



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO

FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y
ADMINISTRATIVAS

ESCUELA DE DERECHO

PORTADA

TÍTULO:

“EL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL Y SU EFECTO JURÍDICO EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS EN EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA, DURANTE LOS AÑOS 2013 Y 2014”

TESIS DE GRADO PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA.

AUTOR: Víctor Hugo Jaya Duchi

TUTOR: Dr. Bécquer Carvajal Flor

RIOBAMBA – ECUADOR

2016

CERTIFICACIÓN

DR. BÉCQUER CARVAJAL FLOR, CATEDRÁTICO DEL NIVEL DE PRE-GRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA ESCUELA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO.

CERTIFICO:

Haber asesorado y revisado detenida y minuciosamente durante todo su desarrollo, la Tesis titulada: "EL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL Y SU EFECTO JURÍDICO EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS EN EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA, DURANTE LOS AÑOS 2013 Y 2014" Realizada por Jaya Duchi Víctor Hugo, por lo tanto, autorizo realizar los trámites legales para su presentación.



DR. BÉCQUER CARVAJAL FLOR
TUTOR

HOJA DE CALIFICACIÓN DEL TRIBUNAL



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“EL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL Y SU EFECTO JURÍDICO EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS EN EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA, DURANTE LOS AÑOS 2013 Y 2014.” Tesis de grado previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador, aprobado por el tribunal en nombre de la Universidad Nacional de Chimborazo, y ratificado con sus firmas.

MIEMBROS DEL TRIBUNAL

PRESIDENTE	<u>SIETE</u>	<u>[Firma]</u>
	CALIFICACIÓN	FIRMA
MIEMBRO 1	<u>OCHO</u>	<u>[Firma]</u>
	CALIFICACIÓN	FIRMA
MIEMBRO 2	<u>OCHO</u>	<u>[Firma]</u>
	CALIFICACIÓN	FIRMA
NOTA FINAL	<u>7.66</u>	<u>_____</u>

DERECHOS DE AUTORÍA

Víctor Hugo Jaya Duchi, soy el responsable de las ideas, doctrinas, resultados y respuestas señaladas en el presente trabajo de investigación y los derechos de autoría pertenecen a la Universidad Nacional de Chimborazo.



Víctor Hugo Jaya Duchi
C.I. 060452668-1

AGRADECIMIENTO

A Dios todopoderoso que gracias a sus bendiciones y cuidado me dio la vida para culminar esta meta. A la Universidad Nacional de Chimborazo, Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas y muy especial a la Escuela de Derecho por el conocimiento brindado a través de nuestros excelentes catedráticos, quienes nos supieron educarnos no solo profesionalmente, enseñándonos valores para ser personas éticas entregadas a nuestra profesión.

Al Dr. Bécquer Carvajal Flor, tutor de tesis quien con sus conocimientos supo orientarme hasta la finalización del presente trabajo de investigación. Como olvidarme de mis grandes amigos universitarios que con ellos compartimos los mejores momentos y sustos académicos en la universidad.

Víctor Hugo Jaya Duchi

C.I. 060452668-1

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo quiero dedicarles a mis padres, hermanos, quienes fueron el eje fundamental en mi formación académica, ya que sin ellos no hubiera sido posible la culminación de mi carrera universitaria, personas que siempre estuvieron dándome ánimos cuando se presentaron los problemas académicos, para alcanzar un sueño, que es el ser un Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.

Víctor Hugo Jaya Duchi

C.I. 060452668-1

INDICE GENERAL

Contenido

PORTADA.....	I
CERTIFICACIÓN.....	II
HOJA DE CALIFICACIÓN DEL TRIBUNAL	III
DERECHOS DE AUTORÍA.....	IV
AGRADECIMIENTO	V
DEDICATORIA.....	VI
INDICE GENERAL	VII
NDICE DE GRAFICOS.....	XI
RESUMEN	XII
ABSTRACT.....	XIV
INTRODUCCIÓN	XVI
CAPÍTULO I.....	1
MARCO REFERENCIAL	1
1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	2
1.3. OBJETIVOS.....	2
1.3.1 Objetivo General.....	2
1.3.2 Objetivos Específicos	2
1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.....	2
CAPÍTULO II	4
MARCO TEÓRICO	4
2.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA	4
UNIDAD I.....	6
EL ABUSO SEXUAL	6
2.2.1.1 El delito de abuso sexual	6
2.2.1.2 Definición doctrinaria.....	7
2.2.1.3 Tipos de abuso sexual	9
2.2.1.4 Signos de posible abuso sexual.....	10
2.2.1.5 Análisis del delito de abuso sexual.....	11
2.2.1.6 El abuso sexual en el núcleo familiar.	13

2.2.1.7 El sujeto activo del delito.....	14
2.2.1.8 Clase de sujeto activo del delito	16
2.2.1.9 Estudio Criminológico del sujeto activo del delito.....	17
2.2.1.10 La obtención del testimonio del menor	24
2.2.1.11 Análisis del contenido del testimonio de la víctima	26
2.2.1.12 Verdad o mentira en el testimonio de la víctima de abuso sexual.....	27
UNIDAD II	30
LA VICTIMOLOGIA	30
2.2.2.1 Antecedentes de la Victimología	30
2.2.2.2 Conceptos fundamentales.....	33
2.2.2.2.1 Victimología.....	33
2.2.2.2.2 Víctima	34
2.2.2.2.3 Delito	34
2.2.2.3 Importancia de la Victimología	34
2.2.2.4 Factores Victimológicos.....	35
2.2.2.5 La victimología en la ciencia penal.....	36
2.2.2.6 Relaciones entre víctima y victimario	38
2.2.2.7 El iter criminis.....	41
2.2.2.8 El iter victimae	44
UNIDAD III.....	47
MEDIOS DE PRUEBA Y EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA DE ABUSO	
SEXUAL	47
2.2.3.1 La judicialización de los elementos de convicción en la audiencia de juzgamiento	47
2.2.3.2 Procedimiento.....	48
2.2.3.3 Tipos de elementos de convicción para determinar la materialidad de la infracción en el delito de abuso sexual	48
2.2.3.4 El testimonio de la víctima en casos de abuso sexual.....	49
2.2.3.5 Reglas para la recepción de testimonio de la víctima.	51
2.2.3.6 El examen psicológico efectuado a los niños o adolescentes, víctimas del delito de abuso sexual en la etapa de instrucción fiscal.....	52
2.2.3.7 Causas que pueden ocasionar la falsedad de testimonio de la víctima de abuso sexual.....	55

2.2.3.8 Valoración del testimonio de la víctima de abuso sexual.	56
2.2.3.9 Formas de determinar el grado de veracidad del testimonio de la víctima de abuso sexual.....	58
UNIDAD IV	61
LOS EFECTOS JURÍDICOS.....	61
2.2.4. Efectos jurídicos en las víctimas y en las sentencias del delito de abuso sexual.....	61
2.2.4.1 Efectos jurídicos en la víctima de abuso sexual.	62
2.2.4.1.2 Cambio de ciudad de la victima.....	63
2.2.4.1.3 Rechazo de la familia de la víctima.	63
2.2.4.1.4 Problemas económicos en la víctima.	64
2.2.4.1.5 Programa de protección de víctimas.	65
2.2.4.2 Efectos jurídicos en las sentencias del delito de abuso sexual.....	65
2.2.4.2.1 Condena del procesado.....	66
2.2.4.2.2 Privación de la libertad del procesado.	67
2.2.4.2.3 Reparación integral a la víctima.....	68
2.2.4.2.6 Declaración de maliciosa o temeraria de la acusación.	71
2.2.4.3 Jurisprudencia.	71
UNIDAD V.....	71
2.2.5. UNIDAD HIPOTÉTICA	88
2.2.5.1. HIPÓTESIS	88
2.2.5.2 VARIABLES	88
2.2.5.2.1. Variable Independiente	88
2.2.5.2.2- Variable Dependiente	88
2.2.5.3 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES	89
CAPÍTULO III.....	91
MARCO METODOLÓGICO	91
3.1.-MÉTODO	91
3.2.-TIPO DE LA INVESTIGACIÓN	91
3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	92
3.4.- POBLACIÓN Y MUESTRA	92
3.4.1.- Población	92
3.4.2. Muestra	92

3.5 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS	92
.....	
3.5.1 Técnicas.....	92
3.5.2. Instrumentos.....	93
3.6. TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS.....	93
3.6.1 PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS A LOS SEÑORES, JUECES DE LA UNIDAD JUDICIAL PENAL CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA.....	93
3.7 COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS.....	114
CAPITULO IV.....	115
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	115
4.1 CONCLUSIONES.....	115
4.2 RECOMENDACIONES.....	116
5. BIBLIOGRAFÍA.....	117
6. ANEXOS.....	119

NDICE DE GRAFICOS

Grafico N° 1.....	95
Grafico N° 2.....	97
Grafico N° 3.....	99
Grafico N° 4.....	101
Grafico N° 5.....	103
Grafico N° 6.....	105
Grafico N° 7.....	107
Grafico N° 8.....	109
Grafico N° 9.....	111
Grafico N° 10.....	113

RESUMEN

El presente trabajo investigativo hace mención al testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual, y su efecto jurídico en las sentencias emitida por los jueces del Tribunal de Garantías Penales de la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Riobamba, y para ello analizaremos si el testimonio de las victimas causa efecto jurídico y cuáles son los otros medios de prueba aportados para determinar la culpabilidad del procesado en los delitos sexuales.

La estructura del presente trabajo de investigación se encuentra dividida en cuatro capítulos:

El primer capítulo trata sobre el marco referencial donde se origina el planteamiento del problema, su origen, como se presenta y cómo se comporta el mismo, luego de lo cual se formula el objetivo general y los objetivos específicos para poder determinar si el testimonio de las víctimas de abuso sexual da origen a un efecto jurídico en las sentencias emitidas por el Tribunal de Garantías Penales, además la justificación e importancia del problema donde observamos que el presente trabajo investigativo es factible, novedoso, original.

En el segundo capítulo se desarrolla el marco teórico donde se aplicó el instrumento del fichaje a través del cual obtuvo doctrina, teorías, conceptos y artículos bibliográficos extraídos de libros, leyes y textos esto viene a construir la parte teórica, conceptual, legal y doctrinaria de la investigación, este capítulo se encuentra dividida en cuatro unidades, con sus subunidades; en la primera unidad hablamos acerca del delito de abuso sexual, concepto doctrinario, tipos de delito sexual, signos de abuso sexual, análisis entre atentado al pudor y abuso sexual, abuso sexual en el núcleo familiar, el sujeto activo del delito y el estudio criminológico del sujeto activo del delito, en el que analizaremos conceptos fundamentales que nos ayudaran a centrarnos en el tema investigativo; en la segunda unidad hablaremos de la victimología se desarrollará definiciones, además analizaremos los factores de la victimología,

el inter criminis y el inter victimae, importancia y tipología de la victimología; en la tercera unidad hablaremos La judicialización de los elementos de convicción en la audiencia de juzgamientos, en la que abarcaremos su procedimiento, tipos de elementos de convicción, el testimonio de la víctima de abuso sexual, el examen psicológico practicado a las víctimas y su eficacia para determinar si existió o no delito; en la cuarta unidad hablaremos sobre el efecto jurídico que provoca en las víctimas y en las sentencias emitida por los jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial Penal con sede en el Cantón Riobamba, unidad hipotética, hipótesis, operacionalización de las variables.

En el tercer capítulo se desarrolla el marco metodológico, a través del método Inductivo: mediante la aplicación de este método se logrará estudiar el problema desde lo particular para llegar a lo general donde se realizará un análisis sobre el testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual y su efecto jurídico en las sentencias emitidas en el Tribunal de Garantías Penales con Sede en el Cantón Riobamba ; así como la aplicación de entrevistas porque se utilizó un conversatorio directo con los jueces de la Unidad Judicial Penal del cantón Riobamba, realizándolo con toda la población, se utilizó la guía de entrevista con el método inductivo ; a través de la entrevista y el método inductivo pude obtener la información que ayudo a identificar de alguna manera la incidencia jurídica del testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual .

En el cuarto capítulo se establece las conclusiones y recomendaciones obtenidas por la investigación a través de la interpretación y discusión de los resultados realizados a través de los cuadros y gráficos estadísticos, con la ayuda del paquete informático de EXCEL en la cual obtuve resultados en porcentajes exactos para el procesamiento de datos, razón por la cual el presente trabajo de investigación es descriptiva ya que luego de tabular, interpretar y procesar la información, el problema se describe como aparece.



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CENTRO DE IDIOMAS

ABSTRACT

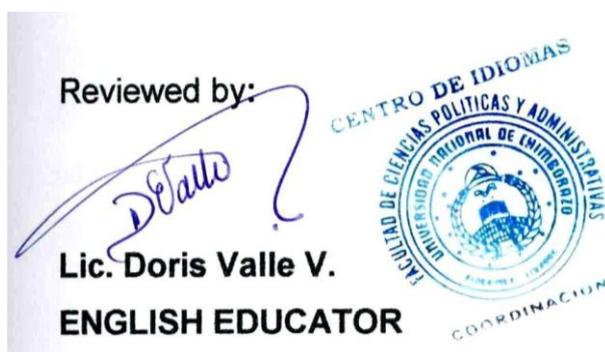
The following research work mentions the testimony of child and adolescents victims of the crime of sexual abuse and its legal effect in the judgments issued by the judges of the Court of Criminal Guarantees of the Criminal Justice Unit based in Riobamba canton, in other Words. It will consider whether the testimony of the victims cause legal effect and which the other evidences adduced to establish the defendant's guilt in sexual offenses.

The structure of the following research is divided into four chapters: the first one deals with the framework where the problem originates, its origin, how it's presented and how it behaves after that the general and specific objectives are formulated in order to determine if the testimony of victims of sexual abuse gives rise to a legal effect on the judgments of the Court of Criminal Guarantees of the Penal Judicial Unit based in Riobamba canton, in addition to the justification and the importance of the problem where we note that this research work is fasible, new and original

In the second chapter the theoretical framework was developed where the profiling instrument was applied through which it obtained doctrine, theories, concepts and bibliographic articles from books, laws, regulations and texts this makes the theoretical, conceptual, legal parts is developed and doctrinal research, this chapter is divided into four units, with its subunits; in the first unit talk about the crime of sexual abuse, doctrinal concept, types of sexual crime, signs of sexual abuse, indecent assault between analysis and sexual abuse, sexual abuse within the family, the perpetrator of the crime and criminological study the perpetrator of the offense, which analyze fundamental concepts that help us to focus on the research topic; in the second unit we will discuss definitions victimology develop further analyze the factors of victimology, the inter criminis and inter Victimae, importance and type of victimology; in the third one, we speak about The prosecution of the victims of evidence at the hearing of judgments, which will cover the procedure, types elements of conviction, the testimony of the victim of sexual abuse,

psychological examination carried out to victims and their effectiveness to determine whether or not a crime exist; in the fourth unit we will discuss about the legal effect that caused on the victims and on the sentences issued by judges of the Criminal Court of the Criminal Judicial Unit based in Riobamba canton , hypothetical unit, hypotheses, operationalization of variables.

In the third chapter we develop the methodological framework, through the inductive method: this will be achieve to study the problem from the particular to reach the general where an analysis of children and adolescents´ testimony were made victims the crime of sexual abuse and its effect on legal judgments in the Court of Criminal Guarantees based in Riobamba Canton; and the application of interviews that a direct discussion with the judges of the Criminal Justice Unit based in Riobamba city, performing it with the entire population, the interview guide was used with the inductive method ; through the interview and the inductive method I could obtain information which help to identify somehow the legal incidence of the testimony of child victims of the crime of sexual abuse .In the fourth chapter the conclusions and recommendations were obtained in order to established by the research through the interpretation and discussion of the results achieved through statistical tables and charts, with the help of EXCEL software package in which the obtained results in exact percentages for data processing, this is why the paper research is descriptive and tabular then, interpret and process information, it describes the problem as it shown , behaving in context and explaining the result after calculated and tabulated and finally in the fifth chapter the bibliography is setted up, bibliography , the bibliographical references , Internet sources and annexes.



INTRODUCCIÓN

La decadencia de valores en el núcleo familiar y la pornografía desmedida mediante los dispositivos electrónicos, han influido en el comportamiento del sujeto activo del delito, ya que los principios delincuenciales se debe a la mala formación del ser humano en la etapa de adolescencia ya que no obtuvieron la educación adecuada y una formación psicológica sana en cuanto a la sexualidad.

Algunos de los sujetos activos del delito, con referencia a los delitos sexuales, se deben a traumas sufridos en la niñez, es decir lo que les hicieron a ellos reflejan mediante su comportamiento equivocado y victimizan a seres mediante el abuso sexual.

Para llegar a una sentencia condenatoria, los jueces deben estar completamente seguros de la culpabilidad y evitar que los niños sean las carnadas y medios para cobrar ciertas rencillas que existan entre las partes procesales, con el testimonio de las víctimas de abuso sexual en la actualidad se ha llegado a una sentencia condenatoria, sin analizar psicológicamente si se encuentran capaces mentalmente y en qué condiciones dieron su testimonio en la audiencia de juzgamiento.

Con lo antes expuesto el presente trabajo investigativo titulado: "EL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL Y SU EFECTO JURÍDICO EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA, DURANTE LOS AÑOS 2013 Y 2014", da a conocer si el testimonio de los niños y adolescentes causan efecto jurídico en las sentencias emitidas por la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Riobamba.

CAPÍTULO I

MARCO REFERENCIAL

1.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El avance de la sociedad en este mundo moderno, exige una nueva reforma en la justicia que permita identificar los causales, para emitir una sentencia con el fin de practicar la justicia a la cual tiene derecho todos los seres humanos, considerando que los jueces deben conocer las leyes que están tipificadas.

El problema referente al abuso sexual al que son víctimas los niños, niñas y adolescentes, conlleva a muchos problemas internos y familiares de las víctimas ya que en algunos casos los propios familiares son los que cometen el delito de abuso sexual.

Pero en realidad en esta investigación nos centraremos en la problemática referente al análisis de parte de los jueces de los tribunales y sus razones motivadas para llegar a una sentencia absolutoria o condenatoria, ya que en algunos casos no se analizan las pruebas en general aportadas en la audiencia de juzgamiento y se llega a condenar a una persona con el testimonio de la víctima que en este tipo de casos son niños, pensando que por ser niños no pueden mentir.

Desde esta perspectiva, es importante la preparación de los involucrados que van a formar parte del caso y el rol que desempeñen, dada la responsabilidad que conlleva la investigación sobre el comportamiento del sujeto activo del delito y la incidencia que va a tener en la pena emitida por los Jueces de los Tribunales de Garantías Penales de Chimborazo.

De mantenerse esta práctica, no se está llegando a una práctica eficaz de la justicia, ya que no se analiza las otras pruebas aportadas en la audiencia de juzgamiento, y solo se emitirán sentencias en base a los testimonios de las víctimas, sin tomar en cuenta si son inocentes o culpables.

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Qué efecto jurídico provoca el testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual, en las sentencias emitidas en el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, durante el los años 2013-2014?

1.3. OBJETIVOS

1.3.1 Objetivo General

Describir a través de un análisis crítico y jurídico el efecto jurídico que provoca el testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual, en las sentencias emitidas en el tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, durante el los años 2013-2014.

1.3.2 Objetivos Específicos

- Realizar un análisis crítico y jurídico del testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual
- Realizar un análisis crítico-jurídico del delito de abuso sexual y sus consecuencias en las victimas y el núcleo familiar.
- Realizar un análisis crítico-jurídico de los efectos jurídicos en las sentencias emitidas en el Tribunal de Garantías Penales.

1.4. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA

En la actualidad se encuentra una crisis social de valores, que indica el fenómeno de la violencia lo cual se manifiesta con la ruptura de los lazos principales que unen el núcleo familiar, situación que sin duda influye en el cometimiento del delito de abuso sexual.

En la actualidad el problema del abuso sexual, se va incrementando de manera extraordinaria, ya que este delito es muy común en el núcleo familiar, en que

son los mismos familiares los que victimizan a su parientes consanguíneos y afines.

En algunos casos son los niños el instrumento de venganza, al hacerles mentir que fueron víctimas de abuso sexual para inculpar a una persona, solo por el hecho de tomar represalias en contra de los supuestos victimarios, y es ahí que los jueces se basan en solo el testimonio de los niños para llegar a una sentencia condenatoria.

Es importante identificar y cualificar todos los elementos que forman parte del caso mismos que contribuyan al esclarecimiento de los hechos, ya que esto permite dictaminar la sentencia emitida en el tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, además la presente investigación es relevante por cuanto se va a poder determinar si se toman en cuenta las demás pruebas aportadas por parte del sujeto activo del delito antes de determinar su culpabilidad.

El proyecto es factible porque se cuenta con bibliografía especializada y actualizada, la colaboración de los involucrados. El proyecto es original, puesto que se constituye en un aporte para la sociedad, mismo que refleja las intenciones de cambiar el proceso de justicia.

Los beneficiarios directos de la investigación son autoridades, docentes, estudiantes, padres de familia de la Universidad Nacional de Chimborazo e indirectamente la sociedad en general.

Esta investigación es de novedad científica servirá como aporte teórico, metodológico y científico de apoyo a docentes y estudiantes en general.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA

Esta investigación se fundamenta en unas de las teorías del conocimiento científico, siendo esta corriente la filosófica del racionalismo.

Desde el punto de vista jurídico el trabajo investigativo se fundamenta según lo que manifiestan los doctores David Fernando Panta Cueva y Vladimir Somocurcio Quiñones en la obra “La Declaración de la Víctima en los delitos Sexuales ¿Inflexión en la Exigencia de una Suficiente Actividad Probatoria?” donde considera que: “En el desarrollo de un proceso penal, muchas veces la única prueba de cargo resulta ser la manifestación del propio agraviado que se convierte en único testigo, con lo que se convierte a la valoración probatoria en una verdadera encrucijada. Delitos, sobre todo contra la libertad sexual en la modalidad de violación de menor de edad, son los que con más frecuencia presentan estos problemas, pues el juzgador tiene la difícil tarea de desentrañar este testimonio y determinar si constituye prueba válida, de cara a la condena de un imputado”¹.

Considerando que el testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual, es la única prueba de cargo a favor de la víctima, frente a esto también, es la que se ha constituido como prueba suficiente para condenar al procesado, ya que particularmente en este tipo de delito no se puede sustentar con otros medios de prueba que asegure con exactitud la materialidad y responsabilidad de la infracción, razón de que una característica principal en cuanto a la perpetración del delito es la clandestinidad de las circunstancias de los hechos, que en muchos casos no dejan huellas ni testigos que afirmen la verdad del testimonio de la víctima.

¹ Panta Cueva David Fernando y Somocurcio Quiñones Vladimir. La Declaración de la Víctima en los delitos Sexuales ¿Inflexión en la Exigencia de una Suficiente Actividad Probatoria? Análisis del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116. Lima Perú 2005. Pag 3.

Además en muchas ocasiones, estos actos, son las que también han llevado al error a los juzgadores y operadores de justicia, donde se han procesado y condenado a prisión a muchos inocentes, y se han absuelto de culpabilidad a muchos responsables dejando en la impunidad el delito.

Por esto, se ha visto en la necesidad de reestructurar el sistema de justicia y la legislación penal, donde garantice los derechos tanto de la víctima como también del procesado, para evitar la impunidad del delito, o una condena equivocada del procesado. Por ello es necesario que tanto los juzgadores como los auxiliares de la administración de justicia, se encuentren dotados de conocimientos científicos más allá que la experiencia, desde el momento mismo de realizar el diagnostico correspondiente a la víctima hasta el momento de valorar las pruebas pertinentes que en este caso vendría a ser el testimonio de los menores víctimas.

Es en este sentido, el art 455 del Código Orgánico Integral Penal COIP establece que: “el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones”².

En sí, la valoración de la prueba se deberá realizar bajo criterios científicos, en la cual la decisión del juzgador al momento de emitir su decisión final, tendrá que fundamentarse en pruebas que aseguren la realidad de los hechos y la responsabilidad del inculpado, y que por ninguna causa podrán juzgar o condenar por presunciones

² Código Orgánico Integral Penal. Suplemento. Registro Oficial N° 180. Lunes 10 de febrero del 2014. Pag 72.

UNIDAD I

EL ABUSO SEXUAL

2.2.1.1 El delito de abuso sexual

Al hablar del delito de abuso sexual, al ser una nueva figura que reemplazo al delito de atentado al pudor, es considerado como todo acto sexual sin que exista copula carnal sobre la víctima, siendo los más comunes dentro del núcleo familiar o entre personas cercanas y/o conocidas.

Tomando como antecedente respecto al delito de abuso sexual, se establece que tiene ciertas características del delito de atentado al pudor que se venía aplicando y se mantenía en nuestra antigua legislación penal hasta el 09 de agosto del 2014 en que estaba vigente el Código Penal, con relación a este tipo de delito, en el Art: 504. 1, en lo pertinente a la sanción por obligar a realizar actos sexuales sin acceso carnal, el derogado Código Penal determinaba que: “Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarlo a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal”³.

