



CARRERA DE DERECHO

Análisis de estudio de casos

Previo a la obtención del título de:

**ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL
ECUADOR**

Tema:

Caso Penal N.º 13283-2017-00876 que, delito de violación, sigue la Fiscalía General del Estado, en contra de Palma Luis: “Aplicación de las circunstancias agravantes en la infracción penal”

Autores:

Jimmy Patricio Yanza Minaya

Michael Jeampierre Cobeña Vines

Tutor:

Abg. Villacreses Palomeque Jorge Luis.

Portoviejo - Manabí - Ecuador

2020

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Jimmy Patricio Yanza Minaya y Michael Jeampierre Cobeña Vinces, de manera expresa hacen la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: Caso Penal N.º 13283-2017-00876 que, delito de violación, sigue la Fiscalía General del Estado, en contra de Palma Luis: “Inadecuada aplicación de las circunstancias agravantes en la infracción penal”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido elaborada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, febrero 2020

Jimmy Patricio Yanza Minaya

C.C. 1720712841

Autor

Michael Jeampierre Cobeña Vinces

C.C. 1310779168

Autor

ÍNDICE

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	II
ÍNDICE.....	III
1. INTRODUCCION.....	IV
2. MARCO TEÓRICO.....	6
2.1. Circunstancias en materia penal.....	6
2.2. Circunstancias modificatorias de la pena.....	8
2.3. Antecedente.....	8
2.4. Naturaleza	9
2.5. Concepto	10
2.6. Circunstancias constitutivas: mecanismos del COIP.....	12
2.7. Clasificación de las circunstancias modificativas	13
2.8. Circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas.....	13
2.9. Circunstancias genéricas y específicas	18
3. ANÁLISIS DE CASO.....	20
3.1. Hechos fácticos.....	20
3.2. Análisis	34
4. CONCLUSIONES	44
5. BIBLIOGRAFÍA.....	46
6. ANEXOS.....	49

INTRODUCCIÓN

El presente estudio de caso es relevante porque se estudia una causa en concreto de la cual se desprende la teoría o los sistemas de las circunstancias. En conjunto con el proceso se va a analizar este sistema de las circunstancias, exponiendo su función, origen y sentido dentro del marco general de nuestro ordenamiento penal.

En efecto, el estudio es justificado por cuanto, las circunstancias modificativas, tal y como hoy están contempladas en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) siendo elementos componentes básicos y fundamentales de la medición punitiva y la aplicación de estas dependerá de puras razones de justicia material.

El COIP contempla la tipificación de las circunstancias atenuantes y agravantes y el mecanismo que ha de aplicarse en todos los tipos penales, dicho componente se establece en su Art. 44.

Bajo este contexto el presente estudio presente un marco teórico relacionado al tema de estudio, en cuanto se analiza y se toma en cuenta temas como la determinación de la pena, la proporcionalidad y enfocándonos específicamente en las circunstancias modificatorias, temas de los cuales se ampliará la descripción de los

conceptos con un análisis intrínseco al problema de investigación para alcanzar los objetivos planteados.

MARCO TEÓRICO

2.1. Circunstancias en materia penal

En el ámbito penal, se encuentran las figuras denominadas como “circunstancias” que se tipifican en razón de calificar que el tipo agravándolo o atenuándolo según el contexto. Las circunstancias desde su aparición en el marco legal y penal han sido ampliamente estudiadas por los expertos, los cuales le han otorgado varias definiciones, concepciones, clasificaciones, las que serán estudiadas en este trabajo investigativo.

El Dr. Machicado (2019)¹ al respecto ha indicado que: “Las circunstancias del delito, son sucesos presentados en la perpetración del delito, que; sin modificar la naturaleza del mismo; logran influir en la punibilidad, ya sea agravándola o atenuándola (pág. 1).

Por su parte, Martínez & Echeverría (2017)² señalan:

Si bien desde un punto de vista estrictamente jurídico cada una de estas circunstancias opera de un modo diferente, como ahora veremos, coloquialmente podríamos decir que lo que aportan al caso en concreto es una modificación de la responsabilidad del sujeto, es decir, que las circunstancias

¹ Machicado, J. (2019). *Circunstancias del delito*. (en línea). En: <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/circunstancias-del-delito.html>

² Martínez & Echeverría. (2017). *Derecho Penal: circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*. (en línea). En: <https://www.martinezechevarria.com/es/derecho-penal-circunstancias-eximentes-atenuantes-y-agravantes/>

que rodean a la comisión del delito pueden actuar en beneficio o en perjuicio del reo (así es como en el argot jurídico nos referimos al delincuente). En algunos casos se trata de circunstancias que eliminan la culpabilidad del sujeto, si bien en otros casos afectan a la reprochabilidad de la acción (hasta qué punto podemos castigar o imponer una sanción por la conducta realizada) o están relacionadas con su propio arrepentimiento o conducta posterior al delito (pág. 1)

Para el maestro Borja Jiménez Emiliano (2015)³: “La responsabilidad penal de quien se le ha declarado culpable, es fundamentada por una sentencia donde se confirma su intervención como autor o partícipe en un delito, sin embargo, se requiere algo más al momento de concretarse de forma exacta; la cuantía en la condena (2015, pág. 3).

Eso “algo más” a lo que se refiere el citado autor, es entonces estas circunstancias, donde el Juzgador es obligado recurrir a ellas, simultáneamente o en lo posterior de la comisión del hecho criminal: “Son las denominadas circunstancias atenuantes o agravantes modificativas de la responsabilidad criminal” (Borja, 2015, pág. 3).

Según nuestra perspectiva, las circunstancias son aquellos sucesos que forman parte de los delitos, es decir, estos acompañan el hecho delictivo para en ciertos casos atenuar la pena a la hora de dictar su sentencia, y en otros casos agravándola.

³ Borja, E. (2015). *La aplicación de las circunstancias del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.

1.2. Circunstancias modificatorias de la pena

En el estudio de las ciencias penales encontramos varias figuras que pertenecen al delito, entre ellas están las circunstancias modificatorias, las cuales son aplicadas en la mayoría de las legislaciones, teniendo casi que una clasificación universal, a continuación, se registra la más relevante de esta circunstancia, las mismas que serán ampliadas en el apartado de estudio de caso.

1.3. Antecedentes

Las circunstancias edificatorias de las penas hallan su origen según los expertos en el Derecho Romano, la doctrina indica que: “Su concurrencia se daba únicamente en algunos delitos, se fue modificando para ir analizando aquellas circunstancias que se iban constituyendo para la edad media como parte del proceso” (Urgiles, 2015, pág. 52)⁴

Citando a Pessina (1936)⁵ respecto de este origen en supo manifestar que las circunstancias surgieron debido a:

El exceso en la arbitrariedad de la pena hizo que al surgir la reforma penal se sintiera en todas partes la necesidad de sustraer todo lo que fuera posible la fijación del límite de la pena al arbitrio del juez...esta restricción a la arbitrariedad judicial, si bien fue una garantía desde el punto de vista de agravación, era insuficientes para la adecuación de la pena al delito en los casos de atenuación...así tuvo origen el sistema de las circunstancias

⁴ Urgiles, J. (2015). Análisis de la participación criminal determinada en el COIP. Quito: UCE.

⁵ Pessina, E. (1936). Elementos de Derecho Penal. Madrid: Reus.

atenuantes. Las circunstancias de la infracción son aquellos hechos que tienden a agravar o disminuir el impacto de la acción sobre la sociedad, o en su caso que han llegado a modificar el delito al punto de hacerlo más grave o en su caso más leve (pág. 542).

