica, no le será modificada de ningún modo, que su proceso se llevará de acuerdo a la regulación constante en los cuerpos legales específicos, los que están previamente divulgados.

Cevallos, citando a Fernández expone:

La seguridad jurídica, en específico, hace referencia a las situaciones completas de los individuos regidos por el ordenamiento jurídico. Este proporciona seguridad a la persona, en el sentido de que, en todo momento sepa claramente, hasta donde llega su esfera de actuación jurídica y donde empieza la de los demás, que conozca con plena certeza a lo que le compromete una declaración de voluntad, y en general, las consecuencias de cualquier acto que él o los otros realicen en la órbita del derecho; que pueda prever con absoluta certidumbre los resultados de la aplicación de una norma, en fin, que en todo instante pueda contemplar deslindados con perfecta nitidez, los derechos propios y los ajenos (Cevallos, 2016, pág. 74).

Pico es otro jurista que se ha pronunciado respecto de la seguridad jurídica como garantía constitucional:

La seguridad jurídica es traducida como un principio esencial y fundamental, que recogen las Constituciones modernas, que no solo permanece en el ordenamiento jurídico interno, sino que, también se encuentra recogida como garantía en el derecho internacional, la misma

que ofrece el alcance de la interdicción de la arbitrariedad ciudadanos, derecho de los ciudadanos conocido como el debido proceso (Pico, 1997, pág. 338).

De acuerdo al autor citado, la seguridad jurídica es una garantía que avala al Debido proceso, queda establecido entonces que, al hacer referencia a esta garantía, se habla del Debido Proceso que involucra a las partes que intervienen en un proceso, por con el cumplimiento de ésta, se garantiza los derechos en conjunto con los principios básicos que ampara la Constitución, y por su importancia es ratificada en convenios y tratados internacionales.

Trujillo expone:

Lo que ampara la seguridad jurídica es al ciudadano que este inmerso en un proceso judicial, se le hace respetar sus Derechos desde que dicha causa da inicio, en su desarrollo y conclusión, con el único propósito de hacer efectivo los presupuestos constitucionales (Trujillo, 2015, pág. 64).

El COIP, dentro de su texto normativo reconoce al Debido Proceso como garante de Derechos, pues, se establece el mismo en el artículo 5, entendido y reconocido como: “El derecho al debido proceso penal”. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

De este modo, la legislación penal del Ecuador da garantía y fiel cumplimiento al debido proceso, en conjunto con los derechos, garantías, y principios, instituidos en los tratados internacionales suscritos por el Ecuador y que son vigentemente plenos.

El tema seguridad jurídica, bajo cualquier enfoque, es complejo y de difícil análisis en todo sistema del cual se quiera hablar. Frecuentemente se ha

presentado como un valor, que, junto con la justicia, constituye uno de los ideales del derecho.

Aquino menciona que: “Debido a la diversidad de elementos que realmente determinan su contenido, difícilmente podrá agotarse su tratamiento, precisando la exacta dosis de seguridad jurídica que contempla un sistema cualquiera” (Aquino, 2003, pág. 122).

Es decir que la Seguridad Jurídica se encarga de producir confianza y certeza al ciudadano con el fin de saber que es derecho y poder protegerlos, es el que conlleva a orientar la vida en el mundo jurídico en ámbito de sanción, cabe destacar que es de suma importancia comprender el contenido de los actos del poder público a partir de la lectura de los textos jurídicos vigentes, los mismos que contienen las normas que regulan el ejercicio de ese poder.

Por medio de este actuar se puede asegurar el estado que los individuos puedan anticipar cuales serían las consecuencias penales de sus acciones u omisiones. Hay autores que realizan otra clasificación de la seguridad jurídica, al distinguir entre seguridad jurídica general y seguridad jurídica específica , la cual en forma o escritura es totalmente diferente pero en fondo tienen el mismo significado que presenta Rousseau y esto consiste en la estabilidad y el orden social que el derecho garantiza y el estado protege.

1.2.2. La presunción de inocencia

La presunción de inocencia, también es un principio y una garantía de carácter constitucional, pues como tal se halla establecido en el artículo 76.2 de la Constitución, el que reza que toda persona ha de ser presumida inocente hasta que haya un fallo que lo declare culpable, del mismo artículo se desprende además el mandato de que, el individuo tiene que ser tratado como inocente hasta que no se declare lo contrario.

Cabe mencionar, que el artículo parafraseado, haciendo un énfasis de que la persona será inocente inclusive si un fallo de primera instancia declare lo contrario, mientras no sea una sentencia en firme o ejecutoriada que lo declare culpable, gozará de su status de inocente, así también lo determina el art 4 del COIP.

En este sentido, Rodríguez manifiesta:

Más que una condición es un derecho connatural inherente de la persona, existente antes de toda forma de autoridad y de estado, que puede ser cuestionada cuando la sociedad ha llegado a un nivel de organización tal que cuenta con sistemas de enjuiciamiento y de sanciones, con mecanismos jurídico-legales capaces legítimamente de declarar a un ciudadano responsable penalmente, imponiéndole como consecuencia, un reproche (Rodríguez, 2010, pág. 145).

Claramente cuando se habla de presunción de inocencia, ha de referirse al Derecho que tiene una persona involucrada en un proceso penal, dentro de este tipo de procesos tienen que constar la presencia de elementos de convicción, éstos han de ser suficientes para que se logre determinar la responsabilidad penal y la culpabilidad de la persona investigada o procesada por el cometimiento de una infracción penal.

De lo manifestado, se puede indicar que, un operador de justicia para poder pronunciar un fallo en el que se declare culpable, solo ha de hacerlo y ha de perderse la condición de inocente cuando éste alcance su ejecutoria, es decir cuando ya se hayan agotado todas las instancias, recursos.

La razón de lo anterior es porque, posterior a estos, se consideran probado los hechos y se ha declarado a la persona como responsable penalmente. Ahora, es deber de los Fiscales y Jueces el verificar que en todo momento y en todas las actuaciones del proceso penal se dé cumplimiento cabal al Debido Proceso.

Esta verificación, que se apliquen normas que son de carácter constitucionales, se ha de realizar desde el inicio de la investigación penal, esto es, desde que la Fiscalía recepta una denuncia, o en la elaboración del parte policial en los casos de flagrancia.

Volviendo a citar a Trujillo, expone:

Ninguno de los derechos del individuo, se tiene que haberse trasgredido para que el proceso sea ventilado con todos los Derechos y las garantías que amparan a la persona procesada, ello con el propósito de conseguir un fallo sin que éste, quebrante principios constitucionales y cuya verdad que se llegue a determinar, sea una verdad inobjetable y única, que al momento de administrar justicia no se cometa el error o se haga cometer el error al administrador de justicia (Trujillo, 2015, pág. 26) .

De lo citado, en palabras propias se logra establecer que: la presunción de inocencia es:

- a) Una Garantía y principio enmarcado en la Norma suprema

- b) Se enmarca como garantía básica para que el proceso penal sea regido por el Debido proceso.
- c) Como principio y garantía ha sido reconocida por el Derecho internacional, dándole la particularidad de que es inherente a la persona.
- d) Es propio del Derecho penal y procesal penal, con sujeción a la obligación de imponerse de acuerdo con la Constitución.