Frente a la cual, a partir del 10 de agosto del 2014, al ser el Código Penal reemplazo por Código Orgánico Integral Penal (COIP), con la vigencia de esta nueva normativa en materia penal, surgieron varios cambios en la administración de justicia, además que aparecieron nuevos tipos penales y entre ellos el delito de abuso sexual determinada en el art: 170 que establece: “La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años”⁴.

³ Código Penal-Suplemento del Registro Oficial N° 147 del 22 de Enero de 1971. Actualizado a Agosto del 2013. Pag 220.

⁴ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 28.

Tomando en cuenta la determinación de estas dos normas, se verifica que el COIP hace una descripción más amplia frente al Código Penal, respecto a quienes están inmersos dentro de esta figura típica para ser considerado sujeto pasivo o víctima, razón de que el Código Penal reconoce que la víctima solo puede ser una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, mientras que el Código Orgánico Integral Penal, señala a la ejecución del hecho como un acto contra la voluntad de otra persona, donde no se establece un límite de edad de la persona para ser víctima, por cuanto la minoría de edad y la discapacidad lo toma como agravantes para la imposición de la pena. De allí que tanto en el delito de atentado al pudor, como en el delito de abuso sexual no existe el acceso carnal.

Desde este punto de vista, para que se constituya el delito de abuso sexual no es necesario que haya penetración o acceso carnal, sino que, se caracteriza por la ejecución de un simple acto de naturaleza sexual del sujeto activo hacia su víctima que puede ser cualquier persona.

Por tanto, en este delito al no ser necesario la penetración o acceso carnal para que sea considerado como infracción penal, el delito de abuso sexual consiste en todos aquellos actos sexuales que atentan contra la integridad sexual y el pudor de la víctima, ejecutados sobre otra persona de uno u otro sexo, principalmente niños, niñas y adolescentes mediante violencia efectiva o presunta, con exclusión del coito.

2.2.1.2 Definición doctrinaria

En relación al delito de abuso sexual, el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México UNAM manifiesta que: “Este delito antes llamado atentado al pudor o “abuso deshonesto” implica, como todo delito contra la honestidad que se constituyan sobre acciones distintas, pero en todas ellas el acceso carnal queda explícita o implícitamente excluida. Se destaca la ausencia del coito y menciona que se describe como ejecutor de un “acto sexual”, es decir, de contenido sexual, impúdico, sin llegar al coito en una

persona (de uno u otro sexo) sin su consentimiento, u obligarla a observar dicho acto o a ejecutarlo”⁵.

La Dra. Smirnova Calderón, en un artículo publicado en la Revista Judicial de la página web (derechoecudor.com) define al abuso sexual como: “la participación del menor en actividades sexuales para las cuales no está preparado y por lo tanto no puede dar consentimiento. El abuso sexual no necesariamente implica relación sexual o la fuerza física, en muchos casos los niños y las niñas pueden ser sobornados(as), presionados(as) o amenazados(as) verbalmente para que realicen actos sexuales”⁶.

Para motivos de estudio trataremos de dar una definición propia, entendiéndose como tal, toda clase de actividad sexual que es provocada por el sujeto activo del delito hacia sus víctimas, sin tomar en cuenta la edad y sexo de quien la provoca.

Para esclarecer mejor el asunto, vamos ejemplarizar de esta manera

El manoseo como vulgarmente se lo conoce es un acto de abuso sexual que puede ser proferido por una persona mayor a una menor, o la mala utilización de los genitales sin consentimiento de la víctima y sin ser necesaria la penetración.

De esto, también se puede decir que el abuso sexual, es la manipulación del cuerpo de la víctima, consistentes en actos de carácter sexual, sin el consentimiento de la víctima, en este sentido también se considera como abuso sexual a la acción de obligar a la víctima a presenciar u observar aquellos actos de naturaleza sexual, o a ejecutar determinadas actividades que tengan relación directamente con el sexo.

Lo que debe quedar claro es que cualquier acto sexual sin consentimiento de la víctima, constituye el delito de abuso sexual. Sin que haya acceso carnal.

⁵ biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3139/6.pdf. Pag 196.

⁶ www.derechoecudor.com/.../derechopenal/.../abuso-sexual-de-menores.

2.2.1.3 Tipos de abuso sexual

Respecto a las diferentes formas de llevar a cabo la consumación de un delito, refiriéndose específicamente al abuso sexual Liliana Orjuela y Virginia Rodríguez consideran que: “El abuso sexual infantil puede incluir contacto sexual, aunque también actividades sin contacto directo como el exhibicionismo, la exposición de niños o niñas a material pornográfico, el grooming o la utilización o manipulación de niños o niñas para la producción de material visual de contenido sexual”⁷.

Desde este punto de vista, se sostiene que el abuso sexual puede manifestarse de la siguiente manera:

Al existir contacto físico.- Es el acercamiento o contacto físico entre el cuerpo del sujeto activo del delito y el sujeto pasivo o víctima, donde el victimario generalmente adulto, utiliza a niñas, niños y adolescente menores, para estimularse sexualmente el mismo, al menor o a otra persona.

A esto también se refiere la utilización del cuerpo del menor a través de toques, caricias, estimulación de genitales y manoseos, donde para este acto necesariamente debe presentarse el contacto directo entre el abusador y la víctima de abuso sexual.

Sin contacto físico.- Otra manera del cometimiento del delito de abuso sexual es verbal, palabras feas, eróticas, proposiciones indecentes y proposiciones verbales explícitas, que tengan que ver con el sexo.

A este tipo de abuso sexual corresponde la acción de obligar a la víctima a presenciar u observar determinados actos de naturaleza sexual, que puede ser la exhibición del cuerpo, la pornografía y otros.

En sí, todo tipo de abuso sexual es dañino y el trauma que produce no finaliza cuando el abuso se acaba, ya que las secuelas del trauma son para toda la vida.

⁷ Orjuela L Liliana y Rodríguez B Virginia. Violencia Sexual Contra los Niños y Niñas, Abuso y Explotación Sexual Infantil. Editorial Save The Children. España 2012. Pag 24

Muchas personas sostienen que si no ha habido violación no hay abuso, pero eso es falso, el abuso está determinado por la experiencia que ejerce en la víctima en su cuerpo, sus sentimientos, su espíritu. Los actos físicos no siempre son los aspectos más dañinos del abuso.

El papel de la familia es esencial en la recuperación física y emocional del niño o adolescente que ha sufrido abuso. La atención no debe centrarse solo en el cuidado de sus lesiones físicas, si las hubiera, sino que debe ser coordinada entre distintos profesionales, psicólogos, terapeutas etc.

2.2.1.4 Signos de posible abuso sexual

Cuando un niño o adolescente, sufre abuso sexual las secuelas son irreparables, tal como manifiesta las tratadistas Liliana Ojuela y Virginia Rodríguez, siendo los signos o síntomas de haber sufrido este tipo de abuso las siguientes:

“Miedos; Fobias; Síntomas depresivos; Ansiedad. Baja autoestima; Sentimiento de culpa; Estigmatización; Trastorno por estrés postraumático; Ideación y conducta suicida; Autolesiones; Conductas hiperactivas; funcionamiento cognitivo general; Trastorno por déficit de atención con hiperactividad; Menor cantidad de amigos; Menor tiempo de juego con iguales; Elevado aislamiento social; Problemas de sueño (pesadillas); Pérdida del control de esfínteres (enuresis y encopresis); Trastornos de la conducta alimentaria; Quejas somáticas; Conducta sexualizada: Masturbación compulsiva; Imitación de actos sexuales; Uso de vocabulario sexual inapropiado; Curiosidad sexual excesiva; Conductas exhibicionistas; Conformidad compulsiva; Conducta disruptiva y disocial; Hostilidad; Agresividad; Ira y rabia; Trastorno oposicionista desafiante”⁸.

Además, los delitos de agresiones sexuales no únicamente causan perturbaciones físicas y psicológicas en las víctimas, sino también los que sufren un grado de afectación son los familiares, que muchas veces las víctimas por el estado depresivo en que se encuentran incluso han llegado al extremo de quitarse la vida. Como un claro ejemplo se señala el caso de la

⁸ Orjuela L Liliana y Rodríguez B Virginia. Ob.cit. Pag 16, 17 y 18

joven Gabriela Díaz, una adolescente que luchaba por combatir contra todo tipo de abuso sexual conjuntamente con su madre, quien había fallecido por un suicidio el 30 de julio del 2013, luego de haber sido agredida sexualmente por dos sujetos, hecho que alarmo a gran parte de los habitantes de la ciudad de Riobamba especialmente mujeres, proceso que se sustancio en la fiscalía de Chimborazo y en la Unidad Judicial Penal del cantón Riobamba, y el abogado defensor de la ofendida madre de la víctima occisa fue el Dr. Stalin Aldás docente de la Universidad de Chimborazo, donde aproximadamente después de un año y medio de proceso el 16 de enero del 2015 el Tribunal de Garantías Penales de Riobamba condenan a estos dos sujetos para 12 y 16 años de prisión .

Referente a estos hechos, Cristina Marque en un artículo publicado el 19 de enero del 2015 en la página web del diario El Comercio, haciendo mención a la psicóloga educativa Catalina Zurita señala que: “el temor y la vergüenza después de una violación sexual son conductas recurrentes en las víctimas, especialmente cuando se trata de menores de edad, las mujeres agredidas sufren depresión y prefieren guardar silencio, esto ocurre porque la sociedad estigmatiza a las víctimas de violencia sexual. Es importante que los padres dialoguen con sus hijos y desarrollen lazos de confianza, así habrá más denuncias y menos delitos quedarán impunes”⁹

La recomendación en la presente investigación, es que los padres deben no solo hacer control de salud del cuerpo a sus hijos, también incluir un control psicológico con profesionales especializados para determinar cómo se encuentra su salud mental.

2.2.1.5 Análisis del delito de abuso sexual.

Al hablar de abuso sexual de un niño, niña o adolescente por un adulto de más edad, se refiere al acto en que interviene el menor de manera involuntaria, en la ejecución de actos de carácter sexual u objeto de manipulación físico sexual que inciten al sexo.

⁹ <http://www.elcomercio.com/actualidad/riobamba-investigacion-violaciones-gaby-diaz.html>.

El fenómeno de abuso sexual, no es algo nuevo que ha surgido en el contexto actual, sino que históricamente la sociedad desde la antigüedad ha desarrollado un grado de depravación mental y sexual desmedida, que han corrompido las buenas costumbres referente a las relación humanas y personales, circunstancias en las cuales los niños, niñas, adolescentes y mujeres eran considerados como objetos sexuales, donde este grupo social no eran valorados como seres humanos con derechos.

Según datos publicados por la UNICEF conjuntamente con la Fiscalía General de la Nación Uruguay señalan que; “en Grecia y Roma, los jóvenes eran utilizados como objetos sexuales por hombres mayores; incluso podían ser alquilados para llevar adelante prácticas sexuales. Era común la castración de los niños para llevarlos a burdeles. Si bien la mayoría de los documentos consultados por De Mause sugieren que los abusos sexuales se daban con mayores de 11 o 12 años, el autor considera altamente probable que niños menores de esa edad también fueran objeto de la manipulación sexual por parte de maestros y pedagogos”¹⁰.

Además, especialmente los niños en la edad media, para las culturas en ese entonces eran considerados impuros, donde previo ser tratados como parte dentro de un contexto social, debían pasar previamente por un proceso de purificación, razón de que en aquellas épocas era normal los maltratos físicos sexuales y tratos crueles e inhumanos a los niños y adolescentes, y que eso era parte de la crianza y educación. Es en estas circunstancias donde aparece el cristianismo que contribuyo en la defensa de la dignidad humana de los niños, niñas adolescentes y mujeres, mismos que sostenían que los niños en especial por el mismo hecho de que a sus edades tempranas no habiendo desarrollado aún física y psicológicamente, no pueden ser considerados impuros, y manifestaron que más bien los menores gozan de inocencia en lo que tiene que ver con los placeres sexuales.

Posteriormente en el renacimiento siglo XVII, a pesar de todo aquello, se concebía que era obligación del niño acceder a las relaciones sexuales con un

¹⁰ http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf. Pag 14

adulto, En el siglo XVIII, aprese el castigo a los niños por la masturbación que según la historia aparece que esto inclusive lo trataban con la intervención quirúrgica, práctica que se han mantenido hasta 1925; se dice que en el periodo entre los siglos XVII y XVIII, se desarrollaron algunas tendencias en defensa de los maltratos físicos y sexuales a los menores, pero luego de un lapso considerable de tiempo se instituye en el siglo XX, la Declaración de los Derechos de los Niños en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

En este sentido la misma UNICEF y la Fiscalía General de la Nación Uruguay en su publicación manifiesta que; “la historia de la violencia hacia la infancia es antigua y moderna a la vez: antigua si seguimos sus rastros hacia atrás, pero moderna si la pensamos en términos de la categorización concreta del problema”¹¹.

2.2.1.6 El abuso sexual en el núcleo familiar.

El abuso sexual en el núcleo familiar es el más común, ya que los estadistas así lo afirman, pero es claro también que existe mucha impunidad ya que la mayoría de abusos sexuales familiares quedan en la total impunidad, razón de que por la intimidación del sujeto activo del delito hacia su víctima, que en este caso sería un miembro del núcleo familiar nunca se llega a la denuncia y menos al inicio del proceso penal.

Un dato importante encontramos con relación a las agresiones a los menores en el Ecuador, artículo que fue publicada por Javier Ortega el 11 de octubre del 2015 en la página de web del diario (El Comercio), en la cual señala: “El 98% de las agresiones sexuales se da en el entorno familiar. Lo dice la Fiscalía. En la Fundación Laura Vicuña corroboran esos datos. En esa casa de protección hay 31 niñas. El 95% de menores que pasa por ahí es porque padres, hermanos u otros parientes abusaron de ellas. El 5% es por violencia psicológica y física. Las pequeñas llegan retraídas, con heridas en la zona genital o con infecciones”¹².

¹¹ http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf. Ob.cit. Pag 15.

¹² <http://www.elcomercio.com/actualidad/alarma-abusossexuales-menores-ecuador-violencia.html>.

Adicionalmente, en la misma publicación Javier Ortega haciendo mención lo dicho por el Teniente Luis Cáceres miembro de la DINAPEN respecto a una menor que había sido abusada en la ciudad de Quito manifiesta que: “El perfil de los sospechosos siempre es el mismo: hombres con alteración en la psique y que saben ocultar sus intenciones. Tienen un hogar, con mujer e hijos, como en el caso del detenido que abusó de Danny. O aquellos hombres que fueron abusados en la infancia y repiten, en la adultez, ese comportamiento violento. Lo hacen, según Cáceres, porque lo ven como una conducta normal”¹³.

En este sentido la autora Española Marta Aguilar Cáceres considera también que: “Cualquier acción de un familiar que involucre a un menor en actividades de índole sexual. Dentro de este grupo diferenciamos las acciones que incluyen contacto físico de aquellas otras que carecen de este elemento. Dentro de esta tipología se citan el incesto (familiares cercanos), estimulación sexual (tocamientos, masturbación), vejaciones, violación, exhibicionismo, explotación sexual (pornografía infantil, prostitución), etc”¹⁴.

Además se considera también la complicidad que existe en el núcleo familiar, por cuanto las madres de las víctimas, para esconder el escándalo no denuncian a sus propios maridos y da lugar a la complicidad y a la impunidad en esta clase de delitos

2.2.1.7 El sujeto activo del delito.

Sujeto activo es la persona física que comete el delito, llamado también; delincuente, agente o criminal, será siempre una persona física, independientemente del sexo, edad y en el casos de minoría de edad da lugar a la inimputabilidad. Por consiguiente cada tipo (descripción legal de un delito) señala las calidades o caracteres especiales que se requieren para ser sujeto activo.

En el caso de Ecuador con el COIP se ha incluido a más de las personas naturales, la responsabilidad penal de las personas jurídicas que pueden llegar

¹³ <http://www.elcomercio.com/actualidad/alarma-abusossexuales-menores-ecuador-violencia.html>. Ob.cit.

¹⁴ Aguilar Cáceres Marta María-Revista Abuso Sexual en la Infancia-Entidad Editora Universidad de Murcia 2009-Pag 214.

a ser sujetos activos de delitos como tal, esto lo encontramos establecida en el Art 49, que dice textualmente: “En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas nacionales o extranjeras de derecho privado son penalmente responsables por los delitos cometidos para beneficio propio o de sus asociados, por la acción u omisión de quienes ejercen su propiedad o control, sus órganos de gobierno o administración, apoderadas o apoderados, mandatarias o mandatarios, representantes legales o convencionales, agentes, operadoras u operadores, factores, delegadas o delegados, terceros que contractualmente o no, se inmiscuyen en una actividad de gestión, ejecutivos principales o quienes cumplan actividades de administración, dirección y supervisión y, en general, por quienes actúen bajo órdenes o instrucciones de las personas naturales citadas”¹⁵. En tanto que, las personas jurídicas, a diferencia de las personas naturales, gozan de un tratamiento diferente en cuanto a la imposición de las penas, ya que en ningún momento podrán ser objeto de una pena privativa de libertad, el mismo artículo 58 del COIP establece tres clases de penas que son penas privativas de libertad, no privativa de libertad y restrictiva de derechos, desde este punto de vista se exceptúa la pena privativa de libertad para las personas jurídicas.

En sí, entendiéndose que el sujeto activo o agente del delito es la persona que realiza la figura típica, en este caso es la persona que comete el delito de abuso sexual, determinado en el Art: 170 del COIP. Tratándose de un delito de carácter sexual específicamente el sujeto activo de manera particular para estos delitos siempre será una persona natural, donde como consecuencia de la manifestación del delito como resultado de una acción de conducta delictiva, se apertura el proceso penal en contra del presunto autor del delito o sujeto activo.

Al respecto, el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra Derecho Penal Parte General manifiesta que: “Comprobada la existencia de un delito, corresponde requerir de la agencia judicial la habilitación del ejercicio de cierto poder punitivo sobre la persona identificada como su sujeto activo. Frente a este requerimiento, la agencia tiene la posibilidad de proporcionar una respuesta

¹⁵ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit-Pag 13.

punitiva (posibilidad de responder o responsabilidad). Al responder con la habilitación del poder punitivo, la agencia judicial se hace responsable por la criminalización del agente”¹⁶.

2.2.1.8 Clase de sujeto activo del delito

El sujeto activo del delito, como persona humana, se ha clasificado en:

Autor material: es el que por sí mismo ejecuta los actos externos descritos por la ley, como elementos del delito.

Coautor: es quien en unión de otros autores responsables, ejecuta el delito, realizando conductas señaladas en la descripción penal. Es una forma de participación en el delito; el coautor es responsable de su acción, no depende de otro.

Autor intelectual: el autor intelectual va a inducir a otro a ejecutar la comisión de un hecho delictivo, mediante la inducción.

Autor mediato: es aquel que está próximo a la persona empleada para cometer el delito, en tiempo, lugar o grado.

Cómplice: realiza acciones secundarias encaminadas a la perpetración del hecho delictivo; puede participar moralmente, instruyendo al autor material, la forma de ejecutar el delito, interviene en la ejecución del hecho delictivo con actos ajenos a la descripción legal.

En comparación con la descripción hecho en los párrafos anteriores en el Art 41 del COIP encontramos una clasificación que legalmente nuestra legislación reconoce al sujeto activo del delito y dice al respecto: “Las personas participan en la infracción como autores o cómplices. Las circunstancias o condiciones que limitan o agravan la responsabilidad penal de una autora, de un autor o cómplice no influyen en la situación jurídica de los demás partícipes en la infracción penal”¹⁷. De manera que con el antiguo Código Penal vigente hasta el 10 de agosto del 2014, se denominaba responsable de las infracciones a los

¹⁶ Zaffaroni Eugeni Raúl. Derecho Penal Parte General. 2^{da} Edición-Editorial Copyright hy Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires 2002. Pag 875.

¹⁷ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit--Pag 12.

autores, cómplices y encubridores que se encontraba establecido en el artículo 41 de la mencionada Ley, donde evidentemente con la legislación penal vigente se ha suprimido de la Ley la calidad de encubridor.

2.2.1.9 Estudio Criminológico del sujeto activo del delito

Antes de empezar el estudio criminológico del sujeto activo hay que distinguir dos terminologías como se indica a continuación:

Criminal es el sujeto que comete un crimen o un quebrantamiento a las reglas sociales. El delincuente es el sujeto activo de la infracción penal.

Básicamente, la criminología tiene su fundamento en el desarrollo de las teorías de Cesar Lombroso, quien en su época hizo una descripción a diferentes tipos de delincuentes, y consideraba además que gran partes de estos tipos de fenómenos delincuenciales surge de ciertos rasgos de carácter hereditarios y regresivo, donde hacia comparaciones con animales, plantas y civilizaciones antiguas y nómadas, de allí que decía que los delincuentes tiene dentro de su personalidad un grado de salvajismo que los llevaba actuar de manera degenerativa, en base a la cual, su teoría parte de dos hipótesis que comprenden, la primera a la hipótesis morbosa y la segunda a la meteórica.

En la hipótesis morbosa sostenía que el delincuente es un ser patológico, enfermo o anormal, esta hipótesis la sustententaba con el caso Verzeni, un personaje homicida que le confesó haber asesinado a muchas mujeres, y que se complacía observar la muerte de una mujer, que posteriormente el cadáver lo guardaba y se lo comía. Y en la segunda hipótesis que es la meteórica Lombroso decía que ciertos delincuentes tienen una influencia de astros, meteoros en la mente humana.

Al respecto, Edgardo Alberto Donna en su obra sobre Teoría del Delito y de la Pena: señala que: “LOMBROSO. En 1876, con su estudio antropológico experimental del hombre delincuente, marcó el origen de la criminología científica. Sin embargo, la aportación principal de Lombroso a la criminología, de la cual no podrá despegarse, está, sin duda, en el método utilizado, que fue el empírico. Su teoría del delincuente nato fue formulada a la vista de los

resultados de más de cuatrocientas autopsias de delincuentes y seis mil análisis de delincuentes vivos. La teoría del atavismo, que caracteriza al delincuente, contó con un estudio minucioso de veinticinco mil reclusos de las cárceles europeas”¹⁸, de allí que Lombroso visitando cárceles se dio cuenta que existían muchos sentenciados que no estaban más que locos y locos delincuentes.

Desde este punto de vista, distingue dos tipos de criminalidad, una atávica, que corresponde a los verdaderos criminales, aquellos fatalmente predispuestos al crimen y por otro lado una criminalidad evolutiva, esta criminalidad evolutiva no es propiamente delincuente, se refiere a la falta la resistencia a las tentaciones ambientales.

Entonces se dice, que la criminalidad es el resultado de factores, la naturaleza aporta el producto y la sociedad el molde adecuado, tal como se había dicho anteriormente Lombroso hace énfasis en las condiciones meteorológicas, la raza, factores educativos y económicos, en lo referente a la clase social se da la criminalidad violenta en las áreas más bajas de la sociedad, mientras que los delitos de fraude son propios de las clases adaptadas.

Consideran que para Lombroso la pena es lo contrario a la retribución y a la venganza, el fin de la pena es proteger el orden social y en casos extremos, puede aplicarse la pena de muerte.

La más destacada clasificación de criminales es la de Lombroso el cual los clasifica con sus diferentes características en:

a) Delincuente nato

Corresponde a una fuerte carga biológica que lo hace definir como un ser atávico, es decir, un ser cuyo carácter y naturaleza era de los antepasados del hombre o la de los seres prehumanos, por lo que el delincuente nato era sin duda un sujeto diferente del ciudadano normal.

¹⁸ Donna Edgardo Alberto-Teoría del Delito y de la Pena. Editorial Astrea. 2^{da} Edición. Buenos Aires 1996. Pag 23.

Entre las características antropológicas, psicológicas y sociales Wael Hikal señala lo siguiente:

- “1. Frente diviza.
2. Cinismo.
3. Gran desarrollo de los pómulos.
4. Vanidad.
5. Gran ilosidad.
6. Crueldad.
7. Orejas en forma de asa.
8. Afán vengativo.
9. Insensibilidad al dolor.
10. Impulsividad.
11. Insensibilidad al color.
12. Tendencia al fuego.
13. Frecuente noncinismo.
14. Tendencia a las orgías.
15. Mayor robustez de los miembros izquierdos
16. Uso frecuente del argot.
17. Insensibilidad afectiva.
18. Tatuajes obscenos.
19. Falta de remordimientos”¹⁹.

b) Delincuente loco moral

Constituyen este grupo, según Lombroso: a maniáticos, melancólicos, dementes, personalidades delirantes, idiotas, imbéciles. Algunos presentan rasgos similares a los criminales natos, incluso más exagerados. Otros, en cambio, no presentan anomalías anatómicas visibles, entre sus características tenemos:

- 1.- Son muy hábiles para simular locura.
- 2.- Tienen carácter inestable, pueden estar tranquilos y luego acelerarse.
- 3.- Precocidad sexual que después se transforma en impotencia.

¹⁹ Introducción al estudio de la criminología Wael Hikal 2009_Pdf. Pag 36.