En palabras del profesor Bacigalupo (2001)⁶ estas circunstancias modificatorias son:

Componentes que tienden a modificar en un caso particular, la gravedad de la lesión jurídica propia del hecho delictuoso, o afectan la intensidad de la culpabilidad del agente que en él interviene, o influyen en el poder de evitarlo o disminuyen o acentúan la peligrosidad social del delincuente (pág. 599)

De acuerdo con lo manifestado, tenemos entonces que las circunstancias de la infracción como hechos tendientes al agravamiento o disminución del impacto de la acción nació en el derecho romano, y poseen elementos que los hacen parte de la misma estructura del delito, de un modo consiguen graduar una parte básica que lo compone como es la pena.

1.4. Naturaleza

La naturaleza que le da la doctrina a las circunstancias modificativas del delito va más allá de la clasificación de éstas (atenuantes y agravantes) según Veliz (2017)⁷ la naturaleza atiende a sus efectos:

Se ha utilizado doctrinalmente la distinción entre circunstancias objetivas y subjetivas, atendiendo a su naturaleza, esto es, si suponen, respectivamente, una modulación del injusto o de la culpabilidad. En primer lugar, la relación

⁶ Bacigalupo, E. (2001). Derecho Penal parte general. Buenos Aires: Heliasta.

⁷ Veliz, M. (2017). Las circunstancias agravantes y atenuantes en los delitos y el derecho de igualdad. (en línea). Consultado: (05 febrero de 2020) en: (<http://dSPACE.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/8241/1/TUBAB036-2017.pdf>) .

con el injusto o la culpabilidad podría utilizarse como criterio para decidir si la circunstancia en cuestión debe afectar o no a los restantes partícipes (pág. 19).

De lo referido, aquellas circunstancias que van a suponer un aumento de la gravedad del injusto llegarían a afectar a todos quienes intervienen en el mismo, al contrario que aquellas que afectarían a la culpabilidad del autor.

1.5. Concepto

Las conceptualizaciones de las circunstancias han sido aportadas bajo varias ópticas, así por ejemplo Cerezo Mir (2010)⁸ dice: “Desde la óptica material radican en un hecho, relación o dato concreto, que tiene presente el legislador para los efectos de la graduación de la responsabilidad penal” (pág. 104).

Refiriendo del elemento fáctico que compone a estas circunstancias, Luis Rodríguez Collao (2011)⁹ indica:

No siempre logran relacionarse con la conducta delictiva, ni consiste en un acto voluntario de las personas que toman parte en su ejecución, sino que en muchos casos está constituido por una situación o relación preexistente al delito, o incluso posterior a él; y, en general, por cualquier antecedente que

⁸ Cerezo Mir, J. (2010). Derecho penal español. Parte general. Madrid: Tecnos

⁹ Collao, L. (2011). Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal. (en línea). Consultado: (05, febrero de 2020). En: (https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100011#footnote-32830-21)

tenga la virtud de traducir los propósitos de concreción de la responsabilidad penal (pág. 1).

Bustos define a estas circunstancias como: “Elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito, que influyen en la determinación de la pena” (Bustos, 1999, pág. 396)¹⁰. La doctrina es amplia al conceptualizar a esta figura, González Cussac (1988)¹¹ al respecto, se limitó en subrayar la principal característica de esta figura, esto es: “Lo accidental o eventual de las mismas, la incidencia nula; sobre la esencia del delito” (pág. 74)

De acuerdo con este último autor entonces, a las circunstancias en el ámbito procesal penal, pueden concebirse como aquellos accidentes y particularidades, que versan sobre elementos como el lugar, tiempo, modo, condición, estado y demás que acompañan algún hecho o dicho, su efecto jurídico es el aumentar o disminuir la gravedad.

De estas concepciones otorgadas por la doctrina, tenemos que las circunstancias modificatorias se consideran como elementos de carácter accidental y secundarios que; en el caso de presentarse tienden a modificar el hecho punible, indiscutiblemente se relacionan con la pena y su graduación, es decir su valoración, estas circunstancias se modifican de tal modo que modifican también el castigo o

¹⁰ Bustos, J. & Hormazabal, H. (1999), Lecciones de Derecho Penal. Madrid: Trotta.

¹¹ González, J. (1988). Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Valencia: Universidad de Valencia.

pena que va a imponerse; se relaciona con la gravedad de la acción que se ha perpetrado, como también con las consecuencias que se derivan de este accionar.

1.6. Circunstancias constitutivas: mecanismos del COIP

Nuestra legislación penal, en su articulado no ha considerado circunstancias atenuantes o agravantes los elementos que integran la figura delictiva conforme a lo dispuesto en el Art. 44;

Artículo 44.- Mecanismos de aplicación de atenuantes y agravantes. - Para la imposición de la pena se considerarán las atenuantes y las agravantes previstas en este Código. No constituyen circunstancias atenuantes ni agravantes los elementos que integran la respectiva figura delictiva. Si existen al menos dos circunstancias atenuantes de la pena se impondrá el mínimo previsto en el tipo penal, reducido en un tercio, siempre que no existan agravantes no constitutivas o modificatorias de la infracción. Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutivas o modificatorias de la infracción, se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentada en un tercio.” (COIP, 2015).

Es significativo, y por ello se ha subrayado el hecho de que en el procedimiento penal en el Ecuador no se consideran como atenuantes ni agravantes, aquellas circunstancias que se encuentran contenidas en las propias figuras delictivas, en tal sentido, el Juzgador tiene la obligación de observar cuidadosamente la tipificación realizada sobre un delito.

1.7. Clasificación de las circunstancias modificativas

Como se ha venido indicando, las circunstancias como tema del derecho penal ha tenido amplio estudio, así, por ejemplo, en el marco legal ecuatoriano existen tipificadas las atenuantes, y agravantes, sin embargo, la doctrina reconoce otro tipo de circunstancias tales como:

- 1) Circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas.
- 2) Circunstancias genéricas y específicas.
- 3) Circunstancias de eficacia ordinaria y extraordinaria (Mejía, 2010, pág. 30)¹²

1.8. Circunstancias atenuantes, agravantes y mixtas

De las atenuantes

Son circunstancias, que como su nombre lo indica, tienden a atenuar la responsabilidad de quien ha sido sentenciado por la comisión de un delito, en este caso, vienen siendo una figura que favorece al sentenciado, pues lo que hace es aminorar la responsabilidad penal de éste. Volviendo a citar al Dr. Mejía¹³ explica:

¹² Mejía, C. (2010). Las circunstancias atenuantes y agravantes en la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. Tesis doctoral. (en línea). En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20100505_01.pdf

¹³ *Ibidem*

La función que le corresponde a las atenuantes, es la de evitar los insalvables defectos e injusticias a que conducirían una inflexible aplicación de los artículos de la parte especial y por tanto las atenuantes de análoga significación, participan de esa función global sin que se deslinde del resto de las circunstancias atenuantes e incluso proyectadas hasta las eximentes, "pues se trata de una atenuación más y por lo tanto participa de las mismas notas y esencia que caracterizan a las demás circunstancias independientemente de las particularidades que le son propias (Mejía, 2010, pág. 30)

Trasladándonos al COIP, este texto en su artículo 45 detalla las atenuantes que se aplican en los procesos en el territorio ecuatoriano y estas son:

1. En la comisión de infracciones penales contra la propiedad; se atenúa el hecho de la no utilización de la violencia, bajo la influencia de circunstancias económicas apremiantes.
2. Cuando el actuar del infractor fue efectuado temiendo intensamente, o bajo violencia.
3. Que el infractor intente voluntariamente la anulación o disminución de los resultados de la infracción, en su caso se atenúa el brindar auxilio inmediato a la víctima.
4. Se atenúa la relación voluntaria del daño, pudiendo indemnizarse de forma íntegra a la víctima.
5. La presentación voluntaria ante las autoridades de justicia, cuando se pudo eludir su acción por fuga u ocultamiento.
6. La colaboración de forma eficaz con las autoridades en la investigación de la infracción.