No se puede dejar de mencionar, que una de las instituciones del proceso penal, que mal aplicada es la que más vulnera la presunción de inocencia la prisión preventiva, que aun siendo una medida que debe ser aplicada de ultima ratio, se aplica muchas veces sin mira a los principios constitucionales. Cabe destacar que el debido proceso en un conjunto de garantías, que tienen como función principal proteger al ciudadano y estos deben estar basados en las prácticas de los principios de libertad e igualdad.

Para Rico, por medio este principio: “Se reconocen expresamente esta garantía las constituciones y legislaciones procesales penales de diversos países latinoamericanos. (Rico, 1997, pág. 246).

En conclusión, de la presunción de inocencia, esta es considerada como un principio y una garantía al favor de una persona que esté siendo procesada o investigada, hay autores que además lo relacionan con otro principio perteneciente al ámbito penal como lo es el “in dubio pro reo” que es traducido como el resolver a favor del procesado en caso de alguna duda respecto de lo que se le acusa y las pruebas o indicios aportados.

1.3. Delitos sexuales

El COIP, típicamente varios delitos dentro de los “sexuales” contra la integridad de la sexualidad de la persona, así se denomina en el título pertinente, de allí, que se entiende de primer plano que el bien jurídico que lesiona este tipo de delitos es la libertad e indemnidad sexual de la persona, y del mismo modo ataca a la voluntad de la misma, en razón de que son delitos en los que la víctima no consiente el acto sexual.

Ojeda otorga una conceptualización de los delitos de carácter sexual y menciona:

A este tipo de delitos se los define, como aquellos actos que lesionan de modo doloso, la integridad sexual, física o moral de la persona, como una forma de maltrato involucrando a niños, niñas, adolescentes o adultos en actividades sexuales de cualquier tipo, utilizando la seducción, engaño, manipulación, amenazas, violencia, irrespetando los derechos, necesidades y autonomía sexual que la persona tiene como ser humano, además estos delitos van en contra del consentimiento de la víctima perturbando el desarrollo sexual (Ojeda G. , 2013, pág. 9).

Entre los delitos que atentan los derechos mencionados, el COIP tipifica a la violación, el abuso sexual, el acoso, el estupro, de ellos se hace un enfoque concreto a la violación, en razón de que el estudio se origina en el hecho de una supuesta violación a una persona con discapacidad.

1.4. Delito de violación

Mientras en el diccionario Jurídico Elemental, define a la violación como “Tener acceso carnal con mujer privada de sentido, empleando fuerza o grave

intimidación o, en todo caso si es menor de 12 años, en que carece de discernimiento para consentir un acto de tal trascendencia para ella” (Cabanellas, 2006, pág. 388).

Es indispensable mencionar que para el autor Goldsten, la violación es “El acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta” (Goldstein, 1999, pág. 21). El cometimiento de prácticas de conducta sexual, son consideradas con carácter doloso y causan a sus víctimas desde trastornos físicos y psíquicos.

En atención a la norma vigente, el delito de violación se encuentra tipificado en el artículo 171 del COIP, donde claramente se señala lo que se considera violación en el procesamiento penal, el que dice que es violación, manifestado que es violación el acceso contra la voluntad de una persona a sus partes íntimas de las personas, que incluye la vía oral también.

El acceso del que se refiere el artículo en mención puede ser carnal, (del miembro viril) o introducción de dedos u objetos, por cualquiera de las vías que se han mencionado (ano, vagina boca). La penalidad que se le impone al infractor por este tipo de delitos es de privación de libertad de 19 a 22 años. En esta pena se incluye, cuando la víctima padece de alguna discapacidad física o intelectual.

Para que el sujeto activo concurra en la comisión de este delito, se debe observar que la conducta de adecua tal cual a la descripción literal del articulado

que lo sanciona, es decir que se cumplan todos los elementos, únicamente así se podrá declarar la materialidad y responsabilidad penal para su posterior castigo.

2. ANÁLISIS DEL CASO

2.1. Hechos Fácticos.

Los hechos facticos de la presente causa penal analizada, son redactados en consideración a los puntos más relevantes de todo el proceso, estos no contienen ningún juicio de valor, se basan únicamente en las actuaciones de los intervinientes del proceso, tal cual consta en el expediente.

El caso se presenta en el Cantón Paján del Recinto Santa Rosa, Vía Guale, Sitio Las Iguanas. Los hechos dan inicio el día viernes 23 de Mayo del año 2014 siendo aproximadamente las 19H25, cuando se acercó la señora JGVP de 39 años de edad, quien se acercó a la Fiscalía a poner una denuncia verbal.

En la denuncia, la ciudadana le narra a la autoridad que su hija menor de edad de nombres JVPV de 16 años de edad, la misma que tiene 55% de discapacidad según consta en el carnet entregado por el CONADIS, aparentemente había sido objeto de abuso sexual (violación).

La presunta violación habría sucedido a las 17H00 del mismo día, la ciudadana denuncia como culpable del presunto hecho al señor JGCZ de 40 años de edad. La ciudadana denunciante también manifestó que ella vende empanadas y que deja a su hija Jenny con su hermana APV de 19 años.

Menciona que la hermana de la presunta víctima, en esa tarde estaba con la menor y la habría enviado a su hermana a ver ajos hasta la casa de su madre la cual quedaba a lado de su casa, para poder preparar la merienda, pero pasaban los minutos y no regresaba.

El ver que la menor no regresaba, la hermana de ésta se preocupó y fue hasta la casa de la mamá cuando vio a un hombre sin camisa lanzarse de la segunda planta del domicilio a unos arbustos y matorrales desapareciendo inmediatamente del lugar.

Se menciona en la denuncia que la hermana subió inmediatamente y vio a la menor toda mechuda y sudada, le pregunto él porque estaba así y ella mediante mímica le dijo q no pasaba nada y no fue hasta cuando llegó su madre, esto fue a las 19H00 que le comento lo que había visto y al escuchar esto la madre le preguntó a la menor y ella le dijo por mímica y ciertas palabras que “cono” había estado ahí en la casa y que la fuerza la cogió, la acostó en la cama del ñaño y le quitó el calzón y “me hizo eso” abusó de ella.

Con la denuncia del delito se abre la investigación previa en donde la Fiscal determina que cuenta con suficientes elementos de convicción para llevar la denuncia al procedimiento penal ordinario y da paso a la primera fase de este como lo es la instrucción fiscal.

Inicia la Instrucción Fiscal, la señora Fiscal de Manabí, Abogada Miriam Patricia Berni, con suficientes elementos de convicción para realizar la

formulación de cargos en contra del denunciado, en dicha audiencia se le formulan los cargos por el delito de violación.

Concluida la etapa de instrucción fiscal se da paso a la segunda etapa del proceso, esto es, la audiencia preparatoria a juicio donde el Fiscal emite su dictamen acusatorio. En la audiencia fiscalía señala que va a demostrar los hechos facticos verídicos y probatorios para sustentar su teoría del caso.

En la audiencia de evaluación y preparatoria a juicio, la fiscalía solicita la validez del proceso, detallando los elementos de convicción de cargo y descargo, la fiscalía además solicita que no se puede seguir revictimizando a la víctima ya que es una adolescente y con una discapacidad de 55% que así lo determina el art. 78 de la Constitución.