- 4.- No puede convivir en familia, se manejan con odio ante todo.
- 5.- Inteligencia natural intacta.
- 6.- Suele ser delincuente desde la infancia a la pubertad; y
- 7.- Presentan falta de interés hacia el trabajo.

c) Delincuente epiléptico

El mismo Cesar Lombroso, en su tratado denominado Los Criminales presenta que: “La serie de casos de epilepsia disfrazada, con conciencia casi perfecta, ha sido completada por los estudios genealógicos de familias epilépticas, y por la filiación (Marro) de criminales, tísicos y parientes viejos (Marro)”²⁰.

A tal efecto, la acción o comportamiento del delincuente epiléptico tiene conexidad con la locura moral que lleva a una exageración en los límites del comportamiento del ser humano de manera violenta y agresiva, que llevarían a cometer delitos gravísimos.

Algunas características a continuación:

- 1.- Tendencia a la vagancia.
- 2.- Amor a los animales.
- 3.- Sonambulismo.
- 4.- Precocidad sexual y alcohólica.
- 5.- Perversión sexual (masturbación, homosexualismo y depravación).
- 6.- Destructividad, canibalismo.
- 7.- Doble personalidad al escribir.
- 8.- Palabras o frases especiales.
- 9.- Tendencia al suicidio (simularlo o verdaderamente cometerlo).
- 10.- Simulación de locura.
- 11.- Cambian de humor constantemente y
- 12.- Amnesia.

d) Delincuente loco: alcohólico, el histérico y el mattoide

²⁰ Lombroso Cesar. Los Criminales. Traducción DEI. Editorial Presa. Barcelona. Pag 69.

Delincuente alcohólico: delinquen para poder beber y muchos delincuentes requieren del alcohol para tener valor de actuar, lo peor es que esas actitudes dejan de herencia a sus hijos por simple observación.

Las características son las siguientes:

- 1.- No presentan preocupación por el estado en el que se ponen.
- 2.- Presenta indiferencia.
- 3.- Se alteran fácilmente, actúan violentamente.
- 4.- El estado de ebriedad estimula a las pasiones, al sexo, despeja la mente de preocupaciones, quita la vergüenza.
- 5.- La mayoría de los delitos se cometen en estado casi inconsciente.
- 6.- Tienden a ser graciosos o que todo les causa gracia.
- 7.- Amnesia.
- 8.- Tienden al suicidio.

Delincuente histérico: se le denomina así por la especialidad en el delito. Las características son:

- 1.- Es más común entre mujeres que en los hombres
- 2.- Son egoístas, tienden a complacerse, lo que produce escandalo
- 3.- Voluntad inestable
- 4.- Se involucran en escándalos
- 5.- Mienten sobre la razón en un alto grado
- 6.- Tienden a la sensualidad (la criminalidad histérica se desarrolla alrededor del sexo)
- 7.- Tienden al suicidio, pero no siempre lo cometen

Delincuente mattoide: viene siendo un sujeto que no está loco. Sus características son:

- 1.- Escasean entre las mujeres
- 2.- Son raros en la edad juvenil
- 3.- Tienen muy pocas formas degenerativas y pocas anomalías en la fisonomía del cuerpo
- 4.- Son muy ordenados y correctos

- 5.- Suplen una gran inteligencia por una notable laboriosidad
- 6.- Se caracterizan psicológicamente por una autofascinación por los méritos y tienden a la vanidad
- 7.- Sus crímenes son impulsivos, generalmente cometidos en público
- 8.- Tiene delirio persecutorio
- 9.- Les encanta defender a la gente

e) Delincuente ocasional

Los delincuentes ocasionales están catalogados como enmendables, de mínima peligrosidad, con un tratamiento adecuado pueden volver a tener una conducta normal. No tienen voluntad de delinquir y se trata de un comportamiento normal: se presenta una oportunidad de delinquir, lo hacen, y vuelven a la normalidad.

Para Wael Hikal en su tratado titulado, Introducción al Estudio de la Criminología, señala que el delincuente ocasional; “no es aquel que busque la ocasión para delinquir, es aquel que se siente atraído por el delito, o bien cae en el delito por razones insignificantes”²¹.

Lombroso los divide en: pseudocriminales, criminaloides y habituales.

Pseudocriminales: están constituidos por los que cometen delitos involuntarios y no parecen malhechores ante la sociedad, los autores de delitos en los que no existe alguna perversidad que no causan daño a la sociedad pero son considerados ante la ley como tales, como los culpables de incendios, lesiones, riñas, defender el honor, etc.

Criminaloides: aquellos que son llevados por factores exógenos, sean estos sociales, ambientales u otros criminales, que delinquen cuando haya una oportunidad de delinquir y no presentan anomalías en sus rasgos físicos.

Delincuente habitual: aquellos que no han sido correctamente educados, les ha hecho falta la educación y por la falta de la misma desde muy jóvenes desarrollan conductas criminales llegando hacerse profesionales en el ámbito

²¹ Introducción al estudio de la criminología Wael Hikal 2009_Pdf. Ob.cit. Pag 37.

de la criminalidad, en ellos se ve influenciado factores sociales como la educación, pobreza e ignorancia.

f) Delincuente pasional

Wael Hikal, de igual manera sostiene que; “el delincuente pasional es aquel que comete el delito teniendo como origen la dolencia de alguna pasión”²².

Sin embargo, el apasionado no es un ser normal, ya que se conduce por violentas emociones que pueden desencadenar en el individuo alteraciones momentáneas de la conducta social, que normalmente libre de ese estado afectivo intenso el individuo sería incapaz de realizar actos delictivos.

Las características de este individuo son:

- 1.- Edades entre 20 y 30 años
- 2.- Lo cometen en mayor parte los hombres que las mujeres
- 3.- Cráneo sin datos patológicos
- 4.- Afectividad exagerada
- 5.- Impulsividad en el delito
- 6.- Conmoción después del delito
- 7.- Suicidio o tentativa después del delito.

g) La mujer delincuente

El tema de la criminalidad femenina ha sido poco tratado, incluso el estudio de la mujer en general ha sido olvidado, la clasificación de la mujer delincuente se debe a la especialidad en sus delitos pues en su mayoría están por lesiones y por delitos contra la salud, conductas histriónicas por ser teatrales, manipuladoras, mentirosas.

Lombroso llegó a la conclusión que entre las prostitutas, el tipo de delincuente nato es el más difundido y frecuente. La prostituta es la representación genuina de la criminalidad, ya que a la prostituta le falta sentido maternal en cuanto a que la mujer es la base de la familia, de las reglas y encargada de llevar por buen camino a los hijos.

²² Introducción al estudio de la criminología Wael Hikal 2009_Pdf. Ob.cit. Pag 37.

Las causas que llevan a la mujer a prostituirse son principalmente: la frigidez y el atavismo, aunque no son las únicas pues a estas se suman la ociosidad, la poca inclinación al trabajo, la despreocupación, la codicia, la locura moral, etc.

En sí, la criminología tuvo su impulso con el desarrollo de la Sociología Criminal de Enrico Ferris (1856-2929), quien haciendo mención a algunos tipos delincuenciales, considera que se presentan en las personas anomalías de tipo evolutivo e involutivo. Los evolutivos son los de espíritus dinámicos, emprendedores, además dentro de este grupo se ubican a los científicos modernos, grandes filósofos, líderes religiosos que llevan en muchos casos a romper las reglas sociales; mientras que las anomalías involutivas son de rango peligro como asesinos, violadores, ladrones y algunos emprendedores que utilizan medios violentos.

Además junto a Ferris, surge la teoría de Criminología y Derecho Penal con la figura de Rafael Garofalo (1885), quien decía que la criminología ha de ser la lucha contra la delincuencia y no contra el delincuente, y que a la sociedad le corresponde defenderse contra este fenómeno que es la delincuencia, mismo que aceptaba que las penas pueden ser la pena de muerte, cadena perpetua y trabajos en colonias agrícolas.

2.2.1.10 La obtención del testimonio del menor

Siendo el testimonio de los menores víctimas un elemento con el que se inicia un proceso penal, se indica que esta diligencia debe ser receptado con atención y cuidado frente a lo que se está relatando, y cuyo informe pericial del profesional sea sin ningún tipo de prejuicios, apegados a la realidad de los dicho lo más exacto posible, por ello Josep Romo Juárez López manifiesta que: “Es muy importante advertir que la función del psicólogo en el ámbito forense no es llegar a conclusiones respecto a la sentencia, sino facilitar los conocimientos especializados para que sea el juez o el jurado quien las elabore”²³.

²³ www.buentrato.cl/pdf/est_inv/maltra/mi_juarez.pdf. Pag 32 y 33.

Por ello, para efecto de la obtención del testimonio se considera dos formas que generalmente se aplican:

Recuperación narrativa.

Es en el que simplemente se pide al testigo que cuente qué sucedió. En términos de tareas de memoria se pide que realice una tarea de recuerdo libre: que sin limitación alguna y sin interrupciones cuente todo lo que recuerde, de la forma que prefiera, en relación a este enunciado el Dr. Fabián Pavón en su texto denominado Psicología Jurídica y Psiquiatría Forense indica. "Narrativa o espontánea, se pide al sujeto que narre los hechos de los que ha sido testigo y los relate ordenadamente. Por razones de inestabilidad psíquica y otros factores, el testigo recorta lo dicho, pero olvida detalles que el interrogador debe precisar en preguntas una vez terminada la exposición."²⁴.

Esta forma de recepción del testimonio tiene dos puntos de vista, la primera ayuda a que la información en el testimonio sea más exacto, pero por otro lado el corre el riesgo que la información sea mínima que no contribuye para esclarecer la existencia de la infracción.

Recuperación interrogativa.

El formato interrogativo consiste en realizar una serie de preguntas a los testigos que previamente han sido elaboradas formando el guion del interrogatorio, que puede ser implícito o explícito. En términos de tareas de memoria se pide al testigo que realice una tarea de recuerdo dirigido, recuerdo con indicios o reconocimiento, de igual forma en la misma obra el Dr. Fabián Pavón señala que: "Forma interrogativa, se solicita al sujeto la descripción de un daño concreto ¿Cómo era el arma?. Esta aporta más detalles, pero existe la posibilidad de cometer más errores"²⁵.

Así mismo, el formato interrogatorio se caracteriza por tener una ventaja y una desventaja, la ventaja es que a diferencia del formato narrativo este ayuda a obtener mayor información de elementos que determinen la existencia de la

²⁴ Pavón Fabián Mesías. Psicología Jurídica y Psiquiatría Forense-Editorial Facso. Quito Ecuador 2006. Pag 168.

²⁵ Pavón Fabián Mesías. Ob.cit. Pag 168.

infracción; pero la desventaja es que tal información no contenga la realidad de las circunstancias de los hechos.

2.2.1.11 Análisis del contenido del testimonio de la víctima

Una vez que se ha realizado la entrevista con el menor se procederá a su análisis de las declaraciones de los testigos, pero esto no nos permite decir nada sobre la exactitud o veracidad de las declaraciones, sino únicamente sobre la credibilidad de las mismas.

Esto es, si las declaraciones cumplen con una serie de criterios que la investigación ha mostrado que están asociados a relatos de sucesos que han ocurrido en la realidad, y que han sido percibidos por los testigos. Por cuanto este análisis se basa en los relatos de un suceso que ha sido percibido por la víctima o testigo, donde se pretende diferenciar los relatos de un suceso que no ha sido percibido, o ha sido generado como por ejemplo por fantasías, sueños, pensamientos, etc. es decir, se trata de establecer si el testimonio tiene un origen real o un suceso irreal.

Así por ejemplo, el hecho de que los testigos hayan contado en varias ocasiones lo sucedido, y que haya pasado un cierto tiempo desde que ocurrió, y además hayan pensado sobre lo que iban a contar cuando fueran preguntados por el suceso, y que cuando fueran preguntados se les sugiriera cierta información que no correspondía con lo ocurrido, etc. son factores que llevan a una internalización de los relatos, es decir a que presenten características propias de los relatos de origen interno o auto-generados. En estas diferencias entre relatos de origen real y relatos auto-generados, se basa también en una técnica que se ha desarrollado en Alemania a lo largo de las últimas tres décadas a través de la práctica diaria en el análisis de declaraciones. Esta técnica se denomina S.R.A. (Statement Reality Analysis) (Undeutsch, 1989; Steller, 1989), Análisis de la Realidad de las Declaraciones sería su traducción literal, y en base a esto según Josep Romo Juárez López considera que; “el análisis de la declaración se realiza en función de los criterios aplicados al contenido, los llamados criterios de realidad. Para estos

autores, los criterios del contenido son equivalentes a los criterios de realidad”²⁶.

La utilidad de la técnica de SRA en el análisis de declaraciones se ha mostrado durante años en distintos países por donde se ha extendido su uso, pero su aplicación se limita únicamente a las declaraciones de abusos sexuales. El porqué de esta limitación tiene su origen en los fundamentos básicos del análisis. Como dijimos anteriormente la técnica analiza las manifestaciones del menor víctima de abusos sexuales en términos de cuánto se ajustan a un hecho real, y no a una fantasía o a una sugerencia procedente de otras personas. A diferencia de algunos análisis clínicos, el análisis de credibilidad requiere una familiarización previa del experto con todos los aspectos del caso a examen.

En cuanto al propio análisis de credibilidad de la declaración, éste se basa en el supuesto general de que existen diferencias entre las declaraciones sobre hechos reales y las que son producto de la fantasía o de sugerencias de otras personas, esto es, declaraciones sobre algo irreal. Basándose en esas diferencias, el análisis de credibilidad emplea un conjunto de criterios de contenido cuya presencia en la declaración se considera como indicador de que la declaración es producto de un hecho experimentado por el menor y no de la fantasía o de la sugestión.

Por otro lado, es necesario indicar que el análisis de credibilidad se ocupa de evaluar el grado de realidad de la declaración, pero un resultado negativo no indica necesariamente falsedad en la misma, esto es, no es un análisis de detección de mentiras. No se trata, por tanto, de establecer la verdad o mentira de la declaración, sino únicamente de analizar si cumple con algunos criterios, establecidos por la investigación psicológica, cuya presencia indica una probabilidad alta de corresponder a un hecho real.

2.2.1.12 Verdad o mentira en el testimonio de la víctima de abuso sexual

²⁶ www.buentrato.cl/pdf/est_inv/maltra/mi_juarez.pdf. Ob.cit. Pag 49.

Par que sea real el testimonio de la víctima o testigo, según José L Caffereta Nores, en el texto sobre la Prueba en el Proceso Penal sostiene que: El conocimiento que pueda tener el testigo sobre los hechos investigados deberá haberlo adquirido antes de ser llamado y por percepción sensorial: expresará lo que vio, oyó, olió, gustó o tocó. En cambio, si previo encargo judicial refiere conclusiones a las cuales ha llegado por sus conocimientos científicos, técnicos o artísticos, no se tratará propiamente de un testigo, sino más bien de un perito²⁷.

Desde esta perspectiva, para que el testimonio de la víctima sea creíble y considerada como tal, es necesario tratar de verificar con otros medios de prueba que evidencien en realidad si la víctima estaba involucrado pasivamente en la ejecución del hecho delictual, ya que el testimonio a decir no debe ser premeditado u objeto de sugestión de una tercera persona, donde dicho testimonio debe contener la realidad que pudo experimentar o sentir la víctima de agresión sexual. Es en este sentido, se ha verificado que hasta la actualidad no existe un sistema o instrumento detector de mentiras, por lo que se estima que frente a tal situación, en casos de abuso sexual, el testimonio debe ser tratada cuidadosamente, de ser necesario buscando otros medio que acrediten los dichos en el testimonio.

Por otro lado, la creencia en la incapacidad del niño para inventar una compleja relación sexual y la aparición de conductas asociadas, serían los rasgos más importantes. Sin embargo, a estos rasgos se les puede hacer una importante crítica, ya que ciertas evidencias son ambiguas o tiene un cierto sesgo, como por ejemplo los resultados del polígrafo; mientras que por otra parte, tanto el denunciado se encuentre implicada en casos de disputa por custodia o visitas, como la persona que denuncia presente problemas mentales o de personalidad, no tiene por qué ir asociado a la imposibilidad de abuso.

Es más, estos últimos rasgos pueden ser el efecto de una situación familiar de abuso y maltrato, más que la causa de una denuncia falsa. Respecto a los rasgos de verdad, la creencia en la incapacidad del niño para inventar un

²⁷ Cafferata Nores José L. La Prueba en el Proceso Penal. Editorial Depalma. 3^{ra} Edición. Buenos Aires 1998. Pag 96.

abuso sexual, que dependería del conocimiento que tenga de los que es una relación sexual, debemos considerar que ese conocimiento podría proceder no sólo de una experiencia sino también de otras fuentes, como por ejemplo sugerencias o medios de comunicación. De igual forma, hay que señalar que en muchos casos, los fundamentalmente procedentes de entrevistas llevadas a cabo por profesionales de la psicoterapia, pueden haber encontrado conductas asociadas, que podría llevar a que en dicha entrevista se dé un sesgo confirmatorio que erróneamente tendería a interpretar una declaración como un relato de abuso sexual.

En resumen, hemos visto que los delitos sexuales contra menores son un tipo de delito que, por sus características, implica una difícil valoración. Las técnicas utilizadas tanto desde el punto de vista lego (jurados) como desde el punto de vista experto consistentes en analizar a imputado y víctima (conductas, rasgos de personalidad) podrían tener ciertos problemas o sesgos que llevarían a conclusiones erróneas. Por otro lado, desde un punto de vista legal no pueden hacerse valoraciones de la credibilidad del testigo, sólo de su testimonio, y en todo caso, no puede hablarse de la exactitud o realidad (veracidad) de un relato, competencia que le corresponde al estamento encargado de juzgar un delito, jueces y tribunales de justicia.

UNIDAD II

LA VICTIMOLOGIA

2.2.2.1 Antecedentes de la Victimología

Históricamente, se indica que anteriormente hasta los siglos XIX y parte del siglo XX, las víctimas no han sido dado ningún valor en el ámbito del Derecho Penal dentro los Estados, ya que las diferentes tesorerías, tratados y concepciones que aportaron a la ciencia del Derecho Penal, se vinculaban solamente al estudio del delito, del delincuente y de las penas que tiene que ver con el poder punitivo del Estado, y difícilmente se hablaba de la situación de las víctimas.

Por tal razón, es transcendental conocer y destacar el surgimiento de la victimología como ciencia, precisando que esta es considerada como una disciplina descendiente de la criminología, encargada del estudio científico de las víctimas del delito y el proceso de victimización, mientras que la otra se concentra en el estudio del delincuente. Diferentes estudiosos en la materia reconocen y redactan el surgimiento remiso de la aparición de la victimología, a la falta de reconocimiento para el tratado y atención por la víctima en las ciencias penales.

Así, destacando esa historia de dejar de lado a la víctima e interesarse solo en el delito y el delincuente, encontramos en citas que refieren que mientras que el criminal es estudiado, a la víctima escasamente se le toma en cuenta en el desarrollo y modernización de las ciencias penales; en esto, como antecedente al estudio de la victimología, se considera al personaje Bíblico Abel, quien llega a ser reconocido como la primera víctima, y muere a manos de su propio hermano Caín.

Al respecto autores como Washington Bezantes dice, “la Victimología busca estructurar un concepto más amplio de víctimas, el cual, respetando los postulados básicos del Estado Social de Derecho, garantice la atención integral de todos los protagonistas del suceso criminal y, sin desconocer los derechos

fundamentales de los victimarios, permita adoptar una opción preferencial por las víctimas, especialmente en el proceso penal”²⁸.

Sin embargo una de las explicaciones más interesantes son aquellas que detallan la importancia que indicaba estudiar al que se atreve, al delincuente. Debido a su peligrosidad atreviéndose a violentar la norma legal, reglas de convivencia social y familiar, rompiendo esquemas tradicionales de conservación de la especie, de sentimientos, y sobre todo los mandamientos impuestos por la religión.

La concentración del empleo del método científico de las ciencias naturales por la escuela positiva aplicados a las conductas del hombre, son quienes encaminan la especialización de estudios únicamente del delincuente. Recordando que la verdadera esencia de las escuelas jurídico penales, tiene su enfoque en la prevención, destacando una, su atención sobre el delito (Escuela clásica) y otra sobre el delincuente, situación que puede ser atribuible para justificar el olvido por la víctima y mucho menos el de buscar una ciencia dedicada a esta especialidad.

La escuela clásica se ocupó medianamente del delincuente, sin llegar a concentrarse en él, era necesario normar los aspectos relacionados con legalidad de la imposición de las penas, la proporcionalidad y otras cuestiones más que la de centrar el estudio de atención en la víctima y el delincuente. Para BECCARIA pensador que en su tratado de los delitos y las penas pasan por desapercibido la atención de la víctima, a pesar de ser un texto al que se le atribuye el renacimiento del derecho penal de su época.

En el nacimiento y concentración de la escuela positiva, para Lombroso acaparan la atención de las cuestiones de índole antropológico, antropométrico y psicológico del delincuente, ocupando así su general atención y dedicación al estudio del *Le hommo* (hombre delincuente), aportando en otras obras posteriores a estas que la revolucionaron los estudios científicos aplicados al hombre delincuente, siendo en su tratado sobre “Crímen, Causas y Remedios”,

²⁸ <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/424/7/T626-MDE-Bazantes-pdf>. Pag 10.

dedicados un par de párrafos a la indemnización de las víctimas, pregonando que el juez debería fijar la compensación, y asegurar los bienes del ofendido.

A Lombroso se le atribuye el llevar la atención más del delincuente que por la víctima representando también así a la escuela positiva del derecho penal, conjuntamente con Enrico Ferri, y Rafael Garofalo. Donde se considera ser el nacimiento de la criminología en la presentación del 18 de abril de 1876 en el primer congreso internacional de Antropología Criminal. Naciendo precisamente con esa denominación, llegando a denominarse criminología gracias a aportación y descripción jurídica de Garofalo.

A esto también se agrega lo determinado por Luis Rodríguez Manzanera en su obra *Victimología Estudio de la Victimología* donde señala que: “Rafael Garofalo, el tercero de los grandes positivistas italianos escribe un libro sobre los que sufren por un delito, que aunque enfocado a la indemnización, va a marcar el camino, pues el autor dice refiriéndose a las víctimas de los delitos, que “esta clase de personas a que todo ciudadano honrado puede tener la desgracia de pertenecer, debía merecer que el Estado le dirigiese una mirada de benevolencia, una palabra de consuelo. Las víctimas de los delitos debían, seguramente tener derecho a mayores simpatías que la (base de delincuentes, que parece ser la única de la que los actuales legisladores se preocupan”. Afirma además que, “defenderé la causa de los oprimidos por la maldad humana con el mismo ardor con que otros suelen combatir en defensa de los malhechores”²⁹.

.La influencia de la escuela positiva rebasó las expectativas en cuanto a sus logros, llegando a varios congresos internacionales del siglo pasado a tratar el tema de la protección e indemnización a las víctimas del delito. Así haciendo incluyentes sus pensamientos en los códigos penales en la atención del hombre delincuente, como una forma de poner límites a su capacidad delictiva y omitir sus actos, y dentro de las acciones que se encaminan a prevenir estas revelaciones de conducta nace el interés por la victimología como el estudio científico de las víctimas.

²⁹ Rodríguez Manzanera Luis. *Victimología Estudio de la Victimología*. Editorial Porrúa. 7^{ma} Edición México 2002. Pag 15.

De igual forma, Wael Hikal respecto al surgimiento de la victimología dice que: “Los orígenes de este movimiento se deben a dos autores, Von Henting (alemán) y Mendelsohn (Israelita). El mérito de Von Henting, es haber explicado de una manera clara la relación existente entre la víctima y el agresor, habla de “pareja criminal”. Es a partir de este concepto que se baraja la idea de que el hecho criminal no es más que una interacción entre el agresor y la víctima, hizo clasificaciones de las víctimas, también hizo un estudio psicológico de éstas”³⁰.

Así también, se considera al profesor Beniamín Mendelsohn, el iniciador de esta disciplina, quien realizó el primer estudio sobre las víctimas, iniciado en 1937, y publicado en 1940, a pesar de que se documenta la atención de otros autores en anteriores intereses por el tema, donde así mismo en 1946 desarrolló el tratado *New bio-psycho-social horizons: victimology*, y en 1956 publicó el tratado *Victimologie*, en base a la cual, atrae la atención sobre la víctima, señalando que no puede existir justicia sin tomarla en cuenta a la víctima. Para esto ha sido necesario crear una ciencia independiente, que es la Victimología.

Celebrándose así en 1973, el primer symposium de victimología de 2 al 6 de septiembre en la ciudad de Jerusalén, al margen del cual, se habían considerado valorar a las víctimas frente al sujeto activo o delincuente.

2.2.2.2 Conceptos fundamentales

2.2.2.2.1 Victimología

La victimología es la disciplina que tiene por objeto el estudio científico de las víctimas del delito, de su personalidad, de sus características, biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales, de sus relaciones con el delincuente y del papel que ha desempeñado en el origen del delito.