Martínez & Echeverría (2017)¹⁴ son claros en manifestar que, las atenuantes son eximentes en el momento de que no consiguen operar en toda su amplitud: “Bien porque carecen de algunos de sus requisitos esenciales o porque no aparecen con la intensidad adecuada” (pág. 1). Estos autores además aclaran que las atenuantes pueden darse en el momento de la comisión, así como posterior a ello, en el momento como ejemplo se podría ubicar hechos comprobados como la adicción sustancias estupefacientes y psicotrópicas o la perturbación mental.

De las atenuantes producidas con posterioridad al delito, se señalan, por ejemplo, el reconocimiento y presentación ante la autoridad, tal como lo manifiesta el numeral 5 del Art. 45 del COIP, así como la reparación del daño a la víctima entre otras que constan en dicho artículo.

De las agravantes

Las agravantes por lo general se revisten de violencia, según Yávar (2014)¹⁵:

Son accidentales al delito y concurrentes con la acción delictiva, producen el efecto de modificación en contra la responsabilidad delictual del sujeto determinando la imposición de una mayor pena, por representar una mayor Antijuricidad en la acción y una inequívoca culpabilidad en el agente activo (pág. 33).

¹⁴ Martínez & Echeverría. (2017). *Derecho Penal: circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*. (en línea). En: <https://www.martinezechevarria.com/es/derecho-penal-circunstancias-eximentes-atenuantes-y-agravantes/>

¹⁵ Yávar, F. (2014). *Orientaciones prácticas desde el Art. 1 al 250 COIP*. SL: Feryanu

Lo que dice el autor, es que estas circunstancias agravan la pena, en el Código Orgánico Integral Penal, se encuentran determinada 19 de estas desventajas, concebidas como generales, determinados también, 9 circunstancias específicas para los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad sexual, estas se encuentran en el Art. 48 ibidem, ofreciendo el Código así, un total de 28 agravantes.

... **Artículo 47.- Circunstancias agravantes de la infracción.** - Son circunstancias agravantes de la infracción penal:

1. Ejecutar la infracción con alevosía o fraude.
2. Cometer la infracción por promesa, precio o recompensa.
3. Cometer la infracción como medio para la comisión de otra.
4. Aprovecharse de concentraciones masivas, tumulto, conmoción popular, evento deportivo o calamidad pública, fenómeno de la naturaleza para ejecutar la infracción.
5. Cometer la infracción con participación de dos o más personas.
6. Aumentar o procurar aumentar las consecuencias dañosas de la infracción para la víctima o cualquier otra persona.
7. Cometer la infracción con ensañamiento en contra de la víctima.
8. Cometer la infracción prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar.
9. Aprovecharse de las condiciones personales de la víctima que impliquen indefensión o discriminación.
10. Valerse de niños, niñas, adolescentes, adultas o adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad para cometer la infracción.
11. Cometer la infracción en perjuicio de niñas, niños, adolescentes, adultos mayores, mujeres embarazadas o personas con discapacidad.
12. Cometer la infracción con violencia o usando cualquier sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima.
13. Utilizar indebidamente insignias, uniformes, denominaciones o distintivos militares, policiales o religiosos como medio para facilitar la comisión de la infracción.
14. Afectar a varias víctimas por causa de la infracción.
15. Ejecutar la infracción con auxilio de gente armada.
16. Utilizar credenciales falsas, uniformes o distintivos de instituciones o empresas públicas, con la finalidad de pretender pasar por funcionarias, funcionarios, trabajadoras, trabajadores, servidoras o servidores públicos, como medio para facilitar la comisión de la infracción.

17. Cometer la infracción total o parcialmente desde un centro de privación de libertad por una persona internada en el mismo.

18. Encontrarse la o el autor perseguido o prófugo por un delito con sentencia condenatoria en firme. 19. Aprovechar su condición de servidora o servidor público para el cometimiento de un delito... (COIP, 2015, pág. 13)

Estas son las concebidas como se indicó, como agravantes generales a todos los delitos, ahora bien, como se señaló además están las específicas que se aplican en los casos de delitos sexuales:

... Artículo 48.- Circunstancias agravantes en las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal. - Para las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal, además de las previstas en el artículo precedente, son circunstancias agravantes específicas las siguientes:

1. Encontrarse la víctima al momento de la comisión de la infracción, al cuidado o atención en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación u otros similares.
2. Encontrarse la víctima al momento de la comisión de la infracción en establecimientos de turismo, distracción o esparcimiento, lugares en los que se realicen programas o espectáculos públicos, medios de transporte, culto, investigación, asistencia o refugio, en centros de privación de libertad o en recintos policiales, militares u otros similares.
3. Haber contagiado a la víctima con una enfermedad grave, incurable o mortal.
4. Si la víctima está o resulta embarazada, se halla en la etapa de puerperio o si aborta como consecuencia de la comisión de la infracción.
5. Compartir o ser parte del núcleo familiar de la víctima.
6. Aprovecharse de que la víctima atraviesa por una situación de vulnerabilidad, de extrema necesidad económica o de abandono.
7. Si la infracción sexual ha sido cometida como forma de tortura, o con fines de intimidación, explotación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo.
8. Tener la infractora o el infractor algún tipo de relación de poder o autoridad sobre la víctima, tal como ser: funcionaria o funcionario público, docente, ministras o ministros de algún culto, funcionarios o funcionarias de la salud

o personas responsables en la atención del cuidado del paciente; por cualquier otra clase de profesional o persona que haya abusado de su posición, función o cargo para cometer la infracción.

9. Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión de la infracción... (COIP, 2015)

De las mixtas

La doctrina, como se indicó al principio de la clasificación, señala que hay unas circunstancias de carácter mixto, o también conocida como “de parentesco”: “Dependiendo del tipo de delito, las relaciones familiares o afectivas pueden operar, bien como atenuante bien como agravante” (Martínez & Echeverría, 2017, pág. 1). Entonces, podemos indicar que si bien, el COIP no refiere de estas, podría encuadrarse la agravante de la relación de parentesco contenida en el art 48, que añade gravedad al hecho.

1.9. Circunstancias genéricas y específicas

Para el Dr. Mejía (2010)¹⁶ , por generales, ha de entenderse a las circunstancias generales aplicables a todos los delitos con algunas salvedades, tal como se indica en el apartado anterior cuando el COIP separa las agravantes generales de las aplicables en delitos sexuales: “Las cuales producen la función que

¹⁶ Mejía, C. (2010). *Las circunstancias atenuantes y agravantes en la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*. Tesis doctoral. (en línea). En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20100505_01.pdf

le es genuina y propia de modificar la pena” (Mejía, 2010, pág. 31). Por específicas en cambio, se señalan como se ha explicado, para un determinado delito o un grupo concreto.

Como se evidencia, el estudio de caso abarca al tema de las circunstancias, en virtud de que se va a defender el hecho de que, en el caso elegido, se ha efectuado una errónea aplicación de dichas circunstancias contenidas en el Código Integral penal ecuatoriano, lo que conlleva a vulneración de derechos y normas procesales, más aun cuando por este error, no se ha acarreado sanción alguna a los operadores operador de justicia.

ANÁLISIS DE CASO

3.1. Hechos fácticos

El caso penal por delito de violación, inicia por una denuncia ante Fiscalía por la madre de una menor de edad que habría sido abusado por su profesor, así parte la investigación en contra de Palma Luis, toda vez, que aprovechando su calidad de profesor en la escuela Franklin Delano Roosevelt, tomó al menor de 6 años de edad de iniciales J.O.CH.P. y lo llevaba al baño y aula de dicha unidad educativa, introduciéndole sus dedos en el ano, que a finales de octubre de 2016, la mamá del menor se enteró de estos hechos cuando su hijo se intentó suicidar, motivos por los cuales presentó la respectiva denuncia.