La defensa indica que impugna y rechaza el dictamen fiscal por cuanto es una investigación diminuta que recoge a primera y a priori versiones pequeñas que no pueden sostener un juzgamiento, señala a la defensa que la fiscalía no ha cumplido con el principio de objetividad.

Menciona que no consta la versión de la ofendida, que la fiscalía debió solicitar testimonio urgente, que su defendido nunca estuvo en el lugar de los hechos, que quizás es el padre del hijo de la ofendida que estuvo con ella, que existe es una confusión, entrega documentos de un juicio de alimentos, solicita se consideren sus versiones y que se dicte sobreseimiento provisional del

proceso para que se esclarezca el hecho, solicita que se revoque la medida de prisión preventiva.

La juez de garantías penales, acoge el dictamen acusatorio y dicta auto de llamamiento a juicio, por el delito de violación, ratifica la orden de prisión preventiva, oficia a la Policía con orden de captura en razón de que el procesado no se encuentra presente.

En la Audiencia de Juzgamiento en donde se presentan las pruebas de cargo y de descargo parte de la fiscalía adjunta una tarjeta índice de los datos del acusado, el informe médico por la Doctora Jhoanna López que determina desfloración antigua a las 6, un canal vaginal dilatado y presencia de secreción blanquecina.

La Fiscalía además presenta la versión de AGPV, hermana de la víctima, la cual supuestamente vio al acusado lanzarse de la casa de su madre, la versión del procesado, y la versión de la madre de quien se ha identificado como la víctima.

Se adjunta además el informe de la psicóloga clínica el cual relata que con mímicas la víctima le contó lo que había pasado ya que ella cuenta con discapacidad intelectual del 55% y no se expresó con palabras, se indica que a ésta no se le aplico test solo se observó la mímicas.

Con el reconocimiento del lugar de los hechos, realizado por el perito Jorge Luis Sánchez Orellana, se determina que existe una distancia de 200 metros entre una casa otra y plantaciones de mangos a su alrededor y como pruebas de descargo, certificados de no tener antecedentes penales el acusado.

En los alegatos de la fiscalía, el señor fiscal manifiesta que se considere el testimonio de la Dra. Lopera y de la psicóloga Quiroz que además manifestó en audiencia que tuvo que utilizar muñecos para que obtener una respuesta de parte de la menor. Que acoja el testimonio de la Trabajadora social que indica el lugar he indica la dificultad del lenguaje de la menor, pero que aun con ello pudo expresar en su lenguaje lo que había sucedido.

Así mismo solicita que acoja el testimonio de la hermana de la menor, que pudo observar a la hermana luego que ocurrieron los hechos, que se encontraba con el cabello alborotado o como manifestó, mechuda y sudada y el testimonio de la señora Vera.

Como abogado defensor el señor Abogado Gorozabel Intriago en sus alegatos manifiesta que la ley penal es clara donde indica que se debe estar fundamentada la acción en hechos reales y justificados y que no se puede basar una acusación en presunciones.

Agrega la defensa que, los jueces deben tener la certeza, si los hechos ocurrieron o no, y que lamentablemente no se ha logrado desvanecer hasta este

preciso momento. Por lo que, el estado de inocencia que le asiste a su defendido está intacto.

Indica a los jueces que ellos son garantes de que se cumpla lo manifestado en el art. 426 de la Constitución, que garanticen el derecho de las partes, solicita que se confirme el estado de inocencia del procesado, porque no se prueba su participación en el delito acusado y solicita que disponga su inmediata libertad.

Las personas que intervienen en este Tribunal Penal son: como Jueza ponente la señora Ab. Teddy Lynda Ponce Figueroa, los jueces que conforman el Tribunal son Ab. José Ferrin Vera y Ab. Byron Guillen Zambrano, Ab. Tatiana Andrade Carrión (Secretaria), Agente Fiscal el Ab. Carlos Piedra Garaicoa.

El tribuna en mayoría y bajo la sana critica dictan resolución acusatoria, estableciendo como pena la vigente en el código penal en su Art 513 de 14 años de reclusión mayor extraordinaria y como reparación integral el cobro de (cinco mil dólares americanos) \$5,000.

Como medida de rehabilitación se dispone a la Junta Cantonal de protección de Niñez y Adolescencia del Cantón Pajan realizar seguimiento al caso mediante un psicólogo especializado, como satisfacción del derecho, hacer efectiva la notificación de la sentencia como una medida de reparación.

Esta resolución del Tribunal Penal cuenta con un voto salvado del juez Ab. José Ferrín Vera que ratifica la inocencia del procesado, este Voto impulsa al procesado a presentar el recurso de apelación correspondiente y en el término que señala la ley para su interposición.

Una vez revisado el recurso por la Sala de lo Penal y Transito de Manabí los criterios no son unánimes, pero por voto de mayoría logran determinar que la fiscalía no ha demostrado en forma clara y determinada la culpabilidad del procesado en este ilícito penal y que la valoración de las pruebas realizando inferencias controladas y no arbitrarias hacen llegar a la certeza que no se ha establecido la materialidad de la infracción, culminando aceptando el recurso de apelación y revocando la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal de Garantías Penales y confirmando el Estado de Inocencia.

2.2. Análisis de los fundamentos de resolución condenatoria

En primera instancia luego de declararse la competencia y validez, el Tribunal procede a relatar los antecedentes que han llevado que esta causa llegue hasta la etapa de juzgamiento, los cuales en forma resumida ya han sido registrado en los hechos facticos.

Para fundamentar la resolución que condena al procesado por el delito, el Tribunal hace una apreciación en primer lugar del delito de violación y sus elementos, estos son, la calificación jurídica del delito tal como se encuentra descrito en la norma.

Para la calificación jurídica de un delito la dogmática penal coincide que dicha calificación se ha de desprender de la misma descripción de sus elementos, en el caso del delito de violación como primer elemento para su calificación se ha de confirmar es el acto o acción u omisión.

El acto, acción u omisión, para ajustarse dentro de la estructura del delito ha de ser:

- Típico.
- Sometido al principio de legalidad.
- Antijurídico.
- Que sea contrario a la ley.
- Culpable.
- Imputable.
- Imputabilidad.
- Que se cometido con plena libertad de actuar. (un omitir)

Cada uno de estos elementos, goza particularidades propias, las cuales han sido explicadas en el apartado del marco teórico, sin embargo hay que volver a recalcare en este análisis que: “El delito posee un fin que logra conceptualizarlo en su mente el agente activo del delito y lo concreta mediante las acciones físicas que se palpan con un resultado lesivo o que logra poner en peligro un bien jurídico” (Pavón, 2008, pág. 16).

En el presente caso, la Fiscalía sostiene que la acción que ejecuta el procesado se encuentra probada, esto es, acusa fehacientemente que el señor Choez abusó sexualmente a la menor J.V.P.V. que se han cumplido todos estos elementos para la materialidad del delito es el criterio que analiza y acoge el tribunal de primera instancia en primer lugar para declarar la culpabilidad.

Además, primera instancia refiere en su fallo que la menor, al ser una adolescente de 16 años de edad con una incapacidad intelectual del 55% según el certificado del CONADIS adjuntado, practicado y valorado como prueba en esta causa penal, es una persona que goza de protección especial del Estado por su doble vulnerabilidad.