Luis Rodríguez Manzanera, define como: “La victimología es la rama de la Criminología que se ocupa de la víctima directa del crimen. Se interesa por lo tanto de todo aquello que se relacione con la víctima su personalidad, sus

³⁰ Introducción al estudio de la criminología Wael Hikal 2009_Pdf. Ob.cit. Pag 7.

rasgos biológicos, psicológicos y morales, sus características socioculturales y sus relaciones con el criminal, en fin su rol y su contribución a la génesis del crimen”.³¹

2.2.2.2.2 Víctima

La víctima, es la persona que padece un daño por culpa ajena o por causa fortuita como consecuencia de una acción del mundo exterior, o del contexto social o natural.

También son víctimas, aquellas personas que individual o colectivamente, hayan sido sujeto pasivo de un acto delictivo, fruto del cual, haya sufrido daños, lesiones físicas o mentales, sufrimiento psicológico, pérdida financiera o quebranto sustancial de sus derechos fundamentales como tal.

2.2.2.2.3 Delito

Delito, es la manifestación de conductas que ya sea por voluntad propia o por imprudencia, resulta contrario a lo establecido por la ley. El delito, por lo tanto implica una violación de las normas vigentes, lo que hace que merezca un castigo o pena.

Más allá de las leyes, se conoce como delito también a toda aquella acción que resulta condenable desde un punto de vista ético o moral, como consecuencia del quebrantamiento de las reglas sociales.

Con relación a este punto, el Código Orgánico Integral Penal vigente en nuestro país al hablar de la clasificación de infracciones en el Art: 19 refiriéndose específicamente al delito establece que: “Delito es la infracción penal sancionada con pena privativa de libertad mayor a treinta días”³².

2.2.2.3 Importancia de la Victimología

La importancia definitiva de la Victimología para la Criminología se aprecia claramente en el campo de la política criminológica, si se tienen en cuenta los cambios notorios especialmente a lo largo de los últimos años. la idea de la

³¹ Rodríguez Manzanera Luis. Ob.cit. Pag 26.

³² Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 10.

compensación entre autor y víctima y el desarrollo de los modelos de mediación en el conflicto al margen del Derecho Penal por ejemplo tratando de evitar el proceso penal, lo que en el marco del Derecho Anglosajón es conocido como diversión, pero también dentro del proceso penal por ejemplo reparación de daños como sanción penal, se han desarrollado fundamentalmente gracias a los conocimientos victimológicos y a las exigencias consiguientes de una mejora necesaria de la protección de la víctima.

Por lo expuesto anteriormente la Victimología es de gran importancia en la criminología ya que ha ampliado, de una manera fundamental el alcance, el análisis de la investigación de la delincuencia, siendo de interés propiamente de los problemas de la víctima ya que ha influido en:

La manera de describir y medir la delincuencia en forma general como un análisis de un crimen.

El observar la manera de organizar la reacción social contra la delincuencia.

El proceso penal a partir del momento del contacto entre víctima y policía

La manera de controlar la delincuencia no solo en cuanto a la represión sino también en el ámbito de la prevención.

2.2.2.4 Factores Victimológicos

Hacen referencia a las situaciones o condiciones que posibiliten que un individuo se convierta en víctima.

De esto, se menciona que existen algunos aspectos sobre los cuales una persona llega a la situación de ser víctima de un hecho delictual, respecto a la cual, se enuncian que son los factores exógenos y endógenos.

Factores exógenos:

Tiene especial importancia la estructura política y las relaciones de poder. Así mismo van a influir en la victimización el estado civil, la escolaridad, la procedencia, la familia, la profesión y el espacio geográfico (de origen externo).

Rodríguez Manzanera dice al respecto: “Como su nombre lo indica, los factores exógenos son aquellos que se encuentran fuera del individuo. Los factores exógenos pueden ser de muy diversa naturaleza: telúricos, espaciales, temporales, sociales, etcétera”³³.

Factores endógenos:

De igual forma para Rodríguez Manzanera: “A diferencia de los factores exógenos que están fuera del individuo, los endógenos están dentro del mismo. Para su mejor análisis, los hemos dividido en dos grandes grupos: los de índole biológica y los de naturaleza psicológica”³⁴.

Factores de índole biológica: dentro de este grupo se encuentran el estado físico de la persona, las personas con capacidades diferentes son más propensas a la victimización de igual forma influyen la edad y el sexo de la persona.

Factores psicológicos: en este aspecto, juegan un papel muy importante la inteligencia, la fantasía y la distracción, así como la deficiencia intelectual, la distracción de sus fantasías, facilitan la victimización. También, la esfera afectiva interviene es decir, la ira, el odio, el amor, el miedo, la emoción, los instintos. Son factores que hacen perder el control creando un desconcierto dejando al sujeto fácilmente victimizable.

2.2.2.5 La victimología en la ciencia penal

Con relación a la victimología en la ciencia penal, el tratadista Luis Rodríguez Manzanera sostiene que: “Uno de los temas de Derecho Penal, que tiene una gran afinidad con la victimología, es el sujeto pasivo del delito. Aunque sujeto pasivo y víctima no siempre se identifiquen, y sean tratados desde ángulos diferentes, las aportaciones de la Victimología parece ser definitivas para los juristas, que prestan a la materia mayor atención de la que hasta ahora le han otorgado”³⁵.

³³ Rodríguez Manzanera Luis. Ob.cit. Pag 122.

³⁴ Rodríguez Manzanera Luis. Ob.cit. Pag 122

³⁵ Rodríguez Manzanera Luis. Ob.cit. Pag 63.

Así pues, la aplicación de la victimología en el proceso penal se hace visible desde el momento que se ha cometido una infracción penal de donde resulta una víctima, ya que al iniciarse el proceso se da una relación jurídica en donde cada uno de los sujetos procesales empiezan a ejercer sus derechos y cumplir obligaciones. Dentro del proceso la víctima libera cargas y se muestra expectante sobre la sentencia es ahí cuando la Victimología desde un enfoque jurídico debe aportar a la idea de la víctima de un delito como protagonista del sistema judicial, dándole importancia no solo como testigo o acusador particular, sino que se considere sus derechos y la reparación del daño que se le ha causado, sin dejar de lado el enfoque humanista que debe considerarse en el estudio victimológico sobre la situación personal de la víctima.

Lo que implica que dentro del proceso penal no solo se tendrá en la víctima un sencillo espectador, un simple testigo sino un protagonista y un ente determinante en la pena que se le impondrá al infractor; incluyendo también que ya no solo el imputado será objeto de investigación por parte de la fiscalía sino también la víctima y su entorno. Por ello resulta importante establecer como dentro de la naturaleza del delito una persona se convierte en víctima, que tipo de relación se da entre autor-víctima y cómo puede pasar de ser víctima a infractor.

En si el estudio de la victimología ha dado pie para que se reconozcan sobre todo los derechos de las víctimas en general y se establezcan políticas dentro de los ordenamientos jurídicos para su tratamiento, prevención y la reparación oportuna y pronta del daño sufrido, independientemente del porqué han llegado a la situación de víctimas.

Al mismo tiempo los estudios sobre victimología permitirá que los sistemas de justicia estén considerando establecer una verdadera política victimal que incluya un conocimiento integral del fenómeno y problemática victimal, así como a conseguir un proceso penal que al momento de establecer la pena haya considerado no solo al imputado sino también a la víctima; solo así podremos hablar de una justicia equitativa y eficaz.

2.2.2.6 Relaciones entre víctima y victimario

Por razón de los diversos estudios victimológicos desarrollados en los últimos años, hallamos que algunas víctimas son elegidas por determinadas razones propias del sujeto o ajenas a él y otras por azar. Pero, en cualquier caso siempre existe una relación entre víctima y victimario que puede ser muy simple o extraordinariamente complicada.

Luis Rodríguez Manzanera, señala cuatro formas en que pueden intervenir las víctimas en la ejecución y consumación de un delito.

- a) La víctima puede ser la causa de la infracción.
- b) La víctima puede ser el pretexto de la infracción.
- c) La víctima puede ser el resultado de un consenso.
- d) La víctima es el resultado de una coincidencia³⁶.

Desde esta perspectiva, cuando se alude víctima y victimario viene a la mente la idea de dos opuestos, de dos entes contradictorios, del bien y del mal, del culpable y del inocente, de Caín y Abel, por ejemplo. Pero la situación no es tan sencilla, ya que la victimología nos ha demostrado que en ocasiones víctima y victimario podrían no ser tan diferentes, y que pueden tener más semejanzas que diferencias, razón de que en ocasiones la presunta víctima puede no haber sufrido ninguna acción delictiva, donde la víctima puede convertirse en criminal haciendo acusaciones falsas.

Por tanto, se indica que en este sentido se debe considerar dos aspectos importantes que es la pareja penal y la pareja criminal, en atención a esto Luis Rodríguez Manzanera señala que: “Debe hacerse entonces una diferencia clara entre la pareja criminal, estudiada por Sighele, que reconoce un íncubo y un súcubo, y la pareja penal en la que hay un criminal y una víctima. La pareja penal la componen víctima y victimario. En principio, en tanto que en la pareja criminal los intereses son homogéneos, en la pareja penal son antagonistas. Hay ocasiones en las cuales la pareja penal puede convertirse en una pareja

³⁶ Rodríguez Manzanera Luis. Ob.cit. Pag 149

criminal (como por ejemplo el caso de rufián y prostituta que cometen crímenes juntos)³⁷.

Dicho esto, para hacer el análisis de la pareja penal deben tomarse en cuenta tres variables que comprende: el conocimiento o desconocimiento entre ambas partes, las actitudes mutuas y la percepción que se tiene de la contraparte.

Conocimiento o desconocimiento

La relación previa entre víctima y criminal es un hecho de gran trascendencia que puede aclararnos gran parte de la dinámica, ya que hay casos en los que se elige a una víctima por ser conocida y en otros exactamente por lo contrario hay delitos que nunca se cometerían a un conocido y otros que son imposibles de perpetrar si no se conoce a la víctima, como el incesto, el abuso de confianza, la violencia intrafamiliar, etc. Dentro de este grupo, Rodríguez Manzanera plantea cuatro posibles relaciones:

“a) Criminal y víctima se conocen. Este es requisito indispensable para ciertos delitos, como el estupro.

b) El criminal conoce a la víctima pero ésta no al criminal. Es el caso en que este último ha estado "cazando" al ofendido.

c) La víctima conoce al criminal pero éste desconoce previamente a la víctima.

d) Víctima y criminal eran desconocidos. Caso común en los hechos de tránsito³⁸.

Actitudes mutuas

Comprende, la disposición mental específica de un sujeto hacia su agresor y que puede ser positiva, negativa o neutra, en otras palabras, de atracción, rechazo o indiferencia toda ellas combinables entre sí. Rodríguez Manzanera señala algunos aspectos, entre ellas se enuncian:

“a) Víctima y criminal se atraen. Esto puede explicar delitos como el estupro, o hechos como el pacto suicida. Una atracción recíproca puede unir a

³⁷ Rodríguez Manzanera Luis. Ob.cit. Pag 150.

³⁸ Rodríguez Manzanera Luis. Ob.cit. Pag 152

dos sujetos con tipos constitucionales complementarios. La atracción puede basarse en una herencia similar. La relación neurótica pura constituye un ejemplo de la relación específica criminal-víctima.

b) El criminal se siente atraído por la víctima pero ésta rechaza al criminal. Es el caso de múltiples crímenes pasionales, la música y la literatura están llenas de ejemplos de crímenes por "despecho". Percepción.

c) El criminal rechaza a la víctima pero ésta se ve atraída por aquél. Se puede ejemplificar, con el hecho del ofensor que se ve atosigado por la víctima hasta que decide quitarla de en medio, puede también plantearse la víctima consensual.

d) Ambos se rechazan. La enemistad que puede llevar a la riña o al duelo, a las venganzas y a la violencia. Es desde luego la situación más crítica.

e) El criminal se ve atraído por la víctima, pero ésta es indiferente. Es un caso menos grave que el planteado en b), pero que puede llevar también a situaciones trágicas.

f) El criminal rechaza a la víctima, a ésta le es indiferente aquél. Lo importante, pues la víctima está hasta cierto punto indefensa.

g) La víctima se ve atraída por el criminal, a éste le es indiferente. Son casos de delito ocasional o por oportunidad; la víctima se presta a recibir un daño y el criminal, sin atracción ni rechazo, puede aprovechar la ocasión.

h) La víctima repudia al victimario, éste adopta una actitud indiferente. Podría plantearse la legítima defensa, en que la "víctima" ataca a su inmolador y éste se defiende.

i) Ambos son indiferentes. Es el caso de victimización culposa, como la producida en hechos de tránsito. Es también el caso del ladrón que roba a una persona sin atracción ni repudio, y en que la víctima guarda actitud indiferente³⁹.

Percepción.

La elección de la víctima depende mucho de la imagen que el criminal tiene de ésta y no sólo eso, sino el paso mismo al acto. Consciente o inconscientemente el victimario debe tomar distancia afectiva de su víctima y cambiar su

³⁹ Rodríguez Manzanera Luis. Ob.cit. Pag 153 y 154.

percepción si ésta es benévola, ya que puede arrepentirse si la trata con respeto, piedad, compasión o temor.

Por otra parte, es también de vital importancia analizar la percepción que la víctima tiene del criminal, sobre todo antes del hecho victimal, pues es lo que puede marcar la diferencia entre ser elegida o no. Aquí la situación es muy compleja, ya que la impresión puede cambiar radicalmente en el momento mismo o posterior a la victimización.

Así pues, el análisis del conocimiento previo, las relaciones anteriores, las actitudes, etc., pueden ser muy valiosas para ayudarnos a aclarar si la víctima facilitó o no al criminal su elección.

2.2.2.7 El iter criminis

El iter criminis, es el conjunto de proceso que prosigue la conducta humana, para llegar a convertirse en un delito, que va desde el alumbramiento de una idea en la mente del sujeto hasta su consumación o ejecución de actos

El profesor Eugeni Raúl Zaffaroni manifiesta que: este proceso de carácter delictivo comprende: "Desde la decisión como producto de la imaginación del autor hasta el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso temporal -sólo parcialmente exteriorizado- que se denomina iter criminis. Con ello se quiere significar el camino jalonado por el conjunto de momentos que se suceden cronológicamente en la dinámica del delito: concepción, decisión, preparación, comienzo de ejecución, culminación de la acción típica, acontecer del resultado típico y agotamiento del hecho"⁴⁰.

Desde este punto de vista, se entiende que el delito no aparece de improviso, sino obedece a un proceso, lo que los clásicos denominaban, el "camino del delito" o "iter criminis".

De allí que para llegar a la consumación del delito, es necesario seguir un camino, que va desde la idea de cometerlo que surge en la mente del sujeto

⁴⁰ Zaffaroni Eugeni Raúl. Ob.cit-Pag 810.

activo o delincuente, hasta la consumación. Donde ese conjunto de actos para llegar al delito, se denomina “iter criminis” o “camino del delito”.

Considerando que el “iter criminis” obedece a un proceso, de igual forma se señalan el cumplimiento de algunas fases, razón de que algunos de estos actos son punibles o susceptibles de alguna sanción, en tanto que otros no lo son, al respecto se enuncian.

Fase interna

Es un conjunto de actos voluntarios del fuero interno de la persona que no entran en el campo sancionatorio del Derecho Penal.

Pertenece a esta fase interna la:

1.- La concepción o ideación. Es el momento en que surge en el espíritu y mente del sujeto la idea o propósito de delinquir.

2.- La deliberación. Es el momento de estudio y apreciación de los motivos para realizar el delito.

3.- La resolución o determinación. Es el momento de decisión para realizar el delito sobre la base de uno de los motivos de la fase anterior. Se resuelve en el fuero interno el ejecutar la infracción penal. .

Los actos descritos permanecen en el dominio interno del individuo. Por lo tanto, los actos de la fase interna, no son punibles por las siguientes razones:

1.- Pues debe tenerse presente que el delito antes que nada, es acción no una intención.

2.- Si está en el fuero interno aún no hay acción, y para que haya acción, no bastan los actos internos (elemento psíquico de la acción), sino que se requiere también la exteriorización (elemento físico de la acción).

Fase intermedia

Son actos que no causan daño objetivo y que se expresan en la determinación de cometer un delito o resolución manifestada, exteriorizada en forma de: conspiración, instigación y amenazas.

La conspiración: Es el ponerse de acuerdo tres o más personas para cometer los delitos de sedición o rebelión. La conspiración es punible como delito especial.

Instigación: Es el acto de determinar a otra persona a cometer un hecho punible, del cual será considerado autor plenamente responsable.

Amenaza: “Dicho o hecho con que se da a entender el propósito más o menos inmediato de causar un mal. (Indicio o anuncio de un perjuicio cercano)”⁴¹.

Fase Externa

Es la fase de manifestación de la idea delictiva y comienza a realizarse objetivamente, va desde la simple manifestación de que el delito pretenda realizarse hasta la consumación del mismo

Es en esta fase en que el delito cobra vida, y está compuesta por:

a).- Los Actos Preparatorios: Estos actos comprenden:

- o La Proposición,
- o La Conspiración,
- o La Provocación,
- o La Incitación, Inducción
- o Las Amenazas,

b).- Los actos de ejecución: A este acto corresponde.

- o La Tentativa. Conste en la exteriorización de la conducta delictiva que no llega a consumarse el delito por circunstancias ajenas a la voluntad, por no haber hecho el sujeto activo todo lo necesario para la consumación del delito..
- o El Delito Frustrado: Es la manifestación de la acción de ejecutar el delito que no llega a su consumación, por circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto activo, a pesar de que haya hecho todo lo necesario para la consumación del delito.

⁴¹ Cabanellas de Torres Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta. Argentina 2010. Pag 32.

- o El Delito Imposible: Es la imposibilidad de consumación del delito, por falta de idoneidad de los materiales de ejecución, sean estos objetos materiales o sujeto activo.
- o El Delito Consumado: Es la que obedece a toda las etapas de ejecución y llega a la realización del delito.
- o El Delito Agotado: Es aquel en se produce todos los efectos dañosos que el autor se propuso a ejecutar, razón de que el mismos autor no podía evitar o impedir los efectos de tal acción.

Los actos preparatorios por lo general no son punibles, los Actos de ejecución pueden dan lugar a la tentativa, y por lo tanto, son punibles.

2.2.2.8 El iter victimae

Considerando que el iter criminis, es el camino del delito, se dice que como consecuencia del proceso delictivo surge el iter victimae, razón de que la intención delictiva del sujeto activo siempre va a basarse sobre algo o alguien en común, que posteriormente llegaría a ser sujeto pasivo o víctima de la acción delictiva, es decir, al margen del desarrollo de iter criminis con la pretensión de la ejecución de un delito, automáticamente aparece el camino de la víctima o el proceso de victimización que constituye el iter victimae.

En este sentido, Luis Rodríguez Manzanera manifiesta que: “Así como se habla de un iter criminis, debe de hablarse de un iter victimas, es decir, si se estudia el camino tanto interno como externo que sigue el criminal para llegar al crimen, debe estudiarse también el camino (interno y externo) que sigue la víctima para llegar a ser victimizada. Debe considerarse desde el momento en que cruza por la mente la idea de ser sacrificada; esta idea puede ser aceptada (víctima consensual) o rechazada (víctima resistente)”⁴².

Además es conveniente mencionar aquellas circunstancias donde la víctima se convierte en criminal o cuando la víctima sigue al criminal, como es el caso de plagio o redes de prostitución. Cabe anotar que en los casos de crímenes sin víctimas sólo encontraremos el “iter criminis” y en los supuestos de víctimas sin

⁴² Rodríguez Manzanera Luis. Ob.cit. Pag 164.

crimen o de aquellas víctimas de sí mismas, como tentativa de suicidio sólo existirá el “iter victimae”.

En definitiva el “iter victimae” será tanto el camino interno y externo que sigue la víctima para llegar a ser victimizada. Es por ello que durante las investigaciones previas se tiene que tomar en cuenta la conducta de la víctima antes, durante y después del delito.

Además, no se debe dejar de lado que para convertirse en víctima se conjugan diversas circunstancias, factores y hechos, así pues:

La dinámica victimal.- En la dinámica victimal se conjuga una serie de factores como lugares, fechas festivas, horas que influyen a que se den ciertas situaciones victímales.

Otros aspectos a considerar en la dinámica victimal son el grado de proximidad entre el victimario y la víctima; así como la situación socioeconómica de ambos sujetos. Además se debe anotar que el delincuente aprovechará ciertas situaciones propicias que le brinden mayor oportunidad y facilidad para realizar el delito; así por ejemplo, en fechas donde la actividad comercial aumenta; también la falta de fuentes de trabajo, son momentos que propician a que las personas estén más expuestas a ser víctimas de delitos como el hurto o robo.

De allí, el estar lejos de los problemas o de situaciones peligrosas disminuirá las posibilidades de victimización; sin embargo, como se anotó anteriormente hay ciertos delitos en los cuales la proximidad familiar ha facilitado la realización de éstos delitos como es el abuso sexual.

La precipitación victimal.- Se vincula a la idea de víctima precipitante que es aquella que contribuye al hecho criminal donde la víctima genera el comportamiento del delincuente, es decir, es la noción de víctima provocadora o precipitante que con su conducta o por falta de precauciones provoca su propia victimización.

En relación a esto, Rodríguez Manzanera dice: “La idea de una víctima precipitante (victim-precipitated) se debe a Wolfgang, que en varios trabajos la utiliza como hipótesis, exponiendo que en múltiples crímenes, la víctima

contribuye ampliamente al hecho, siendo el directo y positivo precipitante del mismo”⁴³.

Desde este punto, se concibe que el resultado de la actividad delictiva, tiene mucho que ver con la actitud de la víctima.

El hecho victimal.- Todas las personas padecen el peligro constante de ser víctimas pero no siempre son conscientes de ello o no toman las debidas precauciones para su protección, pues el agitado modo de vivir o la imprudencia hacen que las personas no consideren ciertos mecanismos para evitar ser víctimas de un delito.

La posibilidad de ser víctima en nuestros días ha aumentado considerablemente por la concentración urbana, la tecnología, la crisis económica, además han surgido nuevas formas de delincuencia.

⁴³ Rodríguez Manzanera Luis. Ob.cit. Pag 166.

UNIDAD III

MEDIOS DE PRUEBA Y EL TESTIMONIO DE LA VICTIMA DE ABUSO SEXUAL

2.2.3.1 La judicialización de los elementos de convicción en la audiencia de juzgamiento

La etapa de instrucción fiscal, es una de las etapas procesales en la cual se recaba todo tipo de elemento de convicción con el fin de determinar la materialidad de la infracción como también la culpabilidad. Al respecto el Dr. Ramiro Ávila Santamaría partiendo de lo manifestado por el Dr. Wilson Toainga establece que: “el fiscal asume el rol trascendental en la investigación y procesamiento penal, pues asume para sí el resto de la investigación real e histórica de los hechos presuntamente delictivos, con la responsabilidad de acopiar elementos que sirven para fundamentar una resolución, tanto la que sirve para activar la acción penal y posterior acusación, o aquella que sirve para desestimar y activar”⁴⁴.

De allí que, una vez culminada la etapa de instrucción fiscal, con los elementos de convicción recabados, se procede a judicializar los mismos, mediante el testimonio de quienes efectuaron dichos elementos en audiencia oral, pública y contradictoria, tal como establece el Art: 611 del COIP para este efecto donde indica :que: “La o el juzgador notificará a los testigos o peritos para su comparecencia a la audiencia, siendo responsabilidad de los sujetos procesales el llevar a dichos peritos o testigos a la misma”⁴⁵.

En atención a lo dispuesto en el artículo señalado, para la judicialización y validez de los elementos de convicción, es necesario la comparecencia de los testigos y peritos a través de los cuales se haya llevado a cabo la actividad probatoria, quienes en audiencia acreditaran los medios de prueba, que para ello previamente deberán ser legalmente notificados

⁴⁴ Ávila Santamaría Ramiro. Código Orgánico Integral Penal, Hacia su Mejor Comprensión y Aplicación. Editorial Corporación Editora Nacional. Quito 2015. Pag 177.

⁴⁵ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 100.

2.2.3.2 Procedimiento

Al hablar de procedimiento nos referimos a los caminos que se deben tomar para llegar a un fin, en este caso de forma sintética vamos a analizar todo el procedimiento penal hasta la audiencia de juzgamiento en la cual se judicializa la prueba.

En la fase pre procesal se recaba elementos de convicción

En la etapa de instrucción fiscal se vuelve a recabar los mismos elementos de convicción de la fase pre procesal o investigación previa

En la audiencia preparatoria de juicio, llamada también etapa intermedia se analiza los elementos recabados en la instrucción fiscal y de presumirse la culpabilidad se llama a juicio al procesado o en su defecto se dicta el auto de sobreseimiento, y

En etapa de juicio, que es la audiencia de juzgamiento se judicializa los elementos de convicción con el testimonio de los peritos que elaboraron dichos informes.