Con la denuncia inicia la investigación, y Fiscalía con los elementos que considera suficientes formula cargos, emite su dictamen y al procesado se lo lleva a juicio, en audiencia de juicio se practican como pruebas por parte de la Fiscalía las siguientes:

1. Testimonio de la madre del menor.- Quien indicó sobre los hechos, indicó que su hijo se llama J.O.CH.P. de 6 años de edad, que el 30 de octubre, un día domingo del año 2016, ella estaba bañando a sus dos hijos, baña al mayor, le lava sus partes íntimas y en ese momento el menor le dice que no le toque porque le duele, que luego, ella le dijo que suba a vestirse,

subió su suegra a vestirlo y lo encuentra con la camiseta queriéndose ahorcar, lo encontró morado, luego le sacaron la camisa y le preguntó qué le pasaba, J.O.CH.P. le dijo que no le diga a su papá, que el profesor de educación física le mete el dedito por el culito, que esto se lo ha hecho por 10 veces, tanto en el baño de la escuela como en el aula; indicó la deponente, que en ese momento también se encontraba su suegra y su cuñada.

Manifestó, que la abuela del menor es por parte de papá, que cuando se enteró de este hecho lloró y gritó por lo que le estaba pasando, fue un dolor inmenso ya que era un niño de 6 años. Indicó, que actualmente el niño está rebelde, demasiado malcriado, que estudiaba en la escuela Franklin Delano Roosevelt. Indicó, que luego de conocer esto, ella se fue a la escuela y le comunicó a la docente y la mandaron a la Fiscalía; indicó, que su hijo le dijo que el profesor se llamaba Luis y era el profesor de educación física, actualmente el niño no sigue en la misma escuela ahora está en la escuela municipal.

Manifestó, que el comportamiento del menor luego del hecho ha cambiado, ahora está pensativo, no hace caso en nada, le pega a su hijo menor, se acuerda lo que le han hecho, que antes le hacía caso en todo; manifestó, que su otro hijo tiene 3 años, que el niño J.O.CH.P., no quería ir a la escuela porque ahí seguía el profesor de educación física.

2. El testimonio del padre del menor.- quien indicó que su hijo se llama J.O.CH.P., que el día en que se enteraron él no estaba en el domicilio, su esposa lo llama y le cuenta del caso y lo que ha pasado, le dicen que un profesor le ha estado metiéndole el dedo por el ano, él llegó el lunes a su casa, se fue a hablar con los rectores de la escuela y se acercó a la trabajadora social, le dieron la oportunidad de poner la denuncia. Indicó.
3. Testimonio de la abuela que concuerda con el de la madre del menor.
4. El testimonio de Rosa Sandoval directora del plantel.- quien indicó, que en la escuela existen 786 estudiantes, que ha emitido certificaciones solicitadas por la Fiscalía en su calidad de rectora, indicando en esta información que J.O.CH.P. estudiaba en el segundo año, paralelo B, nivel básica; indicó, que el procesado era docente de la institución desde el año 2015 hasta el año 2016, no recuerda con exactitud el día en que salió, pero era el feriado de los difuntos cuando lo retiró el Distrito para hacer un seguimiento, que era profesor de tercer año de básica cuando ingresó, luego fue designado como profesor de planta de segundo grado paralelo C, pero luego hubieron cambios, fue trasladado al octavo paralelo, que le dio clases de cultura estética al menor J.O.CH.P en horario diurno.
5. Testimonio de la Psicóloga educativa en la escuela Franklin Delano Roosevelt. - indicó que la madre del menor J.O.CH. P se acercó pidiendo ayuda por el presunto caso de abuso sexual de parte de un docente, se realizó un informe al distrito quien tenía que derivar a Fiscalía. Indicó, que

la madre del menor le refirió que en el momento de bañar a J.O.CH. P este le dijo que no le tocara ahí, refiriéndose a su parte del ano.

6. Testimonio del agente de la DINAPEN. - Indicó, que tomó contacto con la denunciante, se trasladó hasta la unidad educativa Franklin Delano Roosevelt, donde le manifestaron que el procesado laboraba en el Distrito de Educación y tomó contacto con Luis Palma Cedeño a quien le realizó la notificación para que rinda su versión en la Fiscalía. Indicó, que Luis Palma Cedeño no tenía novedades en el sistema SIIPNE.
7. Testimonio del médico legista acreditada al Consejo de la Judicatura. Sobre los hechos, indicó que el 7 de noviembre de 2016 llega la madre del reconocido junto con el menor de edad con un oficio solicitado por el SAI, solicitándole realizar un examen proctológico al menor J.O.CH. P, le preguntó a la madre sobre los datos del agresor, ella se los relató.

Posterior hizo una pequeña entrevista sobre lo que venía a denunciar, para lo cual hizo un pequeño relato y luego realizó un examen físico. Indicó, que al revisar al menor J.O.CH.P, en la zona anal a la presentación se observaba un anillo anal externo con estrías normales, se veía de buen tono, le pidió al menor que pujara un poco para la observación del ano interno, el menor pujó un poco y al realizar esto se observaron dos fisuras cicatrizadas a la hora una y once, concluyendo que había sido consecutivo al paso de un objeto contundente en la zona anal y de forma antigua.

Indicó, que tomó fotografías de la zona revisada en el momento de la pericia. Indicó, que existe una correlación entre lo relatado por la madre y

lo evidenciado en el menor, ya que el menor le dijo a la mamá que había sido por la introducción de los dedos en la vía anal, tal como se observa en el menor.

8. Testimonio de la perito en Psicología acreditada quien indicó que realizó una evaluación psicológica al menor J.O.CH.P. de 6 años de edad, hizo dos evaluaciones, en la primera acude con la madre, le explicó en qué consiste una valoración, la madre refiere que el niño no estaba acudiendo a clases a raíz de que se dieron los problemas, realizó una entrevista privada con la madre previo al consentimiento informado, ella le refirió que conoció de esta situación más o menos 15 días atrás de la fecha de la denuncia, le refirió un día domingo cuando estaba duchando a su hijo y este le dijo que no quería ir a clases y el niño le refirió que tenía miedo y que si él decía algo el papá iba a ir preso y luego le dice que el profesor de educación física le introducía los dedos en la parte de atrás, al siguiente día le realizaron los exámenes médicos, refiere la madre que el ánimo de su hijo había cambiado, que ha tenido ciertos episodios de lastimarse, de atentar contra su vida, llegando a querer ahorcar, que está más agresivo, castigándole y pegándole a su hermano menor, que hay sentimiento de vergüenza, miedo, temor, inseguridad, debido a un suceso que ha pasado el menor.

Indicó, que, según estudios, todo niño que atraviesa de gran componente emocional de características sexual tiene dos partes, de llegar a la tristeza

o a la agresividad, son dos polos opuestos y son ciertas alarmas que siempre se presentan cuando hay estos hechos.

9. El testimonio anticipado del menor. - quien indicó que ya mismo va a cumplir siete años, que algo le pasó, que el profesor Luis le metió el dedito por el culito, que esto pasó en la escuela, el profesor Luis le daba educación física, que esto pasó 10 veces.

Que él sentía dolor, que esto pasó en el Roosevelt en el aula, que las personas no veían lo que pasaba, que ninguna persona a parte del profesor le ha hecho algo, que esto ocurría en el día, que se siente mal porque le metieron el dedo por el culito.