Lo antedicho, es otro elemento que lleva al tribunal a concebir que la conducta se adecua al delito de violación, sin embargo, como se observa en el expediente, el tribunal se basa en las pruebas aportadas por la Fiscalía, en razón de que, se supone que, el agente Fiscal es el encargado de llevar una investigación profunda y objetiva con respeto a las normas constitucionales y procesales.

a. **Respecto del testimonio que ejecutó el perito Sánchez quien hizo el reconocimiento del lugar de los Hechos**

El perito manifiesta en su informe que el lugar (casa de la madre) se trata de una vivienda de dos planta y una escalera de construcción de madera y caña, es mixta, donde desde el balcón se puede observar un achiotal, desde la ventana

se puede observar la otra casa que se nombra en el proceso, esto es la de la hermana de la menor, el informe dice:

Es una vivienda de construcción de caña y de madera con techo de zinc con una pequeña ventana, desde cuya ventana igualmente se divisan plantas de achiote y la vivienda de la señora Vera (casa de la madre), **hay unos 200 metros de distancia** aproximadamente, (...) la distribución es de un solo cuarto sin divisiones y desde donde estaba la cama había una pequeña ventana que se divisa las plantaciones de achiote, **la que impide un poco la visibilidad** (...) (Violación, 2014).

De la prueba del reconocimiento del lugar de los hechos, una cosa es segura, que como lo indica el informe sustentado, por la distancia que había entre las dos casas y los arboles la visibilidad se ve impedida, por lo que no se puede asegurar en un 100% hechos ocurridos de una casa a otro.

El punto anterior se lo recalca en razón de que, una testigo considerada como presencial, afirma que desde una casa a la otra pudo observar que era el procesado quien salía de la vivienda corriendo y sin camisa, testimonio que fue acogido por el Tribunal para determinar la responsabilidad del procesado, junto con el informe del policía que hizo el reconocimiento del lugar de los hechos.

En este punto es importante hacer énfasis al principio de inocencia, y por qué no a la duda a favor del reo como principios constitucionales que deben estar presente en todos los procesos, pues, hay una presunción de que una determinada persona, en este caso el señor Choez es quien a se lo ha observado que sale de la casa de la menor abusada.

No es un hecho al 100% por lo que la constitución y la ley ordenan que toda duda debe ser en favor al Reo, y así mismo se ha de juzgar siempre

presumiendo que quien está envuelto en un proceso penal es inocente, como indica la doctrina, el procesado no tiene por qué probar su inocencia, sino la fiscalía es quien debe desvirtuar la misma.

Sin embargo, de lo antedicho, el tribunal en su valoración de la prueba acoge como cierto el hecho mencionado sin lugar a la duda a favor del procesado ni al principio de presunción de inocencia que a éste le asiste.

b. Respecto del testimonio de la Dra. Lopera (ginecóloga).

La Dra. en el juicio sustenta su informe en el cual indica que el mismo contiene el análisis del examen ginecológico realizado a la menor, la parte pertinente sustentada en audiencia de juzgamiento dice: “Se observó que, a nivel de los genitales, había una desfloración de himen, canal vaginal dilatado y enrojecido, presencia de secreción blanquecida. No se observan otras características de violencia” (Violación, 2014).

En el informe y declaración de esta profesional de la salud, además señala que ella le preguntó a la víctima que había ocurrido y ella le dijo que un vecino había abusado de ella, (no hay que olvidar que la menor tenía problemas de lenguaje).

De esta prueba, cabe mencionar que si bien es cierto es acogida también para dictar la sentencia condenatoria, no es menos cierta que no ha sido

presentada con objetividad por parte de la fiscalía, y que no ha sido valorada por los Jueces del tribunal de primera instancia, ello vulnera Derechos.

Si bien es cierto, un informe de una profesional, más aún si es calificada como un perito del Consejo de la Judicatura, tiene peso probatorio en este tipo de juicios, no es menos cierto que el mismo debe ser explicado de forma detallada para que no haya ningún lugar a duda.

En esta causa en específico, el informe como se ha transcrito menciona la existencia de una desfloración en el himen, sin embargo, en el mismo no se logra observar que esté determinado el tiempo en que fue la desfloración, lo único que determina respecto a este tema es que la menor al momento en que se le realizó el examen no era virgen siendo posible que la menor hubiera sido violada.

Otro punto importante y que no logra encontrarse en la resolución de primera instancia es que, si se hace la revisión del expediente, se puede evidenciar que el hecho ocurrió más de tres días, aun así, el informe lo presenta el Fiscal el 2 de junio del 2014, lo que presenta dudas, es decir, no hay una valoración inmediata, que pueda justificar si hubo abuso sexual o si hay algún tipo de laceración producto de este hecho desfloración antigua.

Lo antedicho también es considerado por uno de los Jueces del Tribunal quien al final termina dando su Voto Salvado, pero al no ser mayoría este no tiene peso legal, en este sentido, es importante hacer mención que el operador de justicia que emitió el Voto está en lo correcto al indicar que:

El testificar en un juicio, o la prueba testifical, es, principalmente, informar el tiempo que podía permanecer en el cuerpo de la evaluada esa dilatación y enrojecimiento del canal vaginal, capaz de permitir vincular esas características encontradas en la vagina de la víctima, y atribuírselas al acusado (Violación, 2014).

El dato que se menciona por este juzgador, debió ser considerado como relevante en la audiencia de juicio, en vista que la perito ginecóloga, no examinó a la menor abusada de forma inmediata luego del hecho denunciado, si no tres días después de éste, más aún que como consta, la víctima ya es madre de un menor.

c. **Respecto del testimonio de la perito psicóloga clínica.**

La psicóloga clínica en este caso, presentó y sustentó su informe en el indica que hizo la valoración a la menor, quien posee una discapacidad física del 55%, indica que al momento de la valoración la menor no se explicó con palabras, si no que se comunicó por medio de gestos.

Menciona que lo que hizo la menor, fue tomar la mano de la profesional y la llevó al lugar donde habrían ocurrido los hechos, testifica que uso sus dedos poniéndoles un nombre y la menor señalo que el dedo que se llamaba José fue quien la atacó, recalca que **no le aplicó test de veracidad**, sino que únicamente se basó en los gestos que ésta ejecutó.

En primera instancia no hay una revisión profunda de dicho informe ni por parte del Fiscal ni por parte del Juez, pues, se evidencia en el documento que el informe no contiene una conclusión de la valoración psicológica, solo se

manifiesta lo escrito y la expresión de la profesional de lo que le relataron la madre y hermana de la ofendida.

Respecto de la presentación y practica de este informe como prueba, hay que indicar que nuevamente carece de objetividad la práctica del mismo, no puede considerarse como apoyo para una sentencia condenatoria, pues, la psicóloga omite lo siguiente:

1. En la evaluación no se aplicaron los protocolos propios de una experticia de esta dimensión.
2. No se utilizaron reactivos por parte de la profesional.
3. No se utilizó material didáctico propios de estas evaluaciones para poder extraer de la víctima información de los hechos vividos, y que este sirva como base para sustentar una condena.