En relación a esto, el 612 inciso 3 del Código Orgánico Integral Penal determina: “Una vez iniciada la audiencia, si al momento de intervenir algún perito o testigo no se encuentra presente o no puede intervenir a través de algún medio telemático, se continuará con los peritos o testigos presentes y demás medios de prueba”⁴⁶.

Corresponde a las partes procesales poseer todos los medios de prueba para el momento de la audiencia, por cuanto a falta de algún testigo o perito no implica que la audiencia pueda suspenderse, sino tal como determina el COIP la audiencia continuara con los peritos o testigos que puedan estar presentes.

2.2.3.3 Tipos de elementos de convicción para determinar la materialidad de la infracción en el delito de abuso sexual

Generalmente los elementos de convicción que se recaban frente a este tipo de delito son los siguientes:

⁴⁶ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 100.

- 1.- Reconocimiento del lugar de los hechos, con su respectivo informe elaborado por un perito calificado.
- 2.- Reconocimiento de la evidencia, con su respectivo informe elaborado por un perito calificado.
- 3.- Reconocimiento psicológico al menor afectado, con su respectivo informe elaborado por un perito calificado.
- 4.- La elaboración del parte policial, cuya judicialización será en la audiencia de juzgamiento con su testimonio.

En este sentido, se puede verificar que el abuso sexual por caracterizarse como un delito que se comete de manera oculta y secreta que muchas veces no dejan rasgos visibles, imposibilita que en la investigación se pueda recabar otros medios de prueba, considerándose por tanto que en este tipo de delito las diligencias de actividad probatoria tiene un grado de limitación.

2.2.3.4 El testimonio de la víctima en casos de abuso sexual

Tomando en consideración que el testimonio de la víctima de abuso sexual constituye una prueba directa de cargo, sobre la cual se ventila el proceso penal, tratadistas como David Fernando Panta Cueva y Vladimir Somocurcio Quiñones al hablar sobre la declaración de la víctima en los delitos sexuales indican que: “En el ámbito de los delitos contra la libertad sexual, siendo que la clandestinidad marca sus rasgos esenciales, se ha convertido a la declaración de la víctima en un punto de inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria, constitucionalmente legítima y de cargo, de cara a derrumbar la presunción de inocencia”⁴⁷.

Ahora bien, en materia de investigación penal en caso de abuso sexual, dado que la mayoría de los casos, ocurren en ámbitos de intimidad frente a la ausencia de testigos, lleva a que los jueces condenen con menos exigencias probatorias que las exigidas en el resto de los delitos tipificados en la Ley Penal (COIP). Con esto se puede establecer que el testimonio de las víctimas aparece como la prueba dirimente dado que la mayoría de los casos, como se dijo, se comenten en ámbitos privados ajeno a la mirada de terceros.

⁴⁷ Panta Cueva David Fernando y Somocurcio Quiñones Vladimir. Ob.cit. Pag 3.

Es en este punto en el que no estamos de acuerdo, ya que la víctima puede mentir por el solo hecho de hacer daño a la otra persona, pero para algunos jueces basan su teoría en que los niños no mienten y se basan en el examen psicológico, que mediante este se prueba tan solo la materialidad de la infracción y cuanto a la responsabilidad no se han evidenciado participación alguna. De allí que, el relato de la víctima constituye una prueba indirecta, ya que esto no permite considerar con certeza que el hecho ha ocurrido en el mundo exterior de modo en que afirma la víctima, y que la persona que aparece como imputada lo ha cometido.

Además la autora Margarita Diges Junco, en su obra *La Utilidad de la Psicología del Testimonio en la Valoración de Pruebas de Testigos* dice: “más allá de la mentira, también es posible encontrar casos en que no ha habido delito, aunque el testimonio de la supuesta víctima no esté viciado por la intención de engañar sino por fenómenos variados de sugestión. Este tipo de casos son mucho más frecuentes en denuncias de abuso o agresión sexual a menores, y precisamente cuando intervienen en mayor medida los psicólogos realizando periciales sobre las declaraciones de los niños o sobre su sintomatología. Como antes, conviene insistir en que, a falta de datos médicos claros, el peso de la prueba recae en la declaración del menor, quien es la supuesta víctima”⁴⁸.

En tal sentido se dice que en gran número de casos de abuso sexual, se ha condenado a prisión en ausencia de datos médicos y científicos que confirmen de manera incuestionable el hecho delictivo que determinen a su autor, considerando y tomando como una suficiente actividad probatoria el testimonio de la víctima, respecto a la cual la misma autora Margarita Diges Junco, señala que; “en el caso de que la víctima de estos supuestos delitos esté mintiendo en su declaración cuando hay una denuncia deliberadamente falsa, la psicología no dispone de instrumentos científicos fiables para detectar esa mentira con mayor probabilidad de acierto que la lógica o el sentido común”⁴⁹.

⁴⁸ Diges Junco Margarita. *La Utilidad de la Psicología del Testimonio en la Valoración de Pruebas de Testigos*. Madrid 2014. Pag 15.

⁴⁹ Diges Junco Margarita. Ob.cit. Pag 15.

Por lo expuesto, se dice que en el juzgamiento los jueces conciben de modo razonable y con el grado de certeza, la existencia del hecho y la participación cierta del imputado. Así, el relato del menor víctima suele ser complementado con testimonios especialmente de familiares directos de la víctima y pericias psicológicas que no hacen más que corroborar y reafirmar los dichos de la víctima. A ello hay que agregar que *el relato de la víctima es el único y más importante elemento de diagnóstico del abuso sexual*, entonces, por lo general, salvo excepciones, los niños siempre dicen la verdad y, por ende, sus relatos son aceptados como verdaderos.

Desde este punto de vista se estima que al momento de procesar y juzgar a un individuo por el delito de abuso sexual, se ha hecho en ausencia de una suficiente actividad probatoria, y además no se ha probado el nexo causal entre la materialidad de la infracción con el procesado, a no ser que existan testigos que corroboren el cometimiento de la infracción.

2.2.3.5 Reglas para la recepción de testimonio de la víctima.

Por principio general, en todo proceso judicial la comparecencia de un menor a juicio u otros actos jurídicos debe estar debidamente representado, razón de que frente a la Ley son considerados incapaces; por consiguiente para poder actuar en el mundo jurídico deben hacerlo por interpuesta persona, es decir mediante representante, donde esta representación puede ser correspondido a los progenitores o a los curadores según sea el caso.

Por ello el Código Orgánico Integral Penal COIP en el art: 502, Núm. 5 expresamente determina qué; “Las niñas, niños y adolescentes declararán sin juramento, pero con la presencia de sus representantes o un curador que será nombrado y posesionado en la misma audiencia de juicio.⁵⁰”

Además, una de las características del testimonio de los niños y adolescentes que se encuentra determinada en el COIP, es que tal declaración de los menores es sin juramento. En tal virtud, y en atención a lo dispuesto en el art; 510 del COIP, los jueces se rigen a las siguientes reglas en cuanto a la recepción del testimonio de la víctima:

⁵⁰ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 81.

“1.- La víctima previa justificación podrá solicitar a la o al juzgador se le permita rendir su testimonio evitando la confrontación visual con la persona procesada, a través de video conferencia, cámara de Gesell u otros medios apropiados para el efecto, sin que ello impida el derecho a la defensa y en especial, a conainterrogar, en el cual la o el juzgador deberá cerciorarse de la identidad de la persona que rinde el testimonio a través de este medio.

2.- La o el juzgador dispondrá, a pedido de la o el fiscal, de la o el defensor público o privado o de la víctima, medidas especiales orientadas a facilitar el testimonio de la víctima y en particular de niñas, niños, adolescentes, víctimas de delito contra la integridad sexual

3.- La o el juzgador, adoptará las medidas necesarias para evitar cualquier tipo de hostigamiento o intimidación a la víctima, especialmente en casos de delitos contra la integridad sexual.

4.- Siempre que la víctima lo solicite o cuando la o el juzgador lo estime conveniente y la víctima lo acepte, el testimonio será receptado con el acompañamiento de personal capacitado en atención a víctimas en crisis, tales como psicólogos, trabajadores sociales, psiquiatras o terapeutas, entre otros. Esta norma se aplicará especialmente en los casos en que la víctima sea niña, niño, adolescente⁵¹.

En sí, se determina que el juzgador esta atribuido de varias opciones referente a la recepción del testimonio de la víctima, pero sea cual sea el medio a receptar tales testimonios, el juez debe garantizar el derecho constitucional a la legitima defensa y el derecho a conainterrogar del procesado que se encuentra establecida en el mismo art; 510. Núm. 1 del COIP.

2.2.3.6 El examen psicológico efectuado a los niños o adolescentes, víctimas del delito de abuso sexual en la etapa de instrucción fiscal

Con el examen psicológico, se trata de alguna manera de determinar el grado de afectación emocional a la víctima, considerando a la psicología como una ciencia que se enfoca al estudio de la personalidad del ser humano. Respecto

⁵¹ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 83.

a esta moción, la función del perito psicólogo no es solamente dar un informe en favor de la víctima, razón de que pueden presentarse casos en que no haya ninguna afectación cuando se trate de una falsa imputación, por cuanto, luego del testimonio de la víctima y tomando en cuenta el examen psicológico es donde se da inicio el proceso penal.

En este sentido, una vez que se presume del supuesto abuso sexual, el fiscal ordenara de oficio o a petición de parte solicitara la experticia del reconocimiento psicológico al menor que presuntamente haya sido víctima de abuso sexual.

Posteriormente luego de que el perito haya concluido con la elaboración de su informe determinara si hubo o no dicha agresión sexual, donde el fiscal debería pedir un nuevo reconocimiento psicológico con otro perito para corroborar si coinciden ambos informes.

Margarita Diges Junco, haciendo énfasis al examen psicológico considera que: “las declaraciones de los niños deberían ser objeto de especial cuidado en su obtención inicial y en su preservación. Como se ha comentado, la memoria de los niños es más frágil que la memoria de los adolescentes o los adultos. No es sólo que el paso del tiempo le afecte más proporcionalmente (un año en la vida de una niña de 6 es más que un año en la vida de uno de 13); es que, además, los más pequeños perciben e interpretan los episodios de acuerdo con su base de conocimientos de ese momento; cuando se enfrentan a ellos más tarde, su base conceptual ha cambiado, es más rica, interrelacionada e independiente del contexto, de manera que sus intentos de recordar lo que interpretaron de acuerdo con sus antiguos conocimientos puede resultar difícil, probablemente distorsionado y, a veces, inútil. Por tanto, una medida inicial con los niños sería pedirles cuanto antes su recuerdo de lo que vieron o les pasó, y grabarlo audiovisualmente”⁵².

En este punto, nuestro criterio personal es que no confiamos en la exactitud del informe elaborado por el perito, ya que dependiendo de la edad del niño pueda

⁵² Diges Junco Margarita. Ob.cit. Pag 29.

ser inducido por sus familiares a mentir con respecto al supuesto hecho delictual.

Por consiguiente, Margarita Diges Junco, en lo referente manifiesta: “dado que cada vez más se está dejando en manos de los psicólogos la «exploración de los menores supuestas víctimas de agresión o abuso sexual, conviene asegurarse de que esos profesionales están realmente preparados para obtener una declaración lo más completa y exacta posible. La realidad es que muchos de los psicólogos que entrevistan a los niños en estos supuestos no tienen una formación adecuada en la entrevista de investigación, suelen ignorar los riesgos de la sugestión, y a menudo presentan el sesgo confirmatorio del entrevistador, esto es, sólo preguntan al niño por datos que puedan confirmar la hipótesis del abuso, y desdeñan la información que aporta el niño si es contradictoria con esa hipótesis”⁵³.

Referente a tal situación, se ha considerado que los peritos psicólogos basan sus conocimientos en la experiencia, este puede ser el caso a menudo, pero los años de experiencia no garantizan la exactitud, al menos si no hay una revisión continua de las técnicas y de la forma de aplicarlas

Por ello, el Código Orgánico Integral Penal COIP en el art: 457 determina que: “La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.”⁵⁴. Desde este punto de vista, se enuncia que el reconocimiento e informe pericial debe basarse estrictamente en aspectos científicos para su valides como tal, en base a esta determinación se descarta en sí, toda pericia practicada empíricamente.

Por lo tanto la entrevista o exploración no es sino un medio para conseguir una declaración que todos deseamos sea lo más completa y exacta posible, puesto que puede ser una prueba de cargo. Pero al mismo tiempo, como venimos señalando, la entrevista puede ser una fuente de contaminación, creando un suceso delictivo donde no había nada, o cambiando episodios reales de

⁵³ Diges Junco Margarita. Ob.cit. Pag 30.

⁵⁴ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 72.

actitudes inocentes (el padre bañando a su hija, por ejemplo) que por injerencia de otra persona los transforman en delito. En el otro extremo, la entrevista inadecuada puede llegar a enmascarar un hecho delictivo real al dotarle de elementos sugeridos tan extravagantes e irreales que nos impiden reconocer el recuerdo real.

2.2.3.7 Causas que pueden ocasionar la falsedad de testimonio de la víctima de abuso sexual.

El Dr. Fabián Pavón, haciendo mención a las respuestas falsas en el testimonio dice: “Toda respuesta es una narración mixta en la que ingresan no solo las vivencias espontaneas del interrogado, sino también las representaciones y tendencias afectivas evocadas a las preguntas a la que se responde”⁵⁵.

De tal manera, que puede acontecer la falsedad en el testimonio de la víctima por las siguientes razones:

- 1.- Que la pregunta, no sea concordante a testificar, es decir que el sentido de la pregunta sea distinta a la realidad de los hechos.
- 2.- “Que la pregunta verse sobre hechos o asuntos desconocidos, donde el sujeto trata de dar su respuesta al azar o basada en ideas que suponen estar en lo cierto; se da cuando una persona desconoce algún significado al momento de testificar.
- 3.- Que la pregunta a contestar cause temor que pueden ser reemplazados con otros datos, principalmente cuando se trate de hacer la declaración en contra del abusador que pueda haber alguna amenaza por parte de sujeto activo.
- 4.- La edad del que testifica, es por esto que se había señalado que no es lo mismo la capacidad de entender y conocer entre un niño, adolescente y un adulto.

Al respecto, se dice que los niños por el hecho mismo de la falta de desarrollo emocional y personal, tiene un grado de conocimiento muy relativo y de carácter superficial, donde todo lo que se presenta en el mundo exterior captan

⁵⁵ Pavón Fabián Mesías. Ob.cit. Pag 168.

de una manera espontánea, y la manera de cómo interpreta las cosas se realiza de acuerdo a su grado de conocimiento y percepción, lo que convierte que el testimonio del menor víctima se convierta ambigua al momento de determinar la culpabilidad del presunto autor del delito de abuso sexual, razón de que este tipo de delito se considera como clandestinos o secretos que suelen cometerse en ámbitos privados sin la presencia de testigos, y muchas veces sin la existencia de rastros como sangre, semen, huellas, etc., en que basta la mera imputación de la víctima para fundamentar una condena penal.

2.2.3.8 Valoración del testimonio de la víctima de abuso sexual.

Natalia Bustamante Larrea, en su estudio sobre Testimonio en Víctimas de Abuso Sexual señala que; “el juez es quien realmente da valor a la prueba, en este caso al testimonio; y para ello deberá tener en cuenta los principios técnico científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contra interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad”⁵⁶.

La valoración del testimonio de los niños y adolescentes no puede estar basada en la experiencia judicial. La historia registra varios errores judiciales al creer testimonios de niños y adolescentes que no se ajustaban a la realidad, errores que determinaron injustas prisiones y hasta condenas de personas inocentes. También se han dado errores judiciales al no creer testimonios de niños y adolescentes que se ajustan a la realidad, errores que determinan la impunidad de los agresores sexuales y dejar sin amparo a las víctimas.

En efecto el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el sentido de que: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en

⁵⁶<http://bdigital.ces.edu.co:8080/dspace/bitstream/123456789/976/1/ELEMENTOS%20DE%20VALORA.pdf> . Pag 32.

*el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*⁵⁷, frente a la cual conviene resaltar en este lugar la exigencia de una suficiente actividad probatoria, que acrediten con grado de certeza no únicamente la existencia de la infracción, sino también la responsabilidad del autor.

Por consiguiente se establece que las resoluciones de los tribunales de Garantías Penales, *deben basarse en un medio de una suficiente actividad probatoria que asegure la existencia del hecho punible, es decir el delito, (abuso sexual), donde en caso de determinarse la ejecución y la consumación del delito, y consecuentemente aparezca una víctima del hecho delictual, necesariamente la pruebas que dieron lugar para determinar la infracción, también deben valorarse las mismas pruebas que aseguren las relación entre la infracción y la persona procesada..*

Frente a la exigencia de una suficiente actividad probatoria, se ha considerado que tratándose de un delito de carácter sexual y además siendo que las niñas, niños y adolescentes son quienes dentro del núcleo familiar y contextual (personas conocidas y de confianza), han sido victimizados por sus consanguíneos y afines, ha limitado a la actividad probatoria para poder sustentar con otros medios de prueba, tomándose como única y suficiente prueba el testimonio de la víctima y el examen psicológico , por cuanto este tipo de delito no dejan huellas objetivamente tangibles y verificables, sino que los resultados de los hechos son de carácter subjetivo e intangibles que no presentan rasgos materiales que se pueda evidenciar como un medio de prueba.

Es en este punto, que la víctima del delito es un testigo con un status especial en cuanto a su declaración, que representa un valor de legítima actividad probatoria aunque sea esto su único testimonio dentro del proceso penal, ya que generalmente en este delito no se presentan testigos que ratifiquen el testimonio de la víctima, ni tan poco se presentan evidencias que demuestren la materialidad de la infracción. Así la declaración de la víctima puede generar

⁵⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos DUDH. Asamblea General de las Naciones Unidas. Resolución 217 A (III). Paris 10 de Diciembre 1948. Pag 5.

un pronunciamiento condenatorio para evitar la impunidad del delito, esto conlleva a que en muchos casos cualquier persona puede en cualquier momento ser objeto de falsas denuncias e imputaciones. Respecto a esto el COIP en su art; 455 dispone que; “La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones”⁵⁸.

Sobre tal situación se dice que hay un grado de equivocidad por parte de los jueces y tribunales, toda vez que al momento de juzgar, los juzgadores se vinculan más a las circunstancias de derecho que a las circunstancias de los hechos, es decir que se enfocan en aplicar la Ley antes que analizar la realidad circunstancial de los hechos, apareciendo como fundamento de la decisión al momento de resolver el testimonio de la víctima y la disposición legal, considerándose por tanto que la prueba testimonial debe ser valorado en conjunto y no en forma separada y fragmentaria, frente a la cual el art; 502. Núm. 1 del COIP establece que: “El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas”⁵⁹.

Mediante esto, el juzgador previo a su decisión deberá lograr derribar ese principio de inocencia con el que se encuentra protegido el procesado, y en caso de no poder establecer claramente la responsabilidad del delito por presentarse inconsistencias en la actividad probatoria, por lo menos la resolución deberá realizarse en base a la observancia y la aplicación del principio de indubio pro reo.

2.2.3.9 Formas de determinar el grado de veracidad del testimonio de la víctima de abuso sexual.

Tratándose que el testimonio de la víctima, aun cuando sea el único testigo de los hechos, es considerado prueba valido de cargo suficiente para declarar la

⁵⁸ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 72.

⁵⁹ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 81.

culpabilidad del procesado, por cuanto se estima que al momento de valorar la actividad probatoria se debe considerar la siguiente cuestión.

1. Ausencia de Credibilidad Subjetiva

Es un medio para verificar que no existan relaciones entre la víctima y el procesado, basadas en el odio, resentimiento, enemistad u otras que pueden incidir en la parcialidad del testimonio, en lo relativo a esto los tratadistas David Fernando Panta Cueva y Vladimir Somocurcio Quiñones, sostienen que en la ausencia de credibilidad subjetiva: “Es obvio que si la víctima tiene ciertas enemistades con el inculpado, se colige que aquel tratará de usar todos los medios posibles, a fin de mantener su tesis inculpativa”⁶⁰.

Además se menciona que se debe prestar atención, también, a las propias características físicas o psicoorgánicas de la víctima, en las que se ha de valorar su grado de desarrollo y madurez y la incidencia que en la credibilidad de sus afirmaciones pueden tener algunas veces ciertos trastornos mentales o enfermedades como el alcoholismo o la drogadicción, o tendencias fantasiosas.

2. Verosimilitud.

En este punto se deberá prestar extremada atención a los detalles de lugar, tiempo y modo que como datos objetivos complementen la constatación narrativa, donde debe tener coherencia y debe ser rodeada de ciertas confirmaciones de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria, es decir no puede presentarse inconsistencias ni vacíos en el testimonio de la víctima

3. Persistencia en la incriminación

Sobre este punto, deberá examinarse igualmente, que la declaración no esté sumergida en serias ambigüedades, generalidades o imprecisiones, para David Fernando Panta Cueva y Vladimir Somocurcio Quiñones: “Esto significa que la declaración ha de ser: concreta y precisa narrando los hechos con las particularidades y detalles que cualquier persona en sus mismas circunstancias

⁶⁰ Panta Cueva David Fernando y Somocurcio Quiñones Vladimir. Ob.cit. Pag 11.

sería capaz de relatar, coherente y sin contradicciones, manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus distintas partes⁶¹.

⁶¹ Panta Cueva David Fernando y Somocurcio Quiñones Vladimir. Ob.cit. Pag 11.

UNIDAD IV

LOS EFECTOS JURÍDICOS

2.2.4. Efectos jurídicos en las víctimas y en las sentencias del delito de abuso sexual

Las consecuencias del delito de abuso sexual no recaen solamente en la víctima, sino también en la persona del inculpado que es sometida a juicio, en la cual afecta directamente la imagen y la reputación de la persona.

El delito de abuso sexual incluye diversas problemáticas, las cuales lo complejizan en su estudio y forma de abordaje, ya que repercute en áreas del individuo tales como:

Problemas Sociales.- Este fenómeno tiene una carga moral y valores de rechazo tanto para el agresor como para la víctima, por los valores y costumbres tradicionalistas de la sociedad, siendo esto motivo y justificación de la discriminación social.

Al respecto, el art: 2 Núm. 2 de la Convención Sobre los Derechos de los Niños determina que: “Los Estados tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares”⁶².

Problemas Legales.- En esta área, suele haber muchas dificultades por ser un proceso penoso para la víctima, en donde se cosifica y se le trata como alguien más sin conciencia donde pasa por momentos críticos y difícil para su desarrollo.

Son delitos que, por su naturaleza afectan a la salud mental de las personas víctimas de la agresión, siendo este un aspecto a menudo mal comprendido y pobremente legislado, además el hecho de que la víctima tenga una resolución a su favor que condene al acusado, no significa que con aquello quede exento

⁶² Convención sobre los Derechos de los Niños-Resolución 4425. Noviembre 20 de 1989. Pag 3.

de volver a ser víctima, razón de que el victimario habiendo cumplido la pena de prisión o no, al salir éste del centro de privación de libertad o durante su permanencia, puede ir o enviar en busca de la víctima con motivos de vengarse.

Problemas Psicológicos: Este punto es en el cual se tienen mayores repercusiones tanto para la víctima y en parte para el procesado, ya que la víctima no sólo tiene que superar la agresión a su integridad física, sino que devienen del mismo hecho toma de decisiones difíciles, con un alto costo emocional y sobre todo por un costo social que si no es bien manejado, puede tener serias repercusiones en la personalidad de la víctima. Y respecto al procesado puede resultar en una alteración emocional, convirtiendo en sentimientos de odio y venganza hacia la víctima.

2.2.4.1 Efectos jurídicos en la víctima de abuso sexual.

Nicolás Ignacio Uribe Aramburo establece que: “En primer lugar, es necesario considerar que los efectos del abuso sexual son múltiples y de diverso orden, pues no sólo afectan al organismo, sino también el plano psíquico y comportamental, lo cual implica tener en cuenta alteraciones en las relaciones familiares, escolares y barriales”⁶³

Una persona víctima que atraviesa una crisis se encuentra en una etapa vitalmente importante para continuar el curso de su vida. No importa qué tipo de crisis sea, el evento es emocionalmente significativo e implica un cambio radical en la vida de la persona.

La víctima que está en crisis, está enfrentando un problema ante el cual sus recursos de adaptación y sus mecanismos habituales de defensa no funcionan.

2.2.4.1.1 Abandono del estudio de la víctima.

Sin duda alguna la víctima de un delito y más aún tratándose de aspecto sexual, resulta en el abandono de un derecho como es el estudio precisamente para evitar el bullying o acoso escolar por cuanto la sociedad en sí miran a la víctima con una manifestación de desprecio y discriminación, porque

⁶³ http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89612011000100013.

a pesar de que la sentencia le conceda la razón a la víctima, su entorno desconoce la verdad procesal, por consiguiente, la familia y la misma víctima decide dejar de estudiar, y abandonar por un tiempo el estudio o en las peores condiciones definitivamente, por ende no solo la supuesta reparación integral que obtiene la víctima con la sentencia constituye haber subsanado el perjuicio sufrido, muy por el contrario, a partir de la obtención de resultados posterior a la investigación del delito, aparece el verdadero conflicto interno y externo de la víctima.