La defensa presenta el testimonio de la persona procesada quien indicó que durante este proceso no se ha hecho una profunda investigación para esclarecer la verdad, que él solicitó las cámaras de seguridad del plan de protección estudiantil del colegio Velasco Ibarra donde funciona la escuela Delano Roosevelt.

Que la primera cámara es la de ingreso a la institución; la segunda cámara posterior es la que da acceso al ingreso del portón; que la tercera cámara es la que está al fondo del bloque y muestra una ampliación del patio de la institución cubriendo el área. Indicó, que existen 7 cámaras de vigilancia, que hay una cámara de acceso al baño de los varones, que los baños si tienen cámara.

Indicó, que cuando daba la materia de cultura física siempre lo realizó en el patio de la institución acompañado de los dos compañeros que trabajaban en esa área, que también a vista y paciencia de las autoridades del plantel como la directora Rosa Sandoval, la inspectora Peggy Martínez y los docentes que trabajaban de sexto año básico a décimo que tenían horas libres, aparte de eso el tutor o la tutora con el año básico con el cual él estaba trabajando; es decir, que él nunca estaba solo en el patio de la institución, siempre estaba acompañado de las personas antes mencionadas.

Indicó, en lo referente a lo manifestado por el menor y su madre, que justamente cuando él trabajaba en el área de cultura estética que lo realizaba dentro del aula, siempre lo acompañaba la profesora tutora Érika Tatiana Muentes Bazurto, porque ella tenía una niña recién nacida y aprovechaba esa hora para poner muestras para los niños porque en su casa no podía llevar los cuadernos, que quiere decir con esto que es una “falsa mentira” que él haya estado a solas con el niño en el aula y eso lo ratifica la compañera Érika Muentes de que siempre estaba en las horas de cultura estética cuando él trabajaba.

Indicó, que el recreo, en la hora de receso todos los estudiantes salen del aula, nadie se queda dentro del aula, en la hora de cultura física, cuando terminaba de dar una hora de clases, el tutor siempre estaba presente y él les entregaba a los estudiantes con el grupo en el cual él estaba trabajando, específicamente en el segundo año básico, paralelo B donde estaba el menor J. O.CH. P. siempre la profesora Érika Tatiana salía al patio y por recreación y sacar el estrés jugaba pelota con los

estudiantes, mientras él se dedicaba a trabajar exclusivamente con las niñas con juegos lúdicos y recreativos.

Indicó, que en la institución existe un Comité de Vigilancia que lo conforman los padres de familia, los cuales observan cualquier anomalía que pase dentro de la institución con los estudiantes y docentes para ellos informar de cualquier novedad que se suscite. Indicó, que Jesús y Mateo son parte de la institución, él les dio clases, que es falso que él les haya hecho algo malo a estos menores, por eso va a demostrar que por su propio peso se cae la mentira.

Indicó, que nunca ha sido sancionado por el Distrito, lleva dando clases en la escuela Franklin Delano Roosevelt desde el 26 de agosto del 2015, no ha conocido que se hayan dado hechos similares.

Indicó, que la señora miente y ha mentido en su contra, que primero manifiesta que lo estaba bañando a su hijo y que le dijo el menor que no le toque allí que le duele, mientras que la Dra. Marcela Santana dijo que el jabón con el paso del agua no causa ningún dolor, que en el examen médico la Doctora no habla de que encuentra huellas, es decir, es una mentira. Indicó, que a la fecha de la denuncia él ya no estaba laborando como docente, laboró hasta el 19 de octubre.

Manifestó, que cuando la señora Gisela va a la escuela y habla con la Psicóloga y dice que supuestamente él ha tocado al menor J.O.CH.P. 10 veces y con

ropa, luego va a la Fiscalía y dice que no han sido 10 sino 4 veces; indicó, que en la última versión dada en la Fiscalía la señora Gisela manifiesta que era la verdadera versión, en la cual dice que ya no era con ropa sino sin ropa, por la población estudiantil la institución estaba siempre copada de estudiantes.

Indicó, que el niño manifestó que fue su amiguito, es decir, que él no tiene que ver en este asunto. Indicó, que por culpa de esta mentira su vida se ha visto afectada, que su hijo de iniciales L.E.P.CH. estudiaba en la misma institución en el primer año de educación inicial, por esta mentira tuvo que retirarlo de la institución; que su hijo del primer compromiso al conocer la noticia que su padre estaba preso, sus compañeros de clases le hicieron bullying y se le ahorcó, ha perdido un hijo por culpa de esta mentira, no sabe por qué la señora ha actuado de mala fe en su contra, es inocente de lo que se le acusa, salió de la institución el 8 de noviembre.

Presenta la defensa además testimonios de dos docentes, compañeros profesores del procesado en la misma institución, que afirman que es buena persona y que no han escuchado nada del hecho. De esta prueba practicada el análisis lleva al juzgador al convencimiento de los hechos, y circunstancias materia de la infracción, y la responsabilidad de la persona procesada.

Luego de la práctica de las pruebas efectuada por los sujetos procesales, y la valoración del Juez de primera instancia, se dicta sentencia condenatoria, encuentran que el procesado es culpable, refiere a una introducción de dicho órgano en su región

anal, ello admiten el Juez es un hecho probado por el examen proctológico al menor J.O.CH.P., indicando la perito que evidenció en el menor dos desgarros en el anillo interno del ano, explicando la perito que estos desgarros son producidos por el paso de un objeto contundente de afuera hacia adentro; indicando la perito que existe una correlación entre lo relatado por la madre y lo evidenciado en el menor.

De igual se acoge el testimonio de la perito Psicóloga Clínica, de la trabajadora social, del agente de la DINAPEN y demás policías así como los testimonios de la madre, padre y el menor, determinado como hecho probado, que en la escuela Franklin Delano Roosevelt, el menor J.O.CH.P a la edad de 6 años, fue objeto de la introducción de dedos en su vía anal, lo que provocó fisuras en el anillo interno de dicho órgano, demostrándose los elementos constitutivos de la infracción tipificada en el Art. 171 del COIP.

De la prueba de descargo al juzgador de primera instancia no resulta suficiente para enervar el testimonio del menor J.O.CH.P., el cual luego de un profundo análisis a lo largo de este fallo, señala que ha adquirido absoluta suficiencia probatoria y se erige holgadamente sobre las afirmaciones del acusado.

El Tribunal de primera instancia al declarar la culpabilidad del procesado como autor directo del delito de VIOLACIÓN tipificado en el Art. 171 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, le impuso la pena agravada de VEINTINUEVE (29) AÑOS, CUATRO (4) MESES, por considerar la circunstancia agravante del Art. 48

numeral 1 ibidem al considerar el operador de justicia que el procesado ejercía las funciones de docente de J.O.CH.P.”.

De esta sentencia, el defensor público del procesado interpone recurso de apelación, el mismo que versó sobre el hecho, a decir de la defensa de que no sea demostrado la responsabilidad penal del procesado, debido a que el testimonio del menor no puede ser veraz y que la pena impuesta no corresponde al delito.

Recurso que mediante providencia de fecha 28 de marzo del 2018, las 12h28, es admitido a trámite, disponiéndose que sin dilación se remita el proceso a la Sala Especializada de lo Penal. Es así, que mediante el sorteo respectivo se designó a los jueces que integran la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Manabí, recayendo la competencia en las señoras juezas Dra. Gina Fernanda Mora Dávalos (jueza sustanciadora), Dra. Carmita García Saltos, y, Abg. María Paola Miranda Durán, órgano jurisdiccional que le dio el trámite previsto en los Art. 652 y 654 del Código Orgánico Integral Penal.

Convocando estos Jueces a la respectiva audiencia oral, reservada y contradictoria, para que el recurrente y los demás sujetos procesales fundamenten el recurso, la misma que se efectuó el martes 10 de julio del 2018, a partir de las 08h30 con todas las formalidades previstas en la ley.