Lo anteriormente escrito se lo ubica porque, los delitos sexuales en la mayoría de los casos son delitos que se comenten únicamente en presencia de la víctima y el victimario, es decir, sin la existencia de testigos directos del hecho, por ello, la prueba pericial, resulta ser uno de los elementos más valiosos e importantes en el juicio para poder esclarecer los hechos.

El psicólogo como parte fundamental al igual que los otros profesionales de la Salud, es suscrito como perito, y como lo menciona la doctrina:

Se lo faculta para que ejecute un peritaje psicológico; el cual ha de ser plasmado en un informe psicológico, el mismo que **podrá ser tomado como medio de prueba en el proceso penal acusatorio cuando contiene todos los protocolos efectuados para llegar a una conclusión.**

Este psicólogo perito, no tendrá únicamente conocimientos y formación académica adecuada y profunda, sino que además se le solicita de experiencia práctica para ejecutar el análisis más adecuado y pertinente del caso, **con el debido fundamento técnico científico que permita su comprobación de acuerdo con la ciencia** (Rudas, 2016, pág. 1)

De lo antedicho, hay que decir, que el psicólogo como profesional con experiencias, no puede permitirse acudir a una instancia judicial, y mucho más tratándose de un delito tan grave, únicamente con un informe extraído a través de gestos y mímicas sin una conclusión, cuando en la comparecencia de la víctima ante el tribunal se ha palpado que esta si podía expresarse a través del lenguaje.

d. Respecto del testimonio de la profesional en Trabajo Social.

La Trabajadora social, se enfoca en indicar también, que la menor tiene dificultad de lenguaje, que con quien más habló fue con la hermana, menciona que la **hermana de la menor no observó el hecho**, pero se percató de lo sucedido cuando fue a la casa de su madre y encontró a su hermana mechuda y sudada.

El informe de Trabajo social, mas hace referencia al entorno social en el que vive la menor, y en el se recalca que la menor se comunica en un 95% con mímicas y que es su hermana quien le entiende y logra traducirle, esto es, que quien le vuelve a relatar los hechos es la hermana.

e. Respecto del testimonio de la hermana de la menor.

Respecto de este testimonio se hará una transcripción extensa, pues, en los hechos facticos ha quedado manifestado que la versión y relato de ésta es el mismo con el que se inicio la denuncia y posterior proceso penal.

Sin embargo, es necesario anotar ciertos relatos que son contradictorios, así como que, en su primera versión y posterior testimonio indica que de la casa de esta hay unos 20 o 30 a la casa de su madre donde aparentemente ocurrieron los hechos, el peritaje confirma que eran 200 metros y que había dificultades de visibilidad.

Indica que al momento del hecho no lo vio al procesado, pero que lo vio después, y que es ahí en donde lo reconoce como la persona que vio bajando de la casa de su madre, es decir, que no le consta que fue el procesado quien bajó de la casa de su madre, más aún ella no puede precisar si lo vio ejecutar tal acto sólo dijo que este señor **presuntamente salía de la casa**, de igual modo la señora madre no aporta nada en el testimonio porque no puede indicar si sucedió, porque no se encontraba en el lugar.

f. El testimonio de la víctima en la audiencia.

Como se ha indicado en el análisis, en este proceso el Fiscal no solicitó un testimonio urgente a la víctima, por ello, está también acude a la audiencia de juicio, aun cuando la ley la faculta a que de no querer asistir no lo haga.

En audiencia se logra comprobar que puede comunicarse brevemente pero que, si entiende lo que se le pregunta, ello lo corroboran porque le ofrecen un helado y le preguntan: ¿te gusta el helado, sabes que sabor es? Y ella responde: “sí, es de chocolate y está bueno” respecto de los hechos no da nada de información, no responde solo mira.

Con todos estos testimonios presentados por la fiscalía, el tribunal dicta sentencia condenatoria, manifestando en lo principal que se ha visto corrompido el principio de presunción de inocencia y que se ha confirmado que se ha lesionado el bien jurídico como la indemnidad y libertad sexual de la menor y que es mucho más grave porque se trata de un abuso a una persona con discapacidad que goza de protección especial por parte del Estado.

Al ser estos dos bienes considerados como lesionados, se habla de que el primero como lo es la libertad sexual, no es otra cosa que, la práctica libre del cuerpo sin que dicha práctica se vea limitada y que ha de ser respetado en todo momento, la integridad y la libertad del mismo.

Esta libertad sexual, logra facultar al sujeto a que se oponga a cualquier tipo de agresión sexual por parte de otro u otros individuos. Así se concibe que hay concurrencia de un delito que atenta la libertad sexual cuando esta libertad se infringe. Para Peña:

La libertad sexual se ve transgredida en el momento que un individuo trata de imponer a otro, un acto de contenido sexual en contra de su voluntad, que incluye el uso de la violencia física (vis absoluta) o psicológica (vis compulsiva) (Peña & Otros, 2008, pág. 593).

En relación, a la perturbación que ocasionan los delitos de carácter sexual, es importante anotar que

Los delitos sexuales, ciñen graves detrimentos en la esfera de la psiquis, en la libertad personal, en la salud, y; en la vida personal de quien lo ha soportado, concurriendo un ilícito que ocasiona una perturbación de social en el medio donde es consumado (Brito, 2011, pág. 20).

Hecha la referencia, respecto de la libertad sexual como bien protegido en los delitos sexuales, se anota que, la indemnidad sexual por su parte, es aquel bien valor, que es instituido en relación a los Derechos del menor de edad y discapacitados propiamente.

La indemnidad sexual, hace referencia al consentimiento de menores y privados de razón para estos actos y practicas sexuales, como bien protegido hace referencia a que un menor que no tiene la suficiente madurez no es apto para dar su consentimiento en los actos sexuales.

De lo antedicho, en los juicios penales, cuando un menor afirma tener consentimiento en los actos sexuales, ello, no es valorado como prueba, como ejemplo, la Corte Nacional menciona ha referido:

El consentimiento que da o puede por la víctima, menor de dieciocho años de edad, se concibe como irrelevante. Al ser el bien jurídico protegido —en el presente caso- la indemnidad sexual y no la libertad sexual, como en el caso de víctimas mayores de edad, la participación voluntaria de la víctima menor de edad (el consentimiento que presta la persona ofendida para la realización del acto), no es materia de prueba (Resolucion No. 837 -2013).

No hay discusión sobre estos bienes tutelados, mismos que como señala la doctrina actual, se otorga, en el caso de la indemnidad, para los casos de las personas que por la edad o porque sufren alguna incapacidad mental no llegan a

comprender el sentido y los efectos de los actos sexuales, para poderlos de forma libre:

La indemnidad sexual , la libertad sexual, no son conceptualizaciones suficientes para explicar el objetivo de tutela de todas las figuras delictivas contempladas, especialmente en los casos delitos de violación sexual en ultraje de menores e incapaces, ya que, los mencionados, no poseen la capacidad física, ni psíquica para ejercer su derecho a su libertad en actos de naturaleza sexual (Gálvez & Otros, 2012, pág. 382).

El derecho penal, concibe al bien jurídico ya tutelado, es decir, la normativa redactada en los cuerpos penales, lo que hace es el anuncio del castigo para ciertas formas particulares y aisladas de lesión al mismo, incluso cuando lo hace por expreso mandato constitucional o internacional (Violación, 2014).