2.2.4.1.2 Cambio de ciudad de la víctima

Durante o luego del proceso penal, generalmente la víctima conjuntamente con sus familiares lo que principalmente desean es evitar volver a ver al delinciente o sujeto activo del delito, y la primera opción que se presenta para alejarse de los conflictos es cambiarse de su contexto o domicilio habitual, esto no significa que con el cambio de la ciudad la víctima solo tiene que luchar por su recuperación de las perturbaciones sufridas, sino también deberá luchar para adaptarse a ese nuevo contexto social.

Sin dudar; una vez que la víctima se aleja jurídicamente de la realidad procesal, un gran porcentaje proceden a dejar el lugar donde se registró el delito por el rechazo del entorno demográfico, buscando olvido de los acontecimientos, eso significa volver a empezar y obviamente genera erogación de gastos económicos.

2.2.4.1.3 Rechazo de la familia de la víctima.

Para la mayoría de las víctimas de abuso sexual, el problema es que no hay comprensión en el ámbito familiar que contribuyan a la recuperación, razón que en ocasiones no pueden comprender el comportamiento, donde muchos quiere cambiar la forma de ser de esa persona de manera agresiva o por medio de amenazas de los mismos familiares que muchas veces termina en el rechazo de la víctima por negarse hacer algo o comportarse normalmente en relación a esto un grupo de investigadores de la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos a determinado que: “Muchos de ellos sufren situaciones de violencia, abuso y negligencia en sus hogares, comunidades y escuela”⁶⁴.

Por ello más allá del rechazo, además se ha presentado un grado de descuido en tratar con los problemas de la víctima, quien también necesita información sobre reacciones emocionales esperadas y ayuda para enfrentar sentimientos de cólera, humillación y angustia.

Las sesiones familiares pueden contribuir a la recuperación de la víctima miembro de la familia, que ayuden a comprender la situación y observar como sus actitudes pueden intervenir en la resolución psicológica final de la crisis. Únicamente la necesidad de ayuda externa puede negarse por la situación en la cual se encuentra la víctima, aunque los ayudantes externos sin embargo, deben estar disponibles: sobre todo cuando hay la necesidad de hablar, y esto será útil para tratar los recuerdos obsesivos, enfrentar los sentimientos y desarrollar el dominio cognoscitivo dirigidos a integrar los sucesos de las crisis con el resto de la experiencia en la vida de la víctima.

2.2.4.1.4 Problemas económicos en la víctima.

Aunque la Constitución de la República en el art: 75 establece claramente que: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”⁶⁵,

La realidad es que todo proceso genera gasto económico como uno de los principales efectos de la sustanciación de los procesos hasta llegar a una sentencia. Producto de la cual se incurre en el pago de costas procesales y honorarios profesionales sin duda corresponde a la víctima o en su defecto a su familia quienes en el deseo innato de buscar que se resarza el derecho violentado realiza gastos que no estaban previstos si el hecho no se hubiera producido, por ende el desgaste económico significa inclusive con anterioridad

⁶⁴ www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaNinez2016.pdf. Pag 13.

⁶⁵ Constitución de la República del Ecuador-Aprobado en Sesión del Pleno N° 95. Miércoles 23 y Jueves 24 de Julio 2008. Pag 47.

al proceso en un inconveniente, que muchas de las ocasiones colaboran con el índice de impunidad de los delitos, precisamente por no tener la capacidad económica suficiente para acceder a los órganos de la justicia.

2.2.4.1.5 Programa de protección de víctimas.

Es legítimo que el Estado ecuatoriano tenga mecanismos para proteger a las víctimas, testigos y otros participantes en el proceso penal; y es así que el Art. 445 del Código Orgánico Integral Penal dispone: que: “La Fiscalía dirige el Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso, a través del cual todos los partícipes en la investigación preprocesal o en cualquier etapa del proceso, podrán acogerse a las medidas especializadas de protección y asistencia para precautelar su integridad y no revictimización, cuando se encuentren en peligro.”⁶⁶

Tomando en consideración que este programa es dirigido para aquellos grupos que se encuentran en situación de vulnerabilidad, mismo que constituye a través de un conjunto de acciones interinstitucionales vinculantes, cuya finalidad es proteger su integridad física, psicológica y social, facilitando su intervención en el proceso penal y evitando que el delito quede en la impunidad.

Desde este punto de vista, para efecto de su cumplimiento este sistema se rige por los principios de accesibilidad, responsabilidad, complementariedad, oportunidad, eficacia y eficiencia, que favorecen a la protección de la integridad de las víctimas en especial, así también pretende impedir que los delitos se queden en la impunidad, y además combatir contra la inseguridad ciudadana.

2.2.4.2 Efectos jurídicos en las sentencias del delito de abuso sexual.

El Dr. Ramiro Ávila Santamaría, tomando en consideración lo manifestado por la Dra. Mariana Yépez Andrade menciona que: “El delito es un conflicto social, ante el cual la respuesta del Estado ha sido tradicionalmente la persecución y el castigo de los responsables, a través del proceso penal, proceso que de

⁶⁶ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 69.

acuerdo al sistema adversarial contradictorio no es sino el debate entre el fiscal como representante de la sociedad y el procesado con su defensa”⁶⁷.

Por consiguiente, se establece que todo proceso penal tiene como fin, investigar y determinar la existencia y la gravedad del delito, consideradas que sean al hecho punible, el objeto del proceso penal es también la imputación del procesado, previa vinculación al proceso cuando la infracción corresponda a la manifestación de la conducta típica y antijudía del imputado, misma que termina con una sentencia que incluye además de la privación de libertad como también la reparación a la víctima; el Dr. Ramiro Ávila igualmente señala que “hoy con la normatividad vigente en el país la reparación es consecuencia directa de la sentencia condenatoria”⁶⁸.

Frente a esto, desde la perspectiva de la decisión del tribunal en sentencia, los efectos pueden ser muchos, sea esto cuando el procesado sea absuelto o condenado de imputación, de donde emana todo respecto a la situación jurídica del imputado, consistentes en privar de la libertad o declarar su inmediata libertad, que desde este punto de vista se originan las demás consecuencias como en el caso de que cuando sea condenado la reparación integral de la víctima, y en caso de ser absuelto la calificación de temeridad o malicia de la denuncia, por cuanto es evidente que todo el proceso penal, hasta el momento de la sentencia está en juego la presunción de inocencia y el derecho de libertad del procesado.

2.2.4.2.1 Condena del procesado.

El Dr. Luigi Ferrajoli en su obra sobre la Prevención y Teoría de la Pena señala que: “El derecho penal no nace como negación de la venganza sino como desarrollo, no como continuidad sino como discontinuidad y en conflicto con ella; y se justifica no ya con el fin de asegurarla, sino con el de impedirla. Es verdad que la pena, históricamente, substituye a la venganza privada. Pero esta substitución no es ni explicable históricamente ni tanto menos justificable axiológicamente con el fin de mejor satisfacer el deseo de venganza; por el

⁶⁷ Ávila Santamaría Ramiro. Ob.cit. Pag 175 y 176.

⁶⁸ Ávila Santamaría Ramiro. Ob.cit. Pag 176.

contrario, sólo se puede justificar con el fin de poner remedio y de prevenir las manifestaciones⁶⁹. En tal sentido se dice que la condena y la privación de la libertad del procesado, debe tomarse como último medio cuando ya no se admita otra forma de subsanar los hechos.

Ante lo cual, la condena del procesado, es la consecuencia de la comprobación de la materialidad y responsabilidad del hecho delictual practicada y demostrada dentro de un proceso penal, a través de medios probatorios que destruyan el derecho de presunción de inocencia conjuntamente con las bases legales que se fundamente la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad del procesado, donde a falta de uno de estos elementos del delito que presenten duda sobre la materialidad y responsabilidad del procesado, no es susceptible de condenar ni mucho menos privar la libertad del procesado.

Por cuanto, en nuestro caso como tipicidad el abuso sexual lo encontramos en el Art: 170 del COIP, para que exista antijuridicidad la conducta del victimario debe amenazar un bien jurídico protegido que respecto al abuso sexual el bien jurídico protegido vendría ser la integridad sexual de la víctima, y la culpabilidad se constituye cuando el agresor sea considerado imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

2.2.4.2.2 Privación de la libertad del procesado.

Toda acción tiene una reacción, y sobre todo en caso de que el juzgador determine la existencia de un delito como en este caso de abuso sexual, el mismo desembocará como pena en la privación de la libertad en primera instancia con prisión preventiva y posteriormente con su ratificación.

En atención a esto, el Dr. José Gracia Falconi al respecto señala que: “La pena es la consecuencia del delito, se pretende de esta manera restablecer el orden violado, por eso el castigo debe ser proporcional al daño causado, pues lo que se pretende es darle al infractor una retribución moral, en tanto que la responsabilidad penal del individuo es fruto de su libre albedrío⁷⁰”.

⁶⁹ Ferrajoli Luigi. Prevención y Teoría de la Pena. Editorial ConoSur Ltda. 1995. Pag 38.

⁷⁰ García Falconi José Carlos. Análisis Jurídico Teórico Practico del Código Orgánico Integral Penal. Editorial Indugraf. Tomo I. Riobamba Ecuador 2014. Pag 97

Por consiguiente, tal como manifiesta el Dr. José García Falconi que la pena debe ser impuesta en proporción al daño causado, en este caso tratándose del delito de abuso sexual, el mismo Art: 170 del COIP categoriza las penas privativas de libertad de acuerdo a la gravedad de las circunstancias de los hechos y de la edad de las víctimas como: “La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años”⁷¹.

2.2.4.2.3 Reparación integral a la víctima.

En caso del delito de abuso sexual, sería más un aspecto psicológico como un elemento primordial, sobre el factor económico, ya que las consecuencias del abuso sexual con el solo hecho de haber condenado al autor del delito y haber impuesto una retribución económicamente no significa que se haya reparado integralmente el daño ocasionado en la víctima, aunque en materia jurídica cuando un derecho ha sido violentado, el mismo Estado garantista de derechos debe insoslayablemente reparar el daño o por lo menos acercarse a esta realidad.

Por ello el COIP en el Art: 77 establece que: “La reparación integral radicarán en la solución que objetiva y simbólicamente restituya, en la medida de lo posible, al estado anterior de la comisión del hecho y satisfaga a la víctima, cesando los efectos de las infracciones perpetradas. Su naturaleza y monto dependen de las características del delito, bien jurídico afectado y el daño ocasionado”⁷².

⁷¹ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 28.

⁷² Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 18.

En tal situación, según el Dr. Ramiro Ávila Santamaría, “todo juicio penal debe tener como meta no solamente la sanción a los culpables de un hecho delictivo, sino también la reparación a la víctima”⁷³, y en relación a esto en el Art: 621 del COIP determina que: “Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos”⁷⁴.

Con esto el juez o el tribunal, al momento de dictar su sentencia no solamente deben enfocarse en la imposición de las penas, sino además deben pronunciarse respecto a la reparación integral de la víctima.

.2.2.4.2.4 Absolución del procesado.

El Dr. José García Falconi, sostiene que: “Si la prueba es poco concluyente o insuficiente, la jueza, juez, tribunal de garantías penales o la sala de la Corte correspondiente, debe valorarla a favor del reo, pues como dicen los tratadistas en esta materia la falta o insuficiencia de prueba de la culpabilidad equivale a prueba de confirmación de inocencia, con razón se dice en el argot popular, es preferible absolver a diez culpables que condenar a un inocente, de tal manera que si una afirmación no es probada debe ser excluida del proceso”⁷⁵.

La absolución de la culpa del procesado, constituye el rechazo a los dichos en la denuncia o acusación de la supuesta víctima por insuficiencia de pruebas, que otorga la razón a favor del procesado, toda vez que el juez o tribunal no puede condenar basadas en meras presunciones, por cuanto no se ha podido verificar el hecho con un medio de prueba que asegure la existencia del delito o el cometimiento de la infracción, ya que el procesado solo puede ser condenado mediante la precisa manifestación sobre la materialidad del delito acusado, así como su responsabilidad penal del mismo, de lo contrario los jueces deberán emitir las sentencias a favor del inculpado en caso de duda.

⁷³ Ávila Santamaría Ramiro. Ob.cit. Pag 171.

⁷⁴ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 101.

⁷⁵ García Falconi José Carlos. Ob.cit. Pag 90

La absolución del procesado no quiere decir que no haya la infracción, donde puede estar determinada la infracción, y el problema que puede presentar es que no se haya podido lograr establecer al culpable de la infracción, desde esta perspectiva el tratadista Mir Puig Santiago refiriéndose a la culpabilidad manifiestan que: “La falta de culpabilidad no se debe a que el hecho deje de aparecer como indeseable. La cuestión de si concurre o no culpabilidad sólo se plantea precisamente una vez que se ha comprobado que concurre la antijuridicidad”⁷⁶.

2.2.4.2.5 Declaración de libertad del procesado.

En caso de inexistencia de nexo causal, el resultado es la inminente declaratoria y confirmación de inocencia, en caso de haber permanecido con prisión preventiva u otras medidas cautelares, inmediatamente se ordenara la libertad y se girara la correspondiente boleta de excarcelación, con la que también se levantará todas las medidas cautelares que se hayan ordenado en contra del procesado.

Por tratarse, que la libertad de las personas en base al principio de la presunción de inocencia prima sobre las imputaciones que generen dudas con relación a la responsabilidad del procesado al momento de resolver, frente a la cual José L Cafferata Nores establece que; “el sistema jurídico vigente requiere que el tribunal, para poder dictar una sentencia condenatoria, logre obtener, de la prueba reunida en el juicio, la certeza acerca de la culpabilidad del acusado. De ello se sigue que en caso de incertidumbre éste deberá ser absuelto: in dubio pro reo”⁷⁷.

Desde este punto de vista, solamente con una sentencia condenatoria, o en casos extremos que no sean suficiente otras medidas cautelares y mediante orden de juez se puede privar la libertad de una persona.

⁷⁶ Mir Puig Santiago. Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado social y democrático de Derecho. Editorial BOSCH, Casa Editorial S.A. 2^{da} Edición. Barcelona 1982. Pag 91.

⁷⁷ Cafferata Nores José L. Ob.cit. Pag 13.

2.2.4.2.6 Declaración de maliciosa o temeraria de la acusación.

Esto, en caso de que el procesado sea absuelto de culpabilidad, dentro del COIP en el numeral 7 del Art: 433, manifiesta que: “La o el juzgador, cuando dicte resolución que ponga fin al proceso, declarará obligatoriamente si la acusación particular es maliciosa o temeraria.”⁷⁸

Por tanto, la malicia en la acusación se considera como; toda actuación que tiene por objeto causar un perjuicio o hacer el mal, respondiendo a un interés de causar un agravio al acusado. Y la temeridad se dice que es la actuación imprudente, deliberada más allá de los legítimos derechos, en que cuya actuación no consiste en hacer mal al acusado.

Frente a la cual, el condenado por temeridad pagará las costas judiciales, así como la indemnización por daños y perjuicios. En caso de que el Juez también las hubiera calificado de maliciosas, el acusador o el denunciante responderá además, por el delito previsto en el Art.271 del COIP que dice: “La persona que proponga una denuncia o acusación particular cuyos hechos no sean probados, siempre que la acusación o denuncia sea declarada judicialmente como maliciosa, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a un año”⁷⁹.

2.2.4.3 Jurisprudencia.

Para efectos de análisis de la presente sentencia se van a enmarcar los puntos de controversia respecto a la valoración de la prueba testimonial a saber:

Caso N° 1

RESOLUCIÓN N° 844-2013

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.-SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO.- Quito, 30 de julio del 2013 a las 10H00 VISTOS: De conformidad a lo dispuesto en los artículos 8 y 9 de la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 38, de fecha 17 de julio del 2013, que modifican los artículos 183 y 186 del Código Orgánico de la Función Judicial, y que disponen la integración de la Corte Nacional de Justicia, así

⁷⁸ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 67.

⁷⁹ Código Orgánico Integral Penal. Ob.cit. Pag 42.

como la competencia de la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, en concordancia con las Resoluciones No. 03-2013 y No. 04-2013 de 22 de julio de 2012 del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, continuamos con el conocimiento de la presente causa en calidad de Jueces y Conjueza. En lo principal, el recurrente POLIBIO ZENON BARROS MEDINA, interpone recurso de casación de la Sentencia dictada por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Riobamba el 1 de junio del 2012 a las 10h43, con la que se confirma la sentencia dictada con fecha 7 de mayo del 2012 a las 10h58 por el Segundo Tribunal de Garantía Penales de Riobamba en la que se le declara autor del delito de atentado al pudor, tipificado y reprimido en el Art 504 1 del Código Penal imponiéndole la pena de CUATRO AÑOS DE RECLUSIÓN MAYOR ORDINARIA sin modificar, al no haber presentado atenuantes conforme a los artículos 56 y 69 ibidem se declara la interdicción civil y se suspenden los derechos de ciudadanía por el tiempo igual al de la condena, de conformidad a lo dispuesto en el art. 309 del Código de Procedimiento Penal, se dispone la condena de pagos de daños y perjuicios ocasionados por la infracción a cargo del sentenciado, previa liquidación a realizarse. Concluido el trámite y encontrándose la causa en estado para resolver para hacerlo se considera:

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.- La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito es competente para conocer y resolver este recurso de casación, en virtud de lo que disponen: el numeral primero del art. 184 de la Constitución de la República que dice: “Serán Funciones de la Corte Nacional de Justicia: conocer los recursos de casación, revisión y los demás que establezca la ley”; arts. 38, 172, 173, 178 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, arts. 349-358 del Código de Procedimiento Penal. Por lo expuesto, corresponde el conocimiento del RECURSO DE CASACION, al Tribunal constituido por los Drs: Vicente Robalino Villafuerte y Paúl Íñiguez Ríos en calidad de Jueces Nacionales y la Dra. Zulema Pachacama Nieto en calidad de Conjueza Nacional Ponente por licencia concedida al Dr. Merck Benavides Benalcázar, según los artículos 185 inciso segundo de la Constitución de la República del Ecuador y 141,174 del Código Orgánico de la Función Judicial.

VALIDEZ PROCESAL.-En la sustanciación del proceso no se advierte vicios que puedan afectar la validez de lo actuado o acarrear su nulidad por cuanto fue presentado dentro del plazo establecido en el art. 350 del Código de Procedimiento Penal, habiéndose fundamentado el recurso de conformidad a lo dispuesto en el Art. 352 Ibídem, así también lo ha hecho el representante de la Fiscalía General del Estado, por lo que este Tribunal lo declara valido.

PROCEDENCIA DEL REÓURSO.- El recurrente BARROS MEDINA POLIBIO ZENON, fundamenta el recurso de casación en el artículo 349, del Código de Procedimiento Penal, indicando que el Juzgador en la sentencia ha violado la ley, artículos 85, 86, 87,88 y 304-A Ibídem y una indebida aplicación del artículo 504.1 del Código Penal.

FUNDAMENTACION DEL RECURSO.- El recurrente por medio de su abogado defensor Rafael Alejandro Barrero Guijarro, en la audiencia oral pública y contradictoria llevada a cabo el día seis de mayo del dos mil trece a la 10h00

dice: Que la fiscalía no ha probado lo manifestado con prueba, documental ni testimonial. Que, no existió un reconocimiento médico, porque el agente fiscal a cargo de la investigación no dispuso; y la madre de la ofendida que presentó la acusación particular no colaboro en la investigación. Los testigos que presento la fiscalía son referenciales, las únicas versiones que concuerdan en el lugar de los hechos, es el del hoy recurrente y el de la niña ofendida, que los testimonios de la fiscalía, madre de la ofendida, y las de las compañeras de la escuela son discordantes, que no existe un reconocimiento médico psicológico, que la fiscalía re-victimizo a la niña por lo que la prueba documental quedo sin efecto En la sentencia condenatoria dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Chimborazo, no se consideró, las pruebas de descargo por lo que sea violado la ley. Que la prueba no se judicializó, en la audiencia de juzgamiento, quebrantando el debido proceso y la motivación, no existió la certeza de la existencia del delito, ni la responsabilidad del procesado. Que el Tribunal no acoge el principio de indubio pro reo, violado el art. 304-4 del Código de Procedimiento Penal, así como los arts. 85, 86, 87 Ibídem. Además se ha violado derechos constitucionales contemplados en los arts. 76.1.2; 76.7.1 de la Constitución de la República del Ecuador.

REPLICA: Mi recurso está dirigido a la no aplicación de la sana crítica, en vista de que el testimonio propio por sí solo no constituye prueba. No existió el interés de la madre de la ofendida, la directora y el hijo que es profesor de la institución, han sido testigos referenciales. Se ha violado la ley, en vista que en la sentencia no existe el valor testimonial, si no existe prueba no se puede juzgar, si el informe no se puede defender se lo tacha de no idóneo, si no fue presentado en la audiencia de juzgamiento no alcanza el valor de prueba. No se dieron los requisitos para que exista un atentado al pudor; no hubo apreciación de la prueba y se quebranta la sana crítica que debe tener el Tribunal juzgador. Solicita que se le conceda el recurso de casación emitiendo sentencia absolutoria.

CONTESTACION DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO. El Dr. José García Falconi, en representación de la Fiscalía General del Estado manifiesta: El Segundo Tribunal de Garantías Penales de Riobamba, con fecha 07 de mayo de 2012 dicta sentencia debidamente motivada, en la que señala que existe con certeza el delito tipificado y sancionado en el Art. 504.1 del Código Penal y con certeza al autor de dicho ilícito, al ahora recurrente Polibio Zenón Barros Medina, le impone cuatro años de reclusión mayor ordinaria, más el pago de daños y perjuicios, de esta sentencia, de la que interpone recurso de apelación el sentenciado y la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Riobamba, con fecha 01 de junio de 2012, niega la apelación y confirma la sentencia dictada por el tribunal a quo, existe la sentencia del doble conforme, de esta sentencia interpone recurso de casación el señor Polibio Barros Medina, es de conocimiento general, que dentro de nuestro sistema penal ecuatoriano existen dos recursos extraordinarios el de casación para corregir los errores de derecho y el de revisión para corregir de los errores de hecho, son recursos extraordinarios y además eminentemente técnicos, porque el legislador ha previsto una serie de requisitos, el art 349 del Código de Procedimiento Penal señala de manera categórica. La casación es una revisión jurídica un análisis jurídico, un enfrentamiento exclusivamente entre la sentencia, no la del Tribunal Segundo de Garantías Penales, sino por

la Sala Especializada de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, a fin de ver si en esa sentencia se violó la ley por indebida aplicación de su texto, por errónea interpretación, por contravención en su texto, y es obligación del casacionista, señalar de manera detallada, que ley se violó, como se violó y como influyó la violación de esta ley en la sentencia, (...), conforme señala el Art. 349 inciso segundo del Código de Procedimiento Penal (lee art.), por lo que la casación es un recurso eminentemente técnico, y lo que ha hecho, el abogado del recurrente, es un alegato de tercera instancia, lo cual no cabe en esta clase de recursos. En el proceso consta el testimonio de la menor Alisson Pilco Merino, quien señala con detalles la manera como fue atentada al pudor por el hoy recurrente, portero de la Escuela Cecilia Álvarez de Freire, donde ella se educaba, que es de 56 años de edad, quien le llevo a un aula, le besó, le obligó a sentarse en sus piernas, y le manoseó sus partes íntimas, lo que se encuentra corroborado con el informe de la Psicóloga; además existe reconocimiento del lugar de los hechos, como se ha señalado, la doctrina y jurisprudencia han indicado que esta clase de delitos no se cometen ante testigos sino con la reserva del caso, estos delitos, sin duda alguna violentan, de manera expresa lo que dice el At. 44 y 46 de la Constitución de la República, el interés superior del niño, el Art. 81 Constitución de la República del Ecuador, que señala como delitos que causan alarma social, este tipo de ilícitos, al igual que varias disposiciones del Código de la Niñez y de la Adolescencia. La sentencia antes mencionada guarda proporcionalidad, al comienzo de la fundamentación se solicitaba que se aplique atenuantes, si analizamos lo que dice el 504.1 del Código Penal, tampoco se ha violado el principio de proporcionalidad señalado en el Art. 76.6 de la Constitución y peor aún el Art. 76.2 que establece la presunción de inocencia, que es un principio relativo, porque de acuerdo a las 5 pruebas que actuó la Fiscalía General del Estado, tanto el Segundo Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, como la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Chimborazo han señalado que existe con certeza tanto la existencia del delito tipificado en el Art. 504.1 de Código Penal, como la responsabilidad del acusado Polibio Zenón Barros Medina, de 56 años de edad, portero del Centro de Educación Cecilia Álvarez de Freire, institución donde estudiaba la niña. No dejemos en la impunidad esta de clase delitos, no se ha fundamentado de manera alguna el recurso de casación por lo que solicitamos que se devuelva el proceso al Tribunal A-quo para que se dé cumplimiento a la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA.- El derecho a la impugnación está garantizado en: el art. 8, numeral 2, literal h) de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) que dice: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”: art. 14, numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del año 1966, que establece que “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme lo prescripto por la ley”: En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, se encuentra estatuido en el art. 76, numeral 7, literal m de la Constitución de la República, en tanto que la casación propiamente dicha, como medio impugnatorio, se encuentra regulada en los arts. 349-358 del Código de Procedimiento Penal. La doctrina reconoce que