El recurso de apelación se fundamentó a la pena de 29 años, 4 meses de prisión y multa de 600 salarios básico general que se le impuso al procesado, el recurso de apelación lo ampara en el Art. 76, numeral 7 literal m) de la Constitución, Art. 8 de los Derechos Humanos, Art. 653, numeral 4 y 654 del Código Orgánico Integral Penal.

El motivo es por la inconformidad de la sentencia condenatoria en contra de su patrocinado es que el tribunal se dedicó a hacer un análisis de la prueba presentada por la parte ofendida, específicamente el testimonio urgente del menor de iniciales J.O.H.P, el menor manifestó que el profesor Luis le metió el dedo al culito. Fiscalía presentó testimonio de la madre, del padre, y de la abuela, testimonio de la Psicóloga y Trabajadora Social, no se tomó en cuenta el testimonio de la rectora Peggy Eleodora Martínez Linzán, así como el testimonio de Ramón Geovanny Cedeño Vélez, y el testimonio de Luis Aníbal Palma Cedeño.

Dice el defensor del procesado que el testimonio importante de su defendido es importante, por cuanto, en los baños existían cámaras, no se realizó una verdadera investigación, ante una sentencia de 29 años solicita revisen el expediente y declaren nulidad.

En virtud de que no existen suficientes elementos para que se haya dictado esta sentencia, se revoque, se declare el estado de inocencia y se ordene la libertad de su defendido.

La señora abogada Melissa Mendoza Solórzano, Fiscal cantonal en representación de la Fiscalía General del Estado, indicó que Fiscalía en audiencia de juzgamiento manifestó que iba a probar cómo el ciudadano Luis Aníbal Palma Cedeño había adecuado su conducta al tipo penal del Art. 171, inciso 1, numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, delito sexual en contra del niño de iniciales J.O.H.P, quien tenía 6 años. Ocurrió en el centro de educación básica, de esta ciudad de Portoviejo, este ciudadano era su profesor y le había introducido los dedos en el ano al referido menor.

En el recurso indica que Fiscalía probó materialidad de la infracción con los testimonios de la Dra. Marcela Santana Vélez, valoración proctológica, testimonio de la doctora Eliana Tamara Toro, valoración psicológica, informe de pericia social, Lic. Jacinta Olaya, testimonio del policía Oscar Paúl Catagnia Chauca quien realiza el reconocimiento del lugar de los hechos.

Que la responsabilidad penal se probó con el testimonio del menor J.O.H.P, se recepta el testimonio de la madre, de la abuela y del padre, las cámaras son solicitadas a fin de la instrucción fiscal a casi un año de investigación, en efecto Fiscalía solicitó dichas cámaras y que desde el momento que se presentó la denuncia ya los videos no existían. Se despachó cada una de las solicitudes realizadas por el ciudadano, y respecto del testimonio anticipado se les notificó a los abogados particulares; y, por la no revictimización del menor, se lo receptó con la Defensoría

Pública, no siendo motivo de nulidad, porque la defensa tenía pleno conocimiento del acto procesal al que estaban notificados.

Fiscalía considera que no existe ningún argumento para solicitar la nulidad del testimonio anticipado del niño víctima y que la Fiscalía ha probado conforme a derecho tanto materialidad de la infracción como la responsabilidad penal de Luis Aníbal Palma Cedeño en el delito acusado.

Fiscalía solicita se deseche el recurso de apelación interpuesto por el ciudadano Luis Aníbal Palma Cedeño y se confirme en todas sus partes la sentencia venida en grado. Por su parte, la señora Abogada Pilar Andrade Cedeño en defensa de la acusadora particular G.M.P.L. dice que los puntos manifestados por la Señora Fiscal son los que se dieron dentro de la etapa de investigación y de la etapa de juicio, razón por la cual solicita revisar el expediente y ratifica lo expuesto por la Señora Fiscal, solicita que se deseche el recurso de apelación planteado por el recurrente, ratificando la sentencia venida en grado de acuerdo a lo que dispone el Art. 171, numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, por delito de violación.

A este respecto, para analizar si la pena impuesta por el Tribunal “A quo” está acorde a los hechos demostrados, los jueces de Sala se remiten al Art. 171 del COIP, (norma a la cual el procesado adecuó su conducta) el cual en su primer inciso prevé la pena de 19 a 22 años de privación de libertad.

Luego de escuchar la fundamentación del recurso y las pretensiones de los sujetos procesales, el Tribunal de Alzada procedió a emitir su resolución de manera oral; aceptando el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del procesado; confirmando la sentencia en todas sus partes.

3.2. Análisis

Del caso hay que decir que, no se hará el análisis en cuanto a la valoración de las pruebas en el caso, o a los principios de la investigación ni menos, se hace un enfoque al sistema de circunstancias contemplado en el COIP, y en específico la diferencia que hay entre las circunstancias constitutivas y no constitutivas, pues se considera que en el caso ha habido una confusión de éstas, lo que ha llevado a una inadecuada aplicación de las agravantes específicas.

Para defender lo antedicho, hay que analizar aparte de estas referidas circunstancias, al delito de violación, pues, decimos que no pudo ponerse otra agravante por cuanto en la tipificación del mismo delito ya hay una del tipo constitutiva. Así, en el Art. 171 del COIP se halla el delito de violación manifestado como un delito donde se agrede a la voluntad de la víctima usando medios para conseguirlo, o aprovechándose de la situación de desventaja en que tal persona se encuentra.

El tribunal penal “A-quo” al determinar la pena que debe cumplir en consecuencia de la infracción cometida por Luis Aníbal Palma Cedeño, establece la concurrencia de la circunstancia agravante contemplada en el Art. 48, numeral 1 del COIP, es importante entonces registrar lo que textualmente dice entonces este artículo:

...Artículo 48.- Circunstancias agravantes en las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal.- Para las infracciones contra la integridad sexual y reproductiva, la integridad y la libertad personal, además de las previstas en el artículo precedente, son circunstancias agravantes específicas las siguientes: 1. Encontrarse la víctima al momento de la comisión de la infracción, al cuidado o atención en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación u otros similares... (COIP, 2015, pág. 13)

Es con esta norma que se le condena al procesado a privarlo de la libertad de veinte y nueve años, cuatro meses. Al respecto, ambas instancias han observado que el artículo 171, inciso segundo dice: “Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:...//...4.- La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima” (COIP, 2015)

De acuerdo a lo antedicho, los Juzgadores tuvieron el pleno convencimiento de que el señor Palma cometió el delito de violación en perjuicio de J.O.CH.P., reflejándose una sola realidad histórica procesal que es que el señor Palma Cedeño en su condición de docente de la Escuela Franklin Delano Roosevelt en la asignatura de cultura física lograba la atención de la víctima de 6 años edad alumno de dicha

institución, para conducirlo hasta el aula e introducir sus dedos en el ano, adecuando su conducta a lo que establece el Art. 171, primer inciso, numeral 3 del mismo Código Orgánico Integral Penal que ya ha sido transcrito.

Ahora bien, del delito de violación tipificado en el Art. 171 hay que revisar brevemente los elementos constitutivos del artículo, según la normativa penal se configura la violación cuando:

1. Hay acceso carnal. (en este caso ello fue probado).
2. El hecho de que se introdujo total o parcialmente el miembro viril u objetos, dedos (todo apuntó a que el menor se le introdujo los dedos).
3. La introducción es: oral, anal o vaginal (Se comprobó lo anal).

Teniendo como ocusión lo mismo que ambas instancias, esto es, que estuvieron presentes y comprobados todos estos elementos del delito, así como su verbo rector y la conducta en general, ahora bien, este tipo penal contiene (DE FORMA PROPIA) circunstancias que agravan la pena a imponer a la persona procesada.