Efectivamente, la norma constitucional como superior a las del ordenamiento, garantiza y reconoce el derecho a la integridad sexual y la vida libre de actos violentos tanto en el ámbito público o en el privado, para ello adoptas medidas de prevención y eliminación de la violencia, un ejemplo de ello es el considerar a violencia contra la mujer y el núcleo familiar como delito.

Volviendo a los hechos del caso, se tiene que, del análisis de la primera instancia se ha vulnerado la seguridad jurídica y ello no ha garantizado el principio de presunción de inocencia del mismo, por cuanto las pruebas que aporta la Fiscalía no logran encuadrar el señor Choez como autor del delito de violación.

Ni si quiera, la Fiscalía hace una correcta argumentación de como se encuadra el hecho a lo descrito en la norma, es decir a la tipicidad del delito, a

sus elementos, efectivamente, y no está en discusión, se repite que, el Derecho penal es concreto en proteger a la libertad e indemnidad sexual de las personas menores de edad incapaces, quedando de este modo identificados éstos como bienes jurídicos protegidos en esta clase de delitos.

En este caso estudiado en específico, el ataque y lesión a estos bienes identificados, se da cuando, como dice la norma:

1. Exista el acceso carnal del miembro viril (sea total o parcial).
2. Exista la introducción de los dedos, objetos o cualquier cosa diferente al miembro.
3. Exista la introducción por la vagina, ano o boca.
4. La violación puede ser tanto al género masculino o femenino.
5. Uno de los casos que presenta el COIP es la violación a la persona privada de razón o con alguna enfermedad no pueda resistirse. También se tipificaba en el CPP.
6. Se reprime la violación de 19 a 22 años cuando se ejecuta contra una persona con discapacidad (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Dicho delito como tal, contiene los siguientes elementos:

- (1) **Núcleo:** El acceso carnal, el que se especifica que se da cuando llega a introducirse el miembro del hombre de forma parcial o total, que se extiende a dedos y objetos, por la boca, ano o vagina. No se establece en la ley alguna condición o calidad especial que deba reunir el sujeto activo del delito.
- (2) **Sujeto activo:** En efecto, ha de entenderse que el sujeto activo puede ser cualquier persona, ese acceso núcleo del delito, para que sea castigado debe probarse, en el presente caso, el informe y testimonio del médico ginecóloga presentado por la fiscalía, si bien es cierto determina que hay

una desfloración antigua a las 6 y canal vaginal dilatado y enrojecido, no especifica si ello es producto de la violación perpetrado el 23 de mayo de 2014, recalcando de nuevo que la evaluación la efectuó el 26 de mayo 3 días después.

Esta pericia es motivo y prueba de duda, por cuanto, no se especifica en ninguna parte del informe y el posterior testimonio que halla sido por el acto cometido el día de los hechos por parte del procesado, solo confirma la desfloración y enrojecimiento de la vagina junto con la presencia de secreción, ello no demuestra responsabilidad del procesado.

No demuestra responsabilidad del procesado, por cuando, no se tomó prueba alguna para determinar AND o algo por el estilo que lo involucren directamente con el hecho, ahí existe generada la duda, por cuanto la desfloración es de antigua data.

Del enrojecimiento de la vagina, tampoco hay una conclusión que indique este se da por la introducción del miembro viril, los dedos, o algún objeto, este hecho, así como el hecho de que la menor fue anteriormente abusada y producto de ello tuvo un hijo, no fue discutido ni apreciado en la valoración de las pruebas en primera instancia.

Al no ser considerado el hecho que se relaciona con el núcleo del delito, se vulnera la seguridad jurídica, ello también se da con la no aplicación de la

sana crítica, misma que obliga al operador de justicia efectuar una apreciación de carácter lógico y racional de las pruebas que se practican ante éste.

- (3) **Sujeto Pasivo.** - De acuerdo a la tipificación del delito, el sujeto pasivo de la violación puede ser cualquier persona, de cualquier sexo, en este caso, es la menor con discapacidad.

Que como se menciona no hay una prueba contundente de que efectivamente se arremetió contra ella cumpliéndose todo lo que involucra la violación como delito, el testimonio de la hermana que repite que cuando llegó estaba mechuda y sudada no verifica que fue violada, más aún cuando ningún informe de los peritos así lo prueba.

- (4) **La falta de consentimiento.** - Es un elemento clave dentro de la estructura del delito de violación, pues el delito se comete en contra de la voluntad de la persona, este elemento llega también a establecer la tipicidad del delito.

Para la concurrencia de este delito, debe probarse así mismo que ha existido una resistencia por parte de la víctima, si esta no se prueba se considera que no la hubo, o que ha sido simulada y no habría violación de acuerdo con los elementos del delito, sin embargo, esta la excepción de la privación de razón o discapacidad.

- (5) **Elemento Subjetivo.**- El elemento subjetivo del delito es el dolo, generalmente la violación como infracción penal es dolosa, ello significa que el agresor actúa con conciencia de que está ejecutando el delito y de la falta de consentimiento de su víctima. Respecto del dolo, en el caso no se haya ninguna prueba que indique que el procesado violó a la menor concurriendo todos estos elementos, al elemento del dolo, la doctrina le agrega la libidinosidad.

En efecto e indudablemente, cuando la persona es privada de razón, o como en este caso que por su discapacidad no haya podido resistirse a la agresión hasta podría parecer que ha habido consentimiento, pero este consentimiento no tendría valor alguno, en este sentido la ley protege a la víctima. Por supuesto esta privación de la razón deberá probarse. En este caso la incapacidad si es probada por el carnet del CONADIS que se presenta.

La incapacidad es el único hecho que logra probar la fiscalía mediante la práctica de sus pruebas, mas no la violación tal como lo describe la conducta típica del delito y mucho menos la responsabilidad penal del procesado, por ello es que se defiende la idea que desde la etapa de investigación previa se le ha vulnerado su derecho a la Seguridad jurídica y a la presunción de inocencia.

Como puede ser posible, que en una investigación penal, en un delito como este de violación, no se haga mención de la intervención de un profesional, como la psicóloga que manifiesta en su informe y a viva voz, que NO UTILIZÓ ningún tipo de test para valorar a la víctima.

Los peritos psicólogos, en sus intervenciones utilizan estos test, con la finalidad de establecer la veracidad de la información que da la víctima, si existe algún tipo de trauma por dichos actos sucedidos, en este caso el informe no tenía ni una sola conclusión.

Entonces, una pericia que indique que únicamente se informó con gestos, no reúne las condiciones técnicas, las pericias son para aplicar la ciencia, los instrumentos, protocolos, para que puedan reunir estas condiciones técnicas para la correcta y adecuada valoración.

Lo antedicho, mas aun, cuando a quien se valora es una persona con discapacidad que al ser además menor de edad, es reconocida por la Constitución como una persona con doble vulnerabilidad, por ello, ante la denuncia de una violación debieron tomarse en cuenta todos los protocolos y aplicar todas las técnicas posible en cada uno de los peritajes efectuado a esta como presunta víctima.

Una persona con discapacidad demanda toda la protección por parte de las instituciones publicas y privadas, pero más de las públicas, en este caso se tiene que, esta atención especializada no se aplicó por parte de médico, psicólogo, Trabajador Social, Fiscalía y operadores de Justicia.