una de las garantías que tiene el procesado, en el desarrollo del debido proceso, es la de impugnar la decisión judicial que no comparta y que comprometa su derecho a la defensa, Derecho que en el Ecuador se extiende a todos los sujetos procesales, siendo entonces la casación uno de estos medios impugnatorios, de naturaleza extraordinaria, especial y facultativa, mediante la cual una de las partes que actúan en el juicio, expresamente autorizadas para tal efecto, y por alguna de las causales taxativamente determinadas en la ley procesal penal, demanda de la Corte Nacional de Justicia un examen jurídico de una sentencia venida en grado que considere violatoria de la ley sustantiva, y en ocasiones de la ley procesal penal. La naturaleza jurídica de la casación consiste en la constatación de la conformidad en derecho de la sentencia, por tanto no constituye de modo alguno instancia y tampoco resulta un nuevo análisis de la prueba actuada y desarrollada en juicio, para aquello existe en nuestro sistema procesal penal otros medios de impugnación de naturaleza específica. El principio de legalidad adjetiva previsto en el art. 76, numeral 3 de la Constitución de la República dice que: “Solo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento” En tal sentido, la interposición del recurso de casación así como su fundamentación están sujetas al impulso del sujeto procesal (recurrente) conforme el principio dispositivo consagrado en el numeral 6 del art. 168 de la Constitución de la República. No obstante, la ley procesal penal (art. 358) confiere al órgano judicial la facultad de casar la sentencia aun cuando el recurrente haya equivocado la fundamentación del recurso. El Art 349 del Código de Procedimiento Penal, contiene el motivo de la casación, su contenido principal supone que la impugnación va dirigida a revisar la correcta aplicación de la ley, por lo que es esencial que el recurrente indique claramente en qué consiste el error y demuestre en el desarrollo de su tesis la ilegalidad de la sentencia; siendo su obligación fundamentar los cargos que se demanden contra el veredicto, utilizando métodos que orienten a explicar en detalle los términos en que se ha producido la violación de la ley, ya por contravención expresa de su texto, norma aplicable al caso en conflicto que deducen efectos contrarios a su hipótesis; por indebida aplicación, E que se juzga y consecuentemente se deja de aplicar la norma que jurídicamente correspondía; o, por errónea interpretación, si resulta que la norma que utilizó el juzgador es aplicable al tema de conflicto. Igualmente la fundamentación del recurso debe abarcar la explicación de cuál es la incidencia resultante por el error que ha originado, en la parte dispositiva del fallo que se impugna, de tal forma que se pueda sustentar que, si el juzgador no hubiera entrado en esa exclusiva infracción, otra hubiera sido la decisión judicial; aspectos que en la fundamentación del presente recurso de casación no se explican, limitándose el recurrente por medio de su abogado defensor Dr. Rafael Alejandro Borrero Guijarro, a mencionar su inconformidad con el contenido de la sentencia recurrida, indicando que la fiscalía no ha justificado la acusación con prueba documental ni testimonial, que no existe un reconocimiento médico y que en la sentencia dictada por el Segundo Tribunal de Garantías Penales del Chimborazo, no se ha considerado las pruebas de descargo por lo que se violado ley arts. 85, 86, 87 y 304-A del Código de Procedimiento Penal y arts. 76.1.2; 76.7.1 de la Constitución de la República del Ecuador, sin indicar de qué forma han sido violadas, así como la forma en que ha sido perjudicado con dicho fallo,

tampoco se indica que sí el juzgador de instancia hubiere aplicado correctamente las normas legales invocadas, cuál hubiere sido el resultado en la sentencia. De la revisión y análisis a la sentencia recurrida este Tribunal, establece que el ad-quem ha confirmado en todas sus partes la sentencia dictada por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de Riobamba el 7 de mayo del 2012, a las 10h58, en la que se condena al recurrente POLIBIO ZENON BARROS MEDINA, en razón de que el juzgador ha desarrollado su pronunciamiento, en base al análisis y valoración de las pruebas obtenidas y aportadas por los sujetos procesales en la respectiva etapa, y especialmente a los elementos del tipo penal, determinándose que la conducta del recurrente se adecuó al delito de atentado al pudor tipificado en el artículo 504.1 del Código Penal, hechos que constan detallados de forma explícita en los considerandos: quinto, sexto y séptimo de la sentencia impugnada. Inclusive dentro del considerando Octavo del fallo, el juzgador realiza un análisis en base a las reglas de la sana crítica de las pruebas de cargo y de descargo, las mismas que han sido pedidas, ordenadas, practicadas e incorporadas dentro juicio, cumpliendo de esta forma con la legalidad que contempla el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal, pruebas que han llevado al juzgador a determinar con certeza tanto la existencia de la infracción así como la responsabilidad del acusado, en tal virtud el procesado a encuadrado su conducta en lo tipificado en el artículo 504 1 del Código Penal que dice Sera reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años , quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal". De la disposición legal trascrita, se establece que los actos realizados por el recurrente guardan relación con el texto, el juzgador declara a POLIBIO ZENON BARROS MEDINA, autor y responsable el delito de atentado al pudor tipificado y reprimido en el Art 504 1 Del Código Penal, por lo que le condena a CUATRO AÑOS DE RECLUSION MAYOR ORDINARIA, sin modificar, al no haber incorporado atenuantes, la interdicción civil y se suspenden los derechos de ciudadanía por igual tiempo de la condena de conformidad a lo dispuesto en los artículo 56 y 60 Ibídem, además dispone la condena de pago de daños y perjuicios de conformidad a lo dispuesto en el art. 309 del Código de Procedimiento Penal, previa liquidación. 6.5.- Es de señalar que el juzgador ha llegado establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado con las diligencias actuadas 9 en el juicio tanto por la fiscalía como por la acusación particular, mas no como el sentenciado por medio de su abogado defensor lo afirma en su fundamentación, reiterando que dichas pruebas han cumplido con las reglas constantes en los artículos: 79, 83,85,86,87,88,89 y 252 del Código de Procedimiento Penal, Por otra parte se observa que el Ad-quem, en la sentencia impugnada ha observado las garantías constitucionales consagradas en el artículo 76.7 de la Constitución de la República esto es, el debido proceso, y el derecho a la defensa; así como la seguridad jurídica establecida en el artículo 82 Ibídem, las pruebas aportadas y presentadas en la etapa del juicio han sido valoradas y apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica dispuestas en el Art. 86 Ibídem; y una vez que ha considerado que éstas son suficientes para determinar tanto la existencia de la infracción así como la responsabilidad del procesado se ha confirmado en todas sus partes la sentencia del A-quo. En tal virtud el argumento de que se ha violado la ley en los artículos 85, 86, 87 del Código de Procedimiento Penal

y los arts. 76.1.2; 76.7.1 de la Constitución de la República del Ecuador, es improcedente. Cabe resaltar que la sentencia impugnada se encuentra debidamente motivada por tanto, las decisiones no son arbitrarias, cumpliendo el fallo recurrido con lo dispuesto en el Art. 76.7.1 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 309, del Código de Procedimiento Penal. En tal virtud la sentencia recurrida, que confirma tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado se respalda en los fundamentos fácticos y jurídicos, expuestos en los considerandos contenidos en ella, determinándose que no existe violación de norma legal ni constitucional alguna, que haya vulnerado derechos del recurrente, o haya afectado de alguna manera en la decisión del juzgador ad quem.

RESOLUCION. Por las consideraciones expresadas, este Tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, por unanimidad, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el recurrente POLIBIO ZENON BARROS MEDINA, en razón de que no se ha fundamentado dicho recurso conforme lo establece el artículo 349 Ibídem, así también no ha encontrado motivos para casar de oficio. Ejecutoriada esta sentencia devuélvase el expediente al órgano judicial de origen. Actúe la doctora Martha Villarroel Villegas, Secretaria Relatora encargada de conformidad con la acción de personal No. 2692-DNP-MY.- NOTIFIQUE~ Y CUMPLASE.

Comentario y análisis personal

El punto de discusión en casos los delitos sexuales, específicamente tratándose del delito de abuso sexual según el Código Orgánico Integral Penal vigente, o anteriormente considerado atentado al pudor con el derogado Código Penal, es que en este tipo de delito, el proceso penal desde la fase pre-procesal o investigación previa hasta la etapa de juicio, se desarrolla al margen del testimonio de la presunta víctima que generalmente son niñas, niños y adolescentes, quienes declaran haber sido agredidas sexualmente, frente a la cual, se sustentan adicionalmente dicho testimonio con el examen psicológico, con el reconocimiento médico legal, con el reconocimiento del lugar de los hechos y testigos que normalmente son familiares de la víctima.

Desde este punto de vista, respecto al presente caso, se conoce que Alisson Pilco Merino menor de diez años de edad, alumna de la Escuela Cecilia Alvares de Freire ha sido abusada sexualmente por Polibio Zenon Barros Medina de 56 años de edad, quien laboraba como portero de la mencionada

Institución Educativa, donde la menor manifiesta que en una ocasión este señor que se desempeñaba como portero, le había llevado al interior de una aula de la escuela, donde le había procedido a besarle y obligarle a sentarse sobre sus piernas y además tocarle sus partes íntimas. Esto habiendo llegado al conocimiento de los padres y posteriormente a las autoridades del Centro Educativo se lleva el caso a conocimiento de la Fiscalía de Riobamba, con la que una vez procesado al ciudadano se llama a juicio, y en el juzgamiento se condena a cuatro años de prisión y adicionalmente al pago de indemnización por daños y perjuicios.

Dentro de la etapa de la instrucción fiscal se practicaron como medio de pruebas el examen psicológico donde la víctima había narrado lo sucedido, y el perito pudo observar un grado de autoestima baja y temor al hablar; de igual forma se realizó el reconocimiento del lugar de los hechos mediante la cual se estableció que evidentemente los hechos fueron al interior de la Escuela Cecilia Alvares de Freire, así también se presentaron testigos como la directora de la escuela, compañeras de la menor y los mismos padres, quienes reafirmaron lo manifestado por la víctima. Al respecto, condenado al sujeto a prisión por el Tribunal Segundo de Garantías Penales de la ciudad de Riobamba y presentada el recurso de apelación de la sentencia, la defensa del condenado alegaba la indebida aplicación de la norma por parte de los jueces al momento de imponer la pena, y que además la fiscalía no había presentado el reconocimiento médico legal, por cuanto no se ha logrado comprobar la materialidad de la infracción y mucho menos la responsabilidad.

Al respecto, refiriéndose al hecho de que fiscalía en la etapa de la instrucción Fiscal no haya practicado el reconocimiento médico legal, mismo que no se ha presentado en juicio, cabe indicar que el reconocimiento médico legal consiste en el examen obstétrico para determinar si hubo violación o acceso carnal, y que esto en nada contribuye en cuanto a la determinación del delito de abuso sexual, por cuanto una de las características del delito de abuso sexual como se había señalado en el desarrollo de la presente investigación no puede haber acceso carnal o copula,, razón de que este delito se constituye con el simple acto de carácter sexual

En relación a la indebida aplicación de la norma se considera como tal, cuando al momento de la decisión sobre un hecho se invoca una norma que en si no tenga ninguna referencia con el caso; dentro del presente caso tanto el testimonio de la víctima como los demás medios de prueba afirman el cometimiento de abuso sexual, frente a la cual lo que corresponde a los Jueces del Tribunal es adecuar la conducta del procesado con la realidad de los hechos y aplicar la norma, que en este caso la condena fue con una pena de cuatro años de prisión incluida indemnización por daños y perjuicios.

Desde perspectiva, es que tanto la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo en la apelación, como también la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia de la ciudad de Quito en casación, declaran de improcedente el recurso, razón de que el recurrente no ha logrado probar donde haya violación a las normas o indebida aplicación ni vulneración de derechos.

Por consiguiente, tal como se había señalado anteriormente que el desarrollo del proceso penal se ubica al margen del testimonio de la víctima, por ello, se dice que la víctima de abuso sexual dentro del proceso penal cumple la función de acusador y testigo a la vez, ya que el testimonio de la víctima se encuentra sobre los demás medios de prueba, y que a partir del testimonio es de donde se origina toda la actividad probatoria, tal como se pudo apreciar con el análisis del presente caso, que desde el testimonio de la menor fue de donde emana la necesidad de llevar a cabo la práctica de todas las pruebas, que consecuentemente inclusive se llegó a condenar al procesado en base al testimonio y las demás pruebas que contribuyeron para establecer la materialidad de la infracción e igualmente la culpabilidad o responsabilidad hacia el infractor

Además, en lo referente a esto se considera que, por cuanto la verdad o falsedad del testimonio no es una tarea fácil de verificar que muchas veces se ha hecho es imposible determinar con exactitud la existencia del delito, se establece que algunas veces esto puede también llevar al error a los juzgadores donde se puede condenar a un inocente, o dejar en la impunidad un

delito, pero sea cual sea el caso, se estima que en caso de duda la decisión del Juez o Tribunal siempre tendrá que vincularse en el sentido más favorable al grupo o persona más vulnerable dentro del proceso.

Caso N° 2

RESOLUCIÓN N° 0570-2013

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL. Quito, marzo 14 de 2013. Las 14H30. **VISTOS:** El Pleno de la Corte Nacional de Justicia, en Sesión de 30 de enero de 2012, conformó sus ocho salas especializadas, de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 183, del Código Orgánico de la Función Judicial. En virtud del sorteo realizado, corresponde al doctor Merck Benavides Benalcázar, como Juez Ponente, doctor Johnny Ayluardo Salcedo y doctora Lucy Blacio Pereira, Juez y Jueza Nacionales, que conforman este Tribunal de la Sala, de conformidad con lo dispuesto en los Arts. 141, 183.3, del Código Orgánico de la Función Judicial. Por licencia concedida a la doctora Lucy Blacio Pereira, actúa en su reemplazo el doctor Richard Villagómez Cabezas, de conformidad con el oficio No. 653-SG-CNJ-IJ, suscrito por el doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia.

ANTECEDENTES DE LA CAUSA Carmita Rojas Tixe, presenta denuncia en la Secretaría Ejecutiva del Consejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón Chunchi, indica que la menor NN, tiene 16 años de edad y que desde los 11 años, ha sido sujeto de abuso sexual por parte de su padre, de nombre Luis García Siguencia. Por lo que el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Chimborazo con sede en Alausí, con fecha lunes 22 de octubre de 2012, las 11h45, dicta sentencia declarando a Luis Vicente García Siguencia, culpable del delito de atentado al pudor en perjuicio de su hija NN, imponiéndole la pena de cuatro años de reclusión mayor ordinaria, conforme a lo dispuesto en el Art. 504.1, del Código Penal, y sujeto a lo determinado en los Arts. 56, 60 y 528.18 ibidem; el sentenciado apela ante la Corte Provincial de Justicia de Riobamba, Sala Especializada de lo Penal, y con fecha viernes 30 de noviembre de 2012, las 12h09, con voto de mayoría, acepta el recurso de apelación interpuesto por el procesado y revoca la sentencia dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo, por lo que confirma la inocencia de Luis Vicente García Siguencia; y, con voto salvado se confirma en todas sus partes la sentencia venida en grado, dictada por el Tercer Tribunal de Garantías Penales de Chimborazo que declara la culpabilidad de Luis Vicente García Siguencia; de la cual, la Fiscalía de Chimborazo, interpone recurso de Casación, para ante la Sala de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia.

ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACION EN LA AUDIENCIA ORAL, PÚBLICA Y CONTRADICTORIA El recurso de casación, ha sido tramitado conforme al Art. 352, del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el Art. 345, ibidem, y lo dispuesto en el Art. 76.1.3, de la Constitución de la República, se llevó a cabo la audiencia oral, privada y contradictoria, en la que los concurrentes expresan:

Interviene la recurrente doctora Yolanda Paredes en representación de la Fiscalía General del Estado Quien manifiesta que, interpone el recurso de casación conforme al Art. 354 de Código de Procedimiento Penal, que le corresponde fundamentar el recurso de casación interpuesto por el Fiscal de Chunchi de la sentencia en la que se declara la inocencia del acusado Luis García Siguencia; que el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Chimborazo con sede en Alausí lo sentencia a cuatro años de reclusión ordinaria, por el delito tipificado en el Art. 504.1, del Código Penal; que la Sala de la Corte Provincial de Justicia, en apelación, revoca la sentencia y confirma la inocencia del procesado; que de esta sentencia interpone recurso de casación el Fiscal de Chunchi, considerando que la Sala ha violado la ley al realizar una indebida aplicación y errónea interpretación conforme el Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; de conformidad con el mencionado cuerpo legal, el recurso de casación procede cuando la sentencia adolece de algún error de derecho que deba ser subsanado a través de este recurso por uno de los siguientes presupuestos, errónea aplicación, indebida aplicación o contravención expresa a su texto por lo que no serán admisibles los pedidos tendientes a valorar la prueba, como lo señala el inciso final del Art. 349 del Código de Procedimiento Penal; que si bien la Fiscalía no pretende una nueva revisión de la prueba que fue valorada por el Juez de instancia, es necesario señalar ante el error de derecho, una inadecuada aplicación del Art. 86 del Código de Procedimiento Penal, respecto a la indebida aplicación y valoración de las pruebas, es decir las reglas de valoración de las pruebas instruidas por la sala al momento de dictar la sentencia absolutoria a favor del acusado; que el ejercicio probatorio alcanza su mayor valor en la audiencia de juzgamiento, cuando el Fiscal introduce las investigaciones, que adquieren el carácter de prueba en la audiencia de juzgamiento, de acuerdo con el Art. 79 y 83 del Código de procedimiento Penal; y, que el juzgador llegue a la certeza, para dictar fallo de condena o un fallo confirmando la inocencia, que la sentencia de la que fuera interpuesto recurso de casación por el Fiscal de la causa, adolece de errores de derecho que deben ser subsanados, porque la misma es diminuta, carente de motivación, violenta el Art. 87 del Código de Procedimiento Penal respecto de las reglas de valoración de la prueba; que se viola el Art. 76.7.1) de la Constitución en concordancia con el Art. 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial, respecto de la sentencia impugnada y que ha sido apelada; que interpuesto el recurso de casación por el fiscal, se encuentra comprobado conforme a derecho, la responsabilidad del acusado con las pruebas que se introdujo en la audiencia de juzgamiento, tanto documental, como testimonial, refiriéndose a la documental a la partida de nacimiento de la menor ofendida, con la que se demuestra que es menor de dieciocho años, y que con el testimonio del médico perito, el reconocimiento médico de la adolescente ofendida, testimonio del psicólogo y también de la persona que denunció este hecho, que la secretaria del Consejo de la Niñez y Adolescencia, al haberle realizado una valoración a la menor ofendida, se percató de las agresiones de tipo sexual que recibía de parte de su padre; que la madre por temor a represalias, no denunció porque tenía problemas de violencia intrafamiliar en su casa, por lo que considera que la sentencia emitida por la Sala de instancia viola la Ley, al no haber realizado una correcta aplicación del Art. 86, del Código de Procedimiento Penal, que se refiere a la valoración de la prueba, del Art. 76.7.1) de la Constitución en concordancia con

el Art. 130.4 del Código Orgánico de la Función Judicial; que deja de esta manera fundamentado el recurso de casación interpuesto por Roberto Carlos Cayambe, Fiscal de Riobamba.

Contestación del abogado Froilán Ricaurte, abogado defensor del señor Luis Vicente García Sigüenza Manifiesta que existe una persecución a su defendido por su cónyuge, por problemas que tenían entre cónyuges; que no se atrevieron la hija ni la madre, a declarar en ja audiencia de juzgamiento en el Tercer Tribunal Penal; no se ha demostrado nada en su contra y que al contrario la víctima es su defendido, quien ha sido acusado injustamente; que una servidora del Municipio de Chunchi aparece como denunciante, acusadora, testigo, perito, psicóloga en contubernio con otro perito; que dentro de la indagación o instrucción fiscal, la menor, quien no tiene señal alguna de haber sido violentada sexualmente, quiso cambiar de violación con atentado al pudor; que aparecen testimonios ante el Tribunal Penal, en la que dos hijas señalan la manera de ser de su padre, como un hombre íntegro, con mucha responsabilidad, que todos sus hijos son útiles para la sociedad, inclusive la menor, que terminó sus estudios en una academia, de donde aparece que jamás fue afectada psicológicamente, como falsamente se dijo; es por esto que la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, declaró su inocencia, por consiguiente solicita se rechace el recurso interpuesto.

Encontrándose la causa en estado de resolver, para hacerlo se considera:

PRIMERO: JURISDICCION Y COMPETENCIA.- Este Tribunal de la Sala de lo Penal, es competente para conocer y resolver el recurso de casación, conforme a los Arts. 184.1 y 76.7k), de la Constitución de la República; Arts. 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, Art. 349, y siguientes, del Código de Procedimiento Penal.

SEGUNDO: VALIDEZ PROCESAL.- El recurso de casación, ha sido tramitado conforme al Art. 352 del Código de Procedimiento Penal, y lo dispuesto en el Art. 76.1.3 de la Constitución de la República, por lo que se declara su validez.

TERCERO: ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL 3.1. Del Recurso de Casación “La casación, como juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos fácticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo...”, (Jorge Enrique Torres Romero y Manuel Guillermo Puyana Mutis, citados por Orlando Rodríguez, en su obra “Casación y Revisión Penal”, pág. 20). Por tanto, el recurso de casación es un medio extraordinario de impugnación que busca la correcta aplicación de la ley, más no el pronunciarse sobre los hechos, de efecto suspensivo, contra sentencias en las que se hubiere violado la ley, ya por contravenir expresamente su texto, por haber hecho una falsa aplicación de ella, o interpretado erróneamente, como lo dispone el Art. 349, del Código de Procedimiento Penal. “La violación directa es un desacierto de selección normativa. Representa el yerro del juzgador en cuanto al contenido de la norma en el proceso. de entendimiento y comprensión de las disposiciones legales aplicables a la situación jurídica, arribando en forma desacertada a la escogencia de la disposición calificadora,

bien sea, dejando de adjudicar la que corresponda al caso (inaplicación), y en su lugar poniendo en marcha otra, que no gobierna la situación bajo el examen, lo cual correlativamente conduce a la aplicación indebida de otra. En otra forma puede llegar a una interpretación errónea que surge del entendimiento desacertado de la norma” (RAMIREZ Samuel, “Los Errores de Hecho en Sede de Casación Penal”, pág.165). Por lo indicado anteriormente el juzgador debe tener capacidad de interpretación y aplicación de las normas jurídicas para cada caso concreto, y para ello, debe realizar un razonamiento lógico - jurídico, basado en la experiencia y en el conocimiento de las ciencias jurídicas, y así, garantizar el principio de legalidad, previsto en la Constitución de la República. Este recurso se resuelve en función de aquellas normas que el casacionista considera han sido violadas dentro de la sentencia que ha emitido el juzgador competente, siendo importante que el recurrente fundamente de manera exhaustiva qué normas específicas de la ley se han vulnerado en el caso concreto, y la forma cómo ha influido en la decisión de la casusa; para ello, esta violación debe ser, una de aquellas que se consideran como directas, es decir, que la vulneración al precepto legal haya sido dada en sentencia, por contravención expresa de su texto, indebida aplicación o errónea interpretación, estos aspectos son volitivos del juzgador, en el que, al utilizar el precepto legal, yerra en el verdadero sentido y alcance de la norma jurídica, que le lleva a aplicar o inaplicar de manera equivocada. Es preciso manifestar, que se reconocen como fines esenciales a la casación, la defensa del Derecho Objetivo, buscándose con ello el imperio de la seguridad jurídica, las garantías judiciales y la igualdad de los ciudadanos ante la ley, aspectos que se encuentran regulados por los Arts. 76, 77 y 82, de la Constitución

de la República, así como por los Arts. 8 y 24, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 3.2 La recurrente aduce que el procesado ha incurrido en el delito tipificado y sancionado por el Art. 504.1 del Código Penal, que refiere al sometimiento de un menor o discapacitado para actos sexuales, sin acceso carnal; respecto del cual, de la sentencia recurrida, el Tribunal juzgador llega a la certeza de que el procesado Luis Vicente García Siguencia, no es responsable del delito que se le acusa, por cuanto el 31 de marzo de 2012, las 15h00, el procesado no estuvo en su casa de habitación, ya que se encontraba en una asamblea general de una cooperativa, hasta las 5 de la tarde, hecho corroborado con el testimonio de Ángel Roberto Tenesaca Tenesaca, quien afirma que el señor García participó en la minga que hubo ese día después de la sesión y que salieron luego de las 5 de la tarde. La recurrente señala que existe una indebida aplicación y errónea interpretación conforme al Art. 349 del Código de Procedimiento Penal, del Art. 86 ibidem, que refiere a la apreciación de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica; pues el tribunal ad quem, en base a su experiencia, sus conocimientos y aplicando la sana crítica, llega a la certeza sobre la cual fundamenta su decisión. Señala que existe una falta de aplicación del Art. 87 del Código de Procedimiento Penal que refiere a que la presunción debe basarse en indicios probados, graves, precisos y concordantes; de la sentencia recurrida se desprende que el Juez de instancia, en su momento procesal, valora la prueba con lógica, experiencia, conocimientos y sana crítica, a fin de llegar a la certeza y garantizar una efectiva tutela jurídica por parte del Estado. Dice que no se aplica el Art. 86, referente a la valoración de la prueba, lo que está prohibido a

esta Sala por disposición del Art. 349, inciso segundo, del Código de Procedimiento Penal, el Tribunal de instancia, en su sentencia manifestó la razón jurídica en virtud de la cual, el juzgador acogió una determinada decisión, analizando el contenido de todas y cada una de las pruebas, comparándolas y relacionándolas con todos los elementos existentes en el expediente y sobre todo las practicadas en el juicio oral; se observa que el juzgador de instancia, ha asegurado el debido proceso respetando las garantías básicas. 3.3 La recurrente dice que se viola el Art. 130.4, del Código Orgánico de la Función Judicial y el Art. 76.7.1) de la Constitución de la República, que refieren a la motivación, que toda resolución del poder público debe tener; la motivación que es un razonamiento lógico jurídico y justificativo del por qué se llega a adoptar tal o cual resolución; es la expresión externa de las razones que han llevado a una valoración de certeza, por ello la sentencia se la considera como una cuestión de forma y de fondo; entendiéndose por motivación a las normas o principios jurídicos en que se funda y como se aplican a los antecedentes de hecho, así como de no hacerlo serán considerados nulos; se debe señalar que existe motivación como una actividad consiente, coherente, lúcida y clara con que se manifiesta en la argumentación, en este sentido, la sentencia objeto del presente recurso, conforme al análisis jurídico, se encuentra debidamente motivada. 3.4 Los derechos de la recurrente se encuentran resguardados al contar con las suficientes garantías en las etapas procesales anteriores; cuando se invocan esta clase de infracciones, lo procedente es analizar en cada caso específico, si se observó o no el procedimiento respectivo en la tramitación de la causa, no es suficiente alegar in genere la transgresión de las garantías constitucionales, se debe determinar con claridad de qué manera se han vulnerado dichas garantías, por lo tanto es improcedente el recurso, por cuanto la representante de la Fiscalía General del Estado, no precisa la causal violada ni tampoco fundamenta el recurso, conforme lo establece el Art 349 del Código de Procedimiento Penal.