Y son estas circunstancias las que han sido motivo del presente análisis de estudio de caso, pues, dentro de ellas consta la que igualmente ha sido transcrita; esto es que quien comete el delito de violación sea profesional en la educación o tenga el deber de custodiar a la víctima. (numeral 4, inciso 2 del Art 171).

Esta circunstancia que determina el incremento de la pena constituye **UNA AGRAVANTE QUE FORMA PARTE DEL TIPO PENAL** y por tanto es constitutiva de la infracción. En este sentido, cabe volver a citar a Yávar (2014)¹⁷ quien señaló que las agravantes son: “Esas situaciones, escenarios de carácter accidental al delito, y que concurren el actuar delictivo produciendo efectos modificatorios de la responsabilidad delictual”.

Como consecuencia entonces, las agravantes consiguen que se imponga una mayor penalidad, por el hecho de que éstas consiguen representar en mayor grado el elemento de antijuricidad en la acción, siendo así entonces, la culpabilidad del agente activo irrefutable.

Las agravantes como se observó en el marco teórico, a través del tiempo, han dado lugar a múltiples discusiones doctrinaria, disputas que refieren a distintas cuestiones, teniendo como principal el sistema de aplicarlas sin incurrir en arbitrariedad, que es lo que comúnmente sucede al no interpretarlas o al no diferenciar cuando se trata de una constitutiva y una no constitutiva de la infracción.

De estas circunstancias constitutivas o modificatorias, hay que señalar lo que ha dicho la jurisprudencia Penal de la Corte Nacional de Justicia que indica que por circunstancia modificatoria ha de entenderse a “aquellas que están alrededor de la

¹⁷ Yávar, F. (2014). *Orientaciones prácticas desde el Art. 1 al 250 COIP*. SL: Feryanu

realización de la conducta”¹⁸. Lo que aclara es que, las consideradas constitutivas de delito son las que se encuentran descritas en el mismo tipo penal y que van a modular pena ya establecida en el tipo, aplicándose una vez que se ha comprobado la existencia del delito.

El profesor Luis Rodríguez (2011)¹⁹ en un artículo denominado “Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal” ha señalado que: “Desde un punto de vista jurídico, ahora, es efectivo que estas circunstancias no se proyectan sobre el ámbito de la infracción delictiva, sino sobre el de sus consecuencias” (pág. 406). Aquí está hablando de las circunstancias modificatorias.

Toda la doctrina menciona el carácter accidental de estas circunstancias, en el caso en concreto tal “circunstancia accidental” que concurre con la acción delictiva es que el sujeto activo era el maestro de cultura física de la Escuela Franklin Delano Roosevelt, lugar en el que estudiaba la víctima de 6 años de edad, dicha circunstancia según la norma del COIP art. 171 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal determina que la pena a imponer al procesado es la máxima que contempla el mismo tipo penal esto es VEINTE Y DOS AÑOS.

¹⁸ Ecuador. (2013). *Corte Nacional de Justicia*. Sentencia 012-2013

¹⁹ Rodríguez, L. (2011). *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*. Revista de Derecho XXXVI

De modo que, en nuestro caso al estar contenida, en el artículo que configura y sanciona el delito de violación, esta es constitutiva de la infracción penal. El COIP en este caso presenta un sinnúmero de circunstancias agravantes, expresando entre otras cosas que estas aumentan la pena por cuanto la malicia es aumentada también y se aplica por peligrosidad el autor del delito, pero es muy clara al manifestar también, que estas agravantes se aplican siempre y cuando no sean constitutivas o modificatorias de la infracción.

Es decir, cuando un tipo penal no contenga circunstancias constitutivas, es cuando pueden aplicarse estas agravantes, si el tipo penal como el de la violación sí contiene, así como el hecho de que se agrava la pena cuando quien comete el delito es un profesor de la víctima, no pueden aplicarse las agravantes que contiene la ley penal, así lo determina esta misma y la doctrina mayoritaria.

Es decir, las circunstancias agravantes de la conducta solo alcanzan esta configuración, cuando no son constitutivas o modificatorias de la infracción, según la doctrina son agravantes:

- Las que incrementa la malicia del acto.
- La alarma que produce la infracción produce la infracción en la sociedad.
- Las que establecen la peligrosidad de sus autores (ONU, 2010)

Yungán Luis (2016)²⁰ en su investigación expone que:

La concurrencia o existencia de las circunstancias agravantes inciden en las sentencias emitidas por los Tribunales de Garantías Penales, provocando un incremento cuantitativo de la pena, de conformidad a la presencia de las circunstancias agravantes que concurra en el hecho delictivo. Ya sean estas circunstancias agravantes generales (objetivas); circunstancias agravantes constitutivas (subjetivas) (pág. 42)

De las circunstancias constitutivas, de carácter subjetivas, el mismo autor manifiesta que son de carácter personal de agravación, éstas a decir del autor se fundamentan en ciertos ánimos, o concurrencia del partícipe del hecho, y de ahí que su existencia, modifica únicamente su responsabilidad, precisamente porque sólo alcanza a afectar a quien realizó el acto.

Lo que menciona el autor, es que, de las circunstancias constitutivas, se basan en características personales del sujeto, se funda en las tendencias, ánimos, o actitudes personales que se exigen del sujeto: “Aludiendo cualidades personales del sujeto que interviene en la realización de la conducta o participa de ella, identificado lo objetivo con lo moral o espiritual” (Yungán, 2016, pág. 43).

Así también sobre las circunstancias agravantes apunta la doctrina, que tales elementos son llamados, según los casos: o bien “elementos accidentales”, en razón de que, la existencia o no del delito no dependerá de la concurrencia o no de estos

²⁰ Yungán, L. (2016). *Las agravantes constitutivas del delito de Femicidio y su incidencia en las sentencias*. (en línea). En: <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/1822/1/UNACH-FCP-DER-2016-0025.pdf>

elementos; que, en ocasiones, sirven para la calificación de determinados delitos, en cuanto que la presencia de tales circunstancias, en su comisión, es necesaria para que tenga lugar (por ejemplo, el asesinato, que para que exista tiene que concurrir: alevosía, ensañamiento o precio, recompensa o promesa, lo que ya conlleva una circunstancia más que lo diferencia, entre otras cosas, del homicidio y, por tanto, la agravante ya va implícita en el tipo penal” (Guerrero, 2016, pág. 1)

Ahora, volviendo al caso, el Art. 44 del Código Orgánico Integral penal en su último inciso dice: Si existe al menos una circunstancia agravante no constitutiva de la infracción se impondrá la pena máxima prevista en el tipo penal, aumentándola en un tercio, concluyendo el tribunal “A-quo”, así como la Sala que el procesado ha concurrido la agravante específica del Art. 48, numeral 1 del referido cuerpo legal, lo que es erróneo.

Han interpretado ambas instancias en forma errónea la norma; pues en la audiencia de juzgamiento con la prueba actuada por Fiscalía se llega al pleno convencimiento que el sujeto activo de la infracción profesor de cultura física accedió carnalmente a la víctima de 6 años, introduciendo sus dedos en el ano en la escuela en la que el menor estudiaba.

Lo anterior configura la infracción en el delito de violación con la circunstancia que la misma norma que configura el acto; sanciona, ante la concurrencia de la condición de: ser profesional de educación o que tenga el deber

de custodia sobre la víctima el que la comete; por lo que resulta impertinente aplicar una circunstancia agravante específica.