La doble vulneración, demanda esta atención especial, con el fin de que no se vulneren derechos a este tipo de personas que pertenecen a un grupo de

atención prioritaria, solo pudo confirmarse su grado de incapacidad, su edad y la dificultad que tiene para comunicarse.

Todos los exámenes no concluyen que fue víctima de violación, esto es, ningún informe o testimonio acredita que el procesado le introdujo en su vagina el miembro viril, dedos u objetos. No existen conclusiones objetivas y sustentadas en criterios científicos y doctrinarios que lo certifique.

Las pruebas periciales fueron más enfocadas en los testimonios de la madre y hermana de la menor, los mismos que son de carácter subjetivo, pues contienen la suposición de que fue el procesado quien agredió sexualmente a la menor, pero nunca se tuvo la versión o testimonio apropiado de la víctima.

Es poco probable que la hermana de la menor, además, haya podido ver que vio al procesado bajar de la casa de su mamá cuando ésta estaba a una distancia de 200 a 300 metros, que inclusive no tiene buena visibilidad por el hecho de que aparte de estar lejos, también está lleno de árboles.

El Voto salvado que no se tomó en cuenta entonces, no es equivoco al señalar que la fiscalía ha sido parcial y subjetiva respecto a que no contó con los indicios suficientes para llamar a juicio al procesado, porque en todo el proceso desde su instrucción fiscal no ha demostrado de forma clara y determinada la participación del procesado en la presunta violación.

Hasta aquí, de todo lo analizado, se puede indicar que el Derecho que se ha visto quebrantado por parte de Fiscales y jueces es la presunción de inocencia, en este caso se ve vulnerada desde nuestro punto de vista por tres situaciones específicas:

Primera. - La Seguridad jurídica

Este principio fundamental se considera vulnerado en razón de los operadores de justicia, tanto del tribunal que conforma la unidad como el que conforma la Sala, pues, no se ha mencionado que en ambas instancias hubieron criterios desiguales.

En primera instancia la mayoría de operadores decide declarar culpable al procesado en base a las pruebas, con un voto salvado, en Sala se revoca la sentencia y se declara la inocencia del mismo modo, pero afortunadamente en el superior la fue la mayoría la que decidió que el procesado era inocente y que se le habían vulnerado sus derechos.

Se indica que se ve vulnerado tan principio fundamental porque, el delito de violación se encuentra contenido en una norma previa como lo es el COIP, que contiene todos los elementos para su configuración y para que una determinada conducta se subsuma a este.

Sin embargo, del análisis del expediente, se evidencia que no se logra probar que se haya adecuado la conducta al delito por el que se juzga y se

condena al procesado, es decir, no se prueba que existió por parte del procesado el acceso de su miembro, dedos u objetos en la vagina u otro parte íntima de la menor, y aun no configurándose la conducta tal cual lo describe la ley, se condena.

Segunda. – Principio de objetividad

Principio ordenado por la constitución y por la normativa penal, que tiene que ver con el actuar del Fiscal en su investigación en todo el proceso, aquí desde la fase de investigación previa, el fiscal fue parcial, nunca se aseguró de conseguir todos los elementos de convicción de forma adecuada y con sujeción a la ley y la constitución.

La falta de objetividad del Fiscal se ve evidenciada desde la fase de investigación previa, donde inicia una instrucción fiscal y formulación de cargos, teniendo como indicio la denuncia verbal de la madre de la supuesta víctima si tener determinado de forma clara y precisa que lo va a llevar a emitir su dictamen acusatorio posterior.

Tercera.- la presunción de inocencia

Este principio, que es considerado como un Derecho Humano, por los instrumentos internacionales se ve vulnerado tanto por el agente fiscal como por los operadores de justicia, y se origina de las pruebas que obtuvo el Fiscal en su acusación.

Como en el presente caso se observa, el no cumplir estándares de prueba conlleva la vulneración de derechos, pues estos estándares cumplen rol esencial a la hora de que un Juzgador determine su decisión, pues, solo si logran superarse los estándares (conocidos como técnicas) se puede considerar como suficiente la acreditación de un hecho, y, únicamente al declararlo como probado, se es posible determinar si la presunción de inocencia ha sido derrotada.

Respecto de lo indicado, la doctrina indica que: “Esta operación. Que es de carácter intelectual ha de ser explicitada en la motivación de la sentencia condenatoria. Resultado de ello, es que los estándares de prueba valen para impedir la existencia de arbitrariedad judicial a la hora de que se juzga” (Reyes, 2012, pág. 1).

El mismo autor citado, aclara de modo contrario que, un estándar de prueba, esto es, que cuando la prueba que se anuncia, presenta y practica contiene los requisitos para su validez, en el proceso penal, es vertido a nivel constitucional, pues, se ha de ejecutar atendiendo a un rol de garantía de la Presunción de Inocencia. Sin embargo, en este caso, el estándar que ha previsto el legislador, estuvo lejos de cumplir dicho rol.

En efecto pues, como se ha hecho el análisis, en primera instancia las principales pruebas que presentó el Fiscal, todos atentaban contra la presunción de inocencia, eran objetivas, y carecían de fundamentos expertos, lógicos,

doctrinarios y científicos, y aun así, revisados por el Fiscal, los introdujo en el proceso.

Se concluye indicando que la seguridad juicio es un principio fundamental, así mismo la presunción de inocencia dentro de un sistema penal acusatorio y dentro de un estado de Derechos y justicia donde prima el garantismo penal, es un Derecho Humano y fundamental, el cual no puede ser vulnerado por ninguna autoridad.

CONCLUSIONES.

El problema jurídico identificado es la vulneración de los derechos del procesado en delitos sexuales a menores de edad y con capacidades especiales, que en nuestro país en la actualidad es un tema que predomina en todos los ámbitos sociales y escolares.

Del análisis exhaustivo que se hizo del caso, se puede concluir que de forma satisfactoria se ha cumplido con lo objetivos que se plantearon bajo esta línea de investigación del proceso penal, el cual era en lo principal responder la interrogante de si la falta de seguridad jurídica en la sentencia emitida por el Tribunal Penal de Portoviejo, en el caso seguido por delito sexual vulneró la presunción de inocencia del procesado José Gerardo Choez Zambrano.

Para dar respuesta a la interrogante si indagó respecto de la afectación del estado de inocencia de las personas acusadas de delitos sexuales contra menores de edad y discapacidad, en el cual se pudo determinar que, aunque el derecho a la presunción de inocencia prima en el ámbito penal en un estado garantías y en el derecho penal acusatorio, muchos operadores de justicia pasan por alto aquello, como en el caso No 13260-2014-0028.

Analizar jurídico del caso, y de la sentencia emitida por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el Cantón Portoviejo en referencia al proceso No 13260-0028, que por ser delito de carácter sexual perpetrado a una menor de edad con 55% de grados de discapacidad la fiscalía sigue contra del señor José

Choez Zambrano se ha podido determinar que en el ejercicio penal de esta acción se quebrantó la seguridad jurídica y la presunción de inocencia desde la fase de investigación previa.