Resulta impertinente por cuanto, es la misma norma la que recoge claramente como constitutiva de la infracción penal. Por lo que la pena a imponer al procesado es la máxima establecida en el Art. 171, inciso primero del COIP, ante la concurrencia de la agravante constitutiva de la infracción, con estos antecedentes en Sala al menos se debió aceptar parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el procesado; confirmando la sentencia en cuanto es condenatoria y declarar la culpabilidad, como autor directo del delito de violación tipificado en el Art. 171, inciso primero, numeral 3 del COIP, pero debió modificarse la pena; imponiéndosele 22 de privación de libertad conforme a lo establece el Art. 171, inciso segundo, numeral 4 del referido cuerpo legal.

Para fundamentar esta errónea interpretación, hay que señalar lo expuesto por el reconocido Jiménez de Azua (1954)²¹ que respecto de la interpretación de ley penal manifestó: “el acto por el cual el juez aplica una norma a un caso particular. Sin este acto, la ley, aislada en su abstracción y generalidad, sería letra muerta, un ser inexistente” (pág. 167)

Parafraseando a Segovia quien cita al Dr. Pérez: “Interpretar la ley es buscar la norma concretamente aplicada a un caso determinado y que lo resuelve” (Segovia,

²¹ Jiménez de Asúa, L. (1954). *La ley y el delito: principios de derecho penal*. Buenos: Sudamericana

2017, pág. 33)²². Lo que refieren estos autores es que, cuando se adopta una norma, ésta demanda un estudio analítico que determine su alcance, su sentido y sus límites dentro del caso específico sin obviar los límites que le impone el principio de legalidad.

En este sentido, en materia penal la interpretación no ha de ser extensiva, es decir las leyes penales tienen que ser interpretadas de modo limitado al no empeoramiento de la situación del reo, no hay que olvidar además que dicha limitación además prohíbe el uso de analogías.

Para finalizar, de la interpretación; esta es un mandato derivado de la Norma suprema, pues la misma CRE (2008)²³ manda:

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 la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora (Asamblea Nacional Constituyente , 2008, art. 76.5).

Trasladándonos a la normativa penal, el COIP contempla prohibición de empeoramiento de la situación del procesado; señalando en el numeral 7 del Art. 5 que esta prohibición será al resolverse la impugnación de una sanción. Por lo tanto, la ley penal se sujeta a la valoración del Juez para que previo a su aplicación se entienda su verdadero sentido y voluntad para su aplicación.

²² Segovia, G. (2016). *La compensación racional en la valoración de las atenuantes y agravantes en la aplicación de la pena según el COIP*. Ambato.: Pucesa.

²³ Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: CEP

CONCLUSIONES

El objetivo del presente análisis de estudio de caso se centró en establecer si en el caso penal existió mala aplicación de las circunstancias agravantes, para ello se hizo el análisis de la pena impuesta por el delito de violación en el caso, en específico de este tipo de circunstancia, así como el examen de toda la doctrina que respalda cuándo se debe aplicar una agravante y qué diferencia a estas circunstancias cuando son constitutivas y cuando no lo son.

En el presente se ha aplicado una circunstancia agravante cuando se señala que “circunstancia accidental” que concurre con la acción delictiva es que el sujeto activo era el maestro de cultura física de la Escuela Franklin Delano Roosevelt, lugar en el que estudiaba la víctima de 6 años de edad, dicha circunstancia según la norma del COIP Art. 171, inciso segundo del COIP determina que la pena a imponer al procesado es la máxima que contempla el mismo tipo penal, de modo que al estar contenida, en el artículo que configura y sanciona el delito de violación, esta es constitutiva de la infracción penal, es decir, que al ser constitutiva, la agravante ya va implícita en el tipo penal, y es lo que no han observado los juzgadores de ambas instancias, desnaturalizando el garantismo penal.

No sólo se desnaturaliza dicho garantismo, sino que se evidencia el desconocimiento de la diferencia entre circunstancia constitutiva y no constitutiva por parte de los Juzgadores, ello ha afectado también en este caso, la proporcionalidad de la pena, siendo este un principio de carácter constitucional.

En este sentido, entonces en el caso no ha existido la compensación racional en la valoración de las circunstancias modificatorias del delito interpretándose de forma errónea lo dispuesto en el Art. 44 del Código Orgánico Integral Penal que refiere al mecanismo de aplicación de éstas, incidiendo como se sostuvo, en la proporcionalidad de la pena, obviándose el marco de oportunidad que tiene la persona procesada para acceder de forma justa e igual a la valoración de dichas circunstancias, más aun cuando como en este caso se encuentran inmersas en la misma estructura del delito.

BIBLIOGRAFÍA

- Albán, E. (2010). *Manual de Derecho Penal ecuatoriano: Parte general*. Quito: Ediciones Legales.
- Asamblea Nacional Constituyente . (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*. Montecristi: Ediciones Legales.
- Bacigalupo, E. (2014). *“Lineamientos de la Teoría del Delito*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Borja, E. (2015). *La aplicación de las circunstancias del delito*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Carrara, F. (1971). *Programa de derecho crimina*. Pasto: Temis.
- Cerezo Mir, J. (2010). *Derecho penal español. Parte general*. Madrid : Tecnos.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2014). *Codigo Oganico Integral Penal*. Quito: Ediciones Legales .
- González, J. (1988). *Teoría General de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*. Valencia: Universidad de Valencia.
- Guerrero, V. (2016). *¿Que son las llamadas “circunstancias modificativas de la actividad criminal”?* Obtenido de <https://confilegal.com/20161205-agravantes-atenuantes/>
- Machicado, J. (2019). *Circunstancias del delito*. Obtenido de <https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/circunstancias-del-delito.html>
- Maggiore, G. (1995). *Derecho Penal*. Bogotá: Celestino Porte Petit.
- Martínez, & Echeverría. (2017). *Derecho Penal: circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes*. Obtenido de

<https://www.martinezechevarria.com/es/derecho-penal-circunstancias-eximentes-atenuantes-y-agravantes/>

Mejía, C. (2010). *Las circunstancias atenuantes y agravantes en la teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*. Obtenido de Tesis Doctoral:

http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20100505_01.pdf

ONU. (2010). *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes*. Obtenido de <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/407/31/PDF/G1040731.pdf?OpenElement>

Pessina, E. (1936). *Elementos de Derecho Penal*. Madrid: Reus.

Polaino, M. (2004). *Derecho Penal: Modernas Bases Dogmáticas*. Lima: Grijley.

RAE. (2001). *Diccionario de la Lengua Española Vigésimo segunda edición, Tomo I, Página. 422*. Madrid: Editorial Espasa II.

Rodríguez, L. (2011). *Naturaleza y fundamento de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal*. Obtenido de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512011000100011#footnote-32830-21

Saltos, M. (2017). Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/7078/1/TUSDAB072-2017.pdf>

- Segovia, G. (2017). *La compensación racional en la valoración de las atenuantes y agravantes en la aplicación de la pena según el COIP*. Obtenido de <http://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2157/1/76579.pdf>
- Urgiles, J. (2015). *Análisis de la participación criminal determinada en el COIP*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5820/1/T-UCE-0013-Ab-060.pdf>
- Valencia, H. (2016). ¿Qué son las ciencias penales? *Conacyt*, 1-6. Obtenido de <http://www.ugto.mx/noticias/noticias/educativas-nacionales/10593-que-son-las-ciencias-penales>
- Veliz, M. (2017). *Las circunstancias agravantes y atenuantes en los delitos y el derecho de igualdad*. Obtenido de <http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/8241/1/TUBAB036-2017.pdf>
- Yávar, F. (2014). *Orientaciones prácticas desde el Art. 1 al 250 COIP*. Feryanu.
- Yungán, L. (2016). *Las agravantes constitutivas del delito de femicidio y su incidencia en las sentencias*. Obtenido de <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/1822/1/UNACH-FCP-DER-2016-0025.pdf>

ANEXOS

Sentencias