Se identifica que sus derechos fueron vulnerados, no solo por la violación a la seguridad juicio y consecuentemente la presunción de la sentencia condenatoria emitida por el Tribunal Penal, sino además por la falta de objetividad por parte de la fiscalía en su investigación, quien no presentó ninguna prueba de descargo, y teniendo pruebas que no reunían las condiciones técnicas, lógicas y científicas siguió acusando en todo el proceso.

Toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario, dice la ley, en este caso, en ningún momento se probó la responsabilidad del procesado como autor del delito, es más, ni si quiera pudo probarse que efectivamente la menor fue víctima de violación, por cuanto las pruebas periciales no pudieron acreditar ninguno de estos dos hechos, y aun así, se le declaró culpable al procesado.

La prueba de la fiscalía, que la acoge en su totalidad el tribunal de garantías penales de Manabí logra generar una duda razonable, y que dice la ley respecto de cuando existe este tipo de dudas en este tipo de procedimiento, que se aplica a favor al reo o que en su defecto no se puede declarar la culpabilidad del procesado.

De esta duda hace referencia la Sala, que revoca la sentencia y declara la ratificación de inocencia del procesado, sin embargo se tuvo que llegar a esta instancia para dicha declaración, pudiendo haberse resuelto en primera instancia, o mejor aún, dictándose un auto sobreseimiento.

Es preciso indicar que en los delitos como los de violación, por tener conmoción total, generalmente se aplica la prisión preventiva, y se tiene a únicamente acusar por parte de la fiscalía, sin embargo, hay que manifestar que el Fiscal nunca puede alejarse de la objetividad y la imparcialidad que son facultades que lo ordena la constitución cumplirlas.

Se concluye de forma final lo dicho en todo el análisis, la Fiscalía nunca pudo probar que el señor Choez fue agresor sexual, no se comprobaron los elementos de su participación y responsabilidad, por otro lado además podría decirse que en el caso no se cumple con la identificación de la víctima, pues tampoco logró probar que la menor, presunta víctima, haya sido ultrajada, pues, no se comprueba, el acceso carnal, (núcleo del delito), que él sea responsable de dicho acceso (sujeto activo), que cometió el hecho con dolo (elemento subjetivo).

Aparte de los lectores, de los fiscales, y de los operadores de justicia, es justo hacer un llamado a los profesionales elegidos como peritos acreditados, para que realicen sus valoraciones como lo ordena la doctrina la ley y la jurisprudencia, esto es aplicando los estándares que hacen efectiva una prueba,

solo así se puede comprobar un hecho, de lo contrario como ha sucedido en este caso, llegan a ser insuficientes vulnerando derechos de las partes.

Así mismo es importante dejar registrado, que el estudio de caso logró justificarse por la relevancia del mismo, y por cuando los datos estadísticos de la fiscalía en lo que va del año van 4,500 casos de denuncias en delitos sexuales a menores de edad y de esos 717 corresponden al sistema educativo, por lo que se toman medidas de cero tolerancia para los sujetos culpables de ellos, por es importante que la administración de justicia del Ecuador, específicamente en los jueces y fiscales que conocen e investigan estos procesos, cuenten con la objetividad e imparcialidad suficiente para establecer seguridad jurídica y evaluar de una manera más razonable la pruebas y así determinar la culpabilidad de una persona y respetar sobre todo su derecho a la presunción de inocencia

BIBLIOGRAFÍA

- Aquino, J. I. (2003). *El estado de derecho latinoamericano. Integración económica y seguridad jurídica en iberoamerica*. Salamanca: Imprenta kadmos Salamanca.
- Armenta, D. (2009). *Lecciones De Derecho Procesal Pena*. S.L: Marcial Pons.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito-Ecuador: Graficas Ayerve C.A.
- Baquerizo, J. Z. (s.f.). LA CARGA DE LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO.
- Berlinerblau, V. (2016). *Abuso sexual contra niños, niñas y adolescentes: Una guía para tomar acciones y pro-*. Buenos Aires: Manuela Thourte, especialista en Protección, UNICEF Argentina.
- Bonesana, C. (1764). "*Dei Delitti e delle pene*". Francia: Bettoni.
- Brito, M. (2011). *Sexo Violento*. Loja: S.E.
- Cabanellas, G. (2006). *Violación*. Colombia: Heliasta S.R.L.
- Código Orgánico Integral Penal*. (2014). Quito: Gráficas Ayerve C.A.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Montecristi: Ediciones Legales.
- Donna, A. (2007). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Francisco, M. C. (2010). *Derecho penal, parte especial, 18ª edición*. Valencia: Tirant lo Blanch Libros.
- Gálvez, ,. T., & Otros. (2012). *Derecho Penal. Parte especial*. Lima: Jurista Editores.

- Goldstein, E. (1999). *Diccionario de derecho penal y criminología*. Argentina: Astrea.
- Gozaini, O. (1999). *Derecho procesal constitucional* (. Buenos Aires: Belgrano.
- Hernández, S. (2017). *Estudio de caso penal*. Obtenido de Repositorio USGP: <http://repositorio.sangregorio.edu.ec/bitstream/123456789/399/1/DER-C2017-029.pdf>
- León, D. d. (1983). *Tratado sobre las Pruebas Penales*. Buenos Aires: Depalma.
- Ojeda, C. (2004). *Delitos Sexuales*. Babahoyo: Luis Bolívar Marín.
- Ojeda, G. (2013). *El delito de violación a personas menores de 12 años en la Legislación Penal Ecuatoriana*. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/3558/1/TUTAB016-2013.pdf>
- Pavón, F. (2008). *Derecho penal mexicano*. México: Porrúa.
- Peña, F., & Otros. (2008). *Derecho Penal. Parte Especial*. Lima: Idemsa.
- Pico, I. (1997). *Las Garantías Constitucionales Del Proceso*. Barcelona: Barcelona.
- Ramírez, J. B. (15 de junio de 1986). "Manual de Derecho Penal. Parte Especial". Obtenido de Asociación Jurídica Lex Novae - Revista de Derecho: <http://lexnovae.blogspot.com/2011/06/analisis-del-concepto-indemnidad-sexual.html>
- Resolucion No. 837 -2013, 385-2012 (CORTE NACIONAL DE JUSTICIA). Obtenido de http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:AZIQC-r5l64J:www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/sentencias/sala_penal/2

013jn/R837-2013-J385-2012-

VIOLACION.pdf+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=ec

- Reyes, S. (2012). *Presunción de inocencia y estándar de prueba en el proceso penal: Reflexiones sobre el caso chileno*. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502012000200010
- Rico, J. (1997). *Justicia penal y transición democrática en América Latina*. Mexico: S/E.
- Rodríguez, O. (2010). *La Presunción de Inocencia Principios Universales*. Medellín: Gustavo Ibáñez.
- Rudas, M. (2016). *Peritajes psicológicos forenses en decisiones judiciales de primera instancia en delitos sexuales*. Obtenido de <http://rcientificas.uninorte.edu.co/index.php/derecho/article/viewArticle/8243/10624>
- Trujillo, W. (2015). *La presunción de inocencia y su incidencia en los delitos flagrantes de tránsito*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5161/1/T-UCE-0013-Ab-332.pdf>
- Vaca, R. (2009). *Manual de derecho Procesal penal*. Quito: CEP.
- Violación, 13260-2014-0028 (Tribunal de Garantías penales con sede en el Cantón Portoviejo 2014).