RESOLUCIÓN: Por las consideraciones anteriormente expuestas, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA, por unanimidad declara improcedente el recurso de casación interpuesto por la Fiscalía, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 358 del Código de Procedimiento Penal. Actúe la doctora Martha Villarroel Villegas, en calidad de Secretaria Relatora encargada, de conformidad con la acción de personal No. 2692-DNP-MY.- Devuélvase el proceso al juzgado de origen para los fines legales pertinentes. NOTIFÍQUESE.

Comentario y análisis personal

Considerando que la absolución o condena del procesado en cualquier delito, es la consecuencia del suficiente o insuficiente elemento de convicción que se hayan logrado recabar dentro de actividad probatoria, mismo que tengan pertinencia con relación a la realidad circunstancial de los hechos y que además hayan sido practicadas legal y debidamente, estas pruebas así mismo generen también criterios de valor probatorio hacia el juzgador con grado de

certeza, para que sea aceptado como tal, de lo contrario a esto, todo lo actuado que no guarde relación con los hechos y que ocasione dudas para con el juzgador pues obviamente toda prueba deberá ser desechada y resuelta en el sentido más favorable del acusado.

Al respecto, el presente caso hace mención que mediante denuncia presentada por Carmita Rojas Tixe ante la Secretaría Ejecutiva del Consejo Cantonal de la Niñez y Adolescencia del Cantón Chunchi, y posteriormente llegado a conocimiento de la fiscalía del cantón Alausi se conoce que la menor NN, tiene 16 años de edad quien desde los 11 años, ha sido sujeto de abuso sexual por parte de su padre, de nombre Luis García Sigüencia. Por lo que el Tribunal Tercero de Garantías Penales de Chimborazo con sede en Alausí, una vez sustanciada el proceso penal en juicio dicta sentencia declarando a Luis Vicente García Sigüencia, culpable del delito de atentado al pudor hoy abuso sexual en perjuicio de su hija NN, con una pena privativa de libertad de cuatro años, resolución que fue apelado por el sentenciado para ante la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo en Riobamba, instancia en el cual la Sala Penal revoca la sentencia del Tribunal Tercero de Garantías Penales de Chimborazo y confirman la inocencia de inculpado, de la cual fiscalía presenta recurso de casación ante la Sala Penal de la Corte Nacional de Justicia, instancia en que fue desechada el recurso interpuesta por parte de fiscalía, por no haber logrado probar la pretensión.

En lo pertinente al recurso de apelación presentado el por sentenciado, alegaba que el Tribunal Penal sin suficientes medios de prueba que determinen la materialidad de la infracción y responsabilidad del procesado resuelve condenar a cuatro años de prisión, ya que desde el inicio del proceso penal la denunciante aparece como una persona particular simplemente como una trabajadora del municipio que no tiene parentesco alguno con la supuesta víctima, además que la razón de la denuncia es producto de problemas conyugales con la madre de la menor, quien como una forma de represalia a través de la menor adolescente y por medio de interpuesta persona ha logrado imputarle con falsas acusaciones y además en la Audiencia de Juicio no se presentan ni el testimonio de la víctima ni de la madre y además el día en que supuestamente fue agredida la víctima, el procesado logro demostrar que ese

día había estado en una Asamblea comunal, mientras que el Tribunal en ausencia del testimonio de la menor, solamente con lo manifestado por la denunciante y otras pruebas dictan sentencia condenatoria.

Fue esto, que la Sala Penal en Riobamba había considerado que en sí, fiscalía no ha logrado recabar elementos de convicción que generen un criterio de valor probatorio de la conducta típica, antijurídica y culpable del procesado, si bien es cierto que la víctima anterior al juicio haya manifestado haber sido agredida sexualmente por su padre, la interrogante es: ¿Por qué no compareció a la audiencia?, y además ¿Cómo la denunciante siendo una persona particular puede manifestar con grado de certeza que hubo abuso sexual?; esto por el mismo hecho de ser una persona ajena a la familia, desde nuestro punto de vista correspondería a la madre de la menor quien conoce el carácter y la personalidad del procesado que es el cónyuge, que también es la que conoce el comportamiento y la actitud de la víctima,

Con relación a esto, fiscalía como fundamento al recurso de casación sostenía que hubo indebida aplicación de la sana crítica por parte de los jueces de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Riobamba al absolver de culpa y confirmar la inocencia del procesado, ya que fiscalía en juicio había presentado como medios de prueba el examen psicológico, el examen ginecológico y el reconocimiento del lugar de los hechos, y quienes realizaron la práctica de las pruebas correspondientes manifestaron haber escuchado el testimonio de la menor adolescente que decía haber sido agredida por su padre. Ahora bien, desde el punto de vista en conflicto que es la Sana Crítica, vale hacer una definición en que consiste esto, por ello según la Enciclopedia Jurídica se señala que la sana crítica es: “Fórmula que emplea el legislador para la valoración de muchos medios de prueba. En virtud de ella se deja la apreciación según su arbitrio, a los jueces y tribunales, pero sin que pueda ser manifiestamente equivocada, arbitraria, absurda o irracional”⁸⁰.

Siendo que la sana crítica, es la apreciación lógica que hace el juzgador de todos los elementos de prueba, frente a la cual dentro del presente caso se

⁸⁰ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/sana-critica/sana-critica.htm>

puede apreciar que la valoración de la prueba por parte de la Sala Penal de Riobamba no se verifica una manifestación arbitraria, equivocada o irracional, ya que las pruebas fueron apreciadas en conjunto los cuales no dieron lugar a la determinación de la materialidad de la infracción y la responsabilidad del imputado, donde por haberse presentado duda al respecto la Sala penal de Riobamba como también la Sala Penal de la Corte Nacional de Quito desechan los recursos y confirman la inocencia del procesado.

Esto por regla general, en caso de duda sobre la existencia de un hecho delictual y la participación del imputado en las circunstancias de estos hechos, la resolución siempre será en el sentido más favorable al imputado.

UNIDAD V

2.2.5. UNIDAD HIPOTÉTICA

2.2.5.1. HIPÓTESIS

El testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual provoca efectos jurídicos en las sentencias emitidas en el tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba durante, durante los años 2013-2014; porque se pierden derechos de las partes procesales.

2.2.5.2 VARIABLES

2.2.5.2.1. Variable Independiente

El testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual

2.2.5.2.2 Variable Dependiente

Efecto jurídico en las sentencias.

2.2.5.3 OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

VARIABLE INDEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA E INSTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN
El testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual	El abuso sexual es definido como cualquier actividad sexual entre dos o más personas sin consentimiento de una persona. El abuso sexual puede producirse entre adultos, de un adulto a un menor —abuso sexual infantil— o incluso entre menores, conduciendo a este aun delito y posterior a una sentencia	Persona Delito Sentencia	Natural Doloso Culposo Absolutoria Condenatoria	<ul style="list-style-type: none"> • Encuesta • Cuestionario • Entrevista • Guía de entrevista

VARIABLE DEPENDIENTE	CONCEPTO	CATEGORÍA	INDICADOR	TÉCNICA E INTRUMENTO DE INVESTIGACIÓN
Efecto jurídico en las sentencias.	La sentencia es la facultad que tiene el Estado para intentar evitar las conductas delictivas. La sentencia también puede considerarse como una sanción que produce la pérdida o restricción de derechos personales, contemplada en la ley e impuesta por el órgano jurisdiccional, mediante un proceso, al individuo responsable de la comisión de un delito. La pena es un castigo que se impone por las autoridades facultadas por la propia ley, con el objetivo de sancionar al sujeto que comete un delito o falta.	Conductas delictivas Pena Sentencia	Acción Omisión Prisión Reclusión Absolutoria Condenatoria	<ul style="list-style-type: none"> • Encuesta • Cuestionario • Entrevista • Guía de entrevista

CAPÍTULO III

MARCO METODOLÓGICO

3.1. MÉTODO

En la presente investigación se utilizará los siguientes métodos:

Método Inductivo: A través de la utilización de este método se logrará estudiar el problema desde lo particular para llegar a lo general donde se realizará un análisis sobre el testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual y su efecto jurídico en las sentencias emitidas en el tribunales de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba.

3.2. TIPO DE LA INVESTIGACIÓN

Por el propósito:

Exploratoria: A través de este método se dará a conocer casos sobre el testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual y su efecto jurídico por cuanto no se ha publicado este tipo de casos en los Tribunales Penales de Chimborazo.

Por el nivel de estudio:

Nivel Explicativo: Se considerará una investigación descriptiva y causal, porque permitirá explicar las causas y consecuencias que produce el testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual y su efecto jurídico en las sentencias emitidas en el tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba.

Descriptiva: Mediante este método se analizará los resultados y se podrá describir de que manera incide la sentencia del juez, de manera especial la figura jurídica que se toma en torno al juzgamiento de la persona involucrada en el caso y las consecuencias que se genere de la misma.

3.3. DISEÑO DE INVESTIGACIÓN

Por sus características se define a la investigación como:

No Experimental: Porque no se trabajará con grupos de control, tampoco se manipulará intencionalmente ninguna variable, es decir se estudiará el problema tal como se da en su contexto.

3.4. POBLACIÓN Y MUESTRA

3.4.1. Población

La población que se considerará para la presente investigación está conformada por:

Población	N°
Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba.	6
Fiscales	4
Abogado	4
TOTAL	14

Fuente: **Tribunal Penal con sede en el cantón Riobamba**

Elaborado por: **Víctor Hugo Jaya Duchi**

3.4.2. Muestra

Considerando que la población es pequeña por lo tanto no es necesario aplicar la fórmula.

3.5 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS PARA LA RECOLECCIÓN DE DATOS

3.5.1 Técnicas

Para la recopilación de la información de datos se utilizará las siguientes técnicas e instrumentos:

Fichaje: Se hará uso de la ficha bibliográfica recopilando información sobre las sentencia emitida por los jueces de los Tribunales de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, así como conceptos, teorías y artículos de la bibliografía a utilizarse en la presente investigación para fundamentar la teoría que se basará en libros, leyes, reglamentos y demás documentos de soporte.

Encuesta: Se aplicará la encuesta a los jueces, abogados, fiscales, con preguntas abiertas, cerradas y opción múltiple, mismas que estarán enfocadas a las variables de estudio.

3.5.2. Instrumentos

Los instrumentos que se utilizará en la presente investigación es:

- Ficha Bibliográfica
- Cuestionario

3.6. TÉCNICAS PARA EL PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE DATOS

Una vez que se aplique las encuestas, se procederá a la tabulación de las preguntas, luego se transformará los datos cuantitativos en porcentajes, se utilizará el Programa Excel para realizar los cuadros estadísticos, se hará uso de la Estadística Descriptiva por cuanto permitirá interpretar y analizar los resultados.

3.6.1 PROCESAMIENTO E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LAS ECUESTAS A LOS SEÑORES, JUECES DE LA UNIDAD JUDICIAL PENAL CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA

PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE ENTREVISTAS APLICADAS

PREGUNTA N° 1

¿Conoce usted acerca del delito de abuso de sexual?

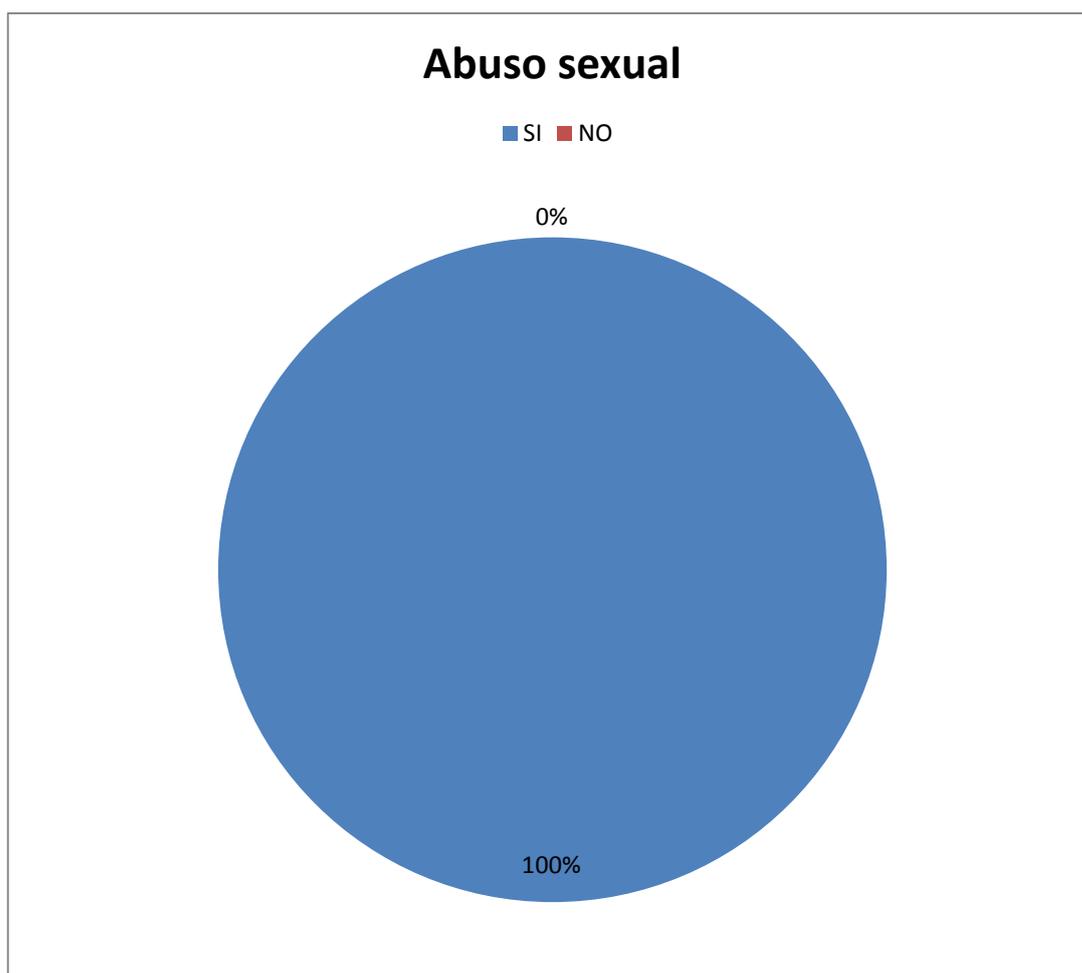
ANÁLISIS ESTADÍSTICO

PROCEDIMIENTO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
DIRECTO		
SI	14	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

FUENTE: Entrevista aplicada a los jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial con sede en el cantón Riobamba, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión

AUTOR: Víctor Jaya

Grafico N° 1



INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS: De acuerdo a las entrevistas aplicadas el 100% a los señores Jueces de la Unidad Judicial Penal, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión, señalan que si conocen acerca del delito de abuso sexual.

PREGUNTA N° 2

¿ El testimonio de las víctimas del delito d abuso sexual causa efecto jurídico al momento de dictar sentencia?

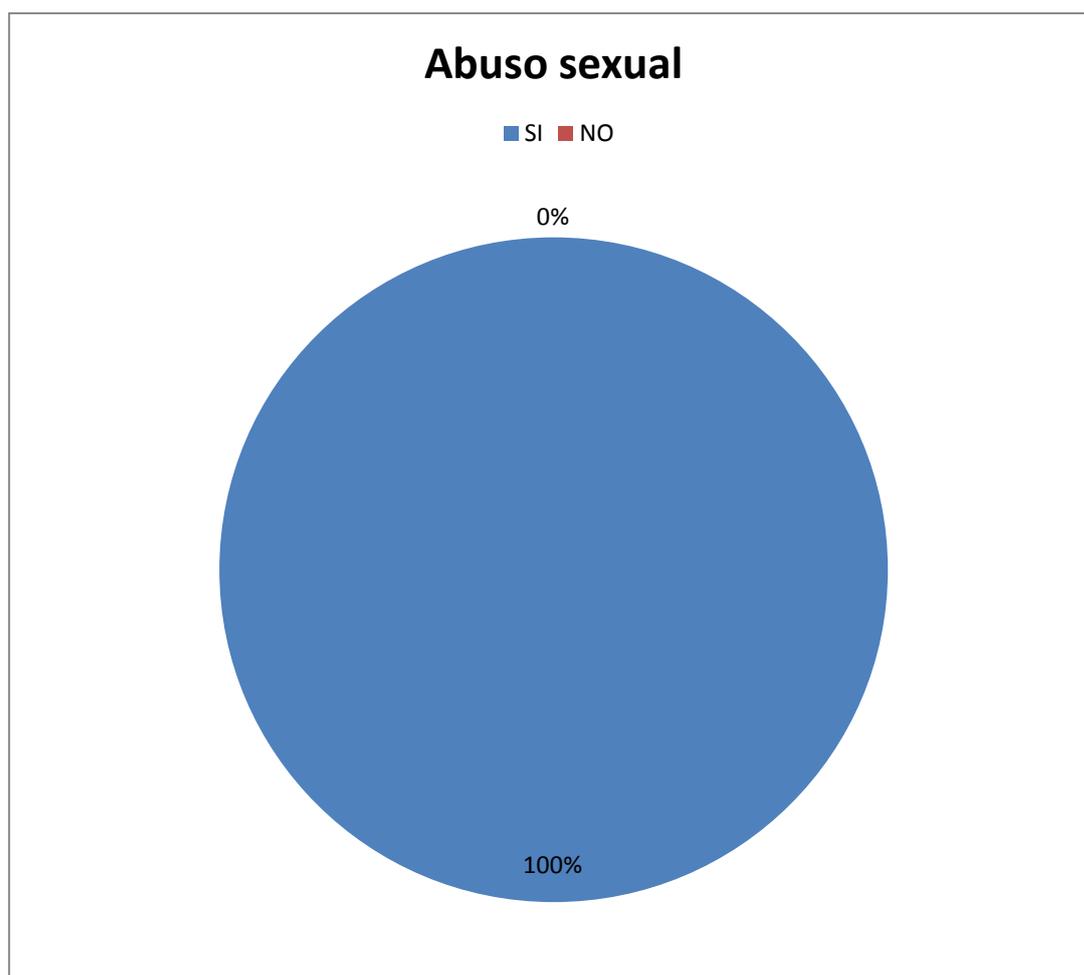
ANÁLISIS ESTADÍSTICO

PROCEDIMIENTO DIRECTO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	14	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

FUENTE: Entrevista aplicada a los jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial con sede en el cantón Riobamba, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión

AUTOR: Víctor Jaya

Grafico N° 2



INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS: De acuerdo a las entrevistas aplicadas el 100% a los señores Jueces de la Unidad Judicial Penal, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión, señalan que el testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual si causan efecto jurídico al momento de dictar una sentencia

PREGUNTA N° 3

¿Se aplican atenuantes en la sentencia, cuando se trata del delito de abuso sexual?

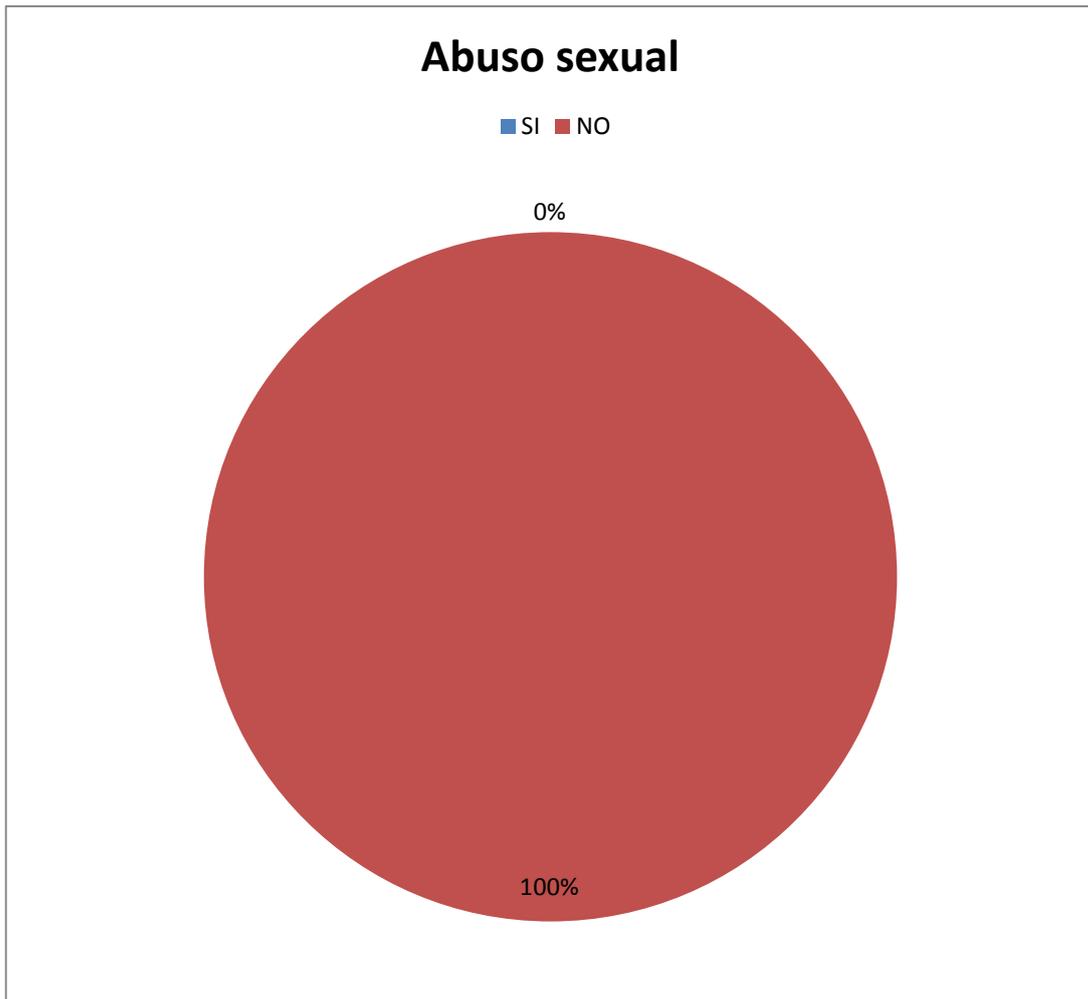
ANÁLISIS ESTADÍSTICO

PROCEDIMIENTO DIRECTO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	14	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

FUENTE: Entrevista aplicada a los jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial con sede en el cantón Riobamba, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión

AUTOR: Víctor Jaya

Grafico N° 3



INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS: De acuerdo a las entrevistas aplicadas el 100% a los señores Jueces de la Unidad Judicial Penal, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión, señalan que no se aplican atenuantes en los delitos sexuales.

PREGUNTA N° 4

¿Se aplican agravantes en la sentencia, en el delito de abuso sexual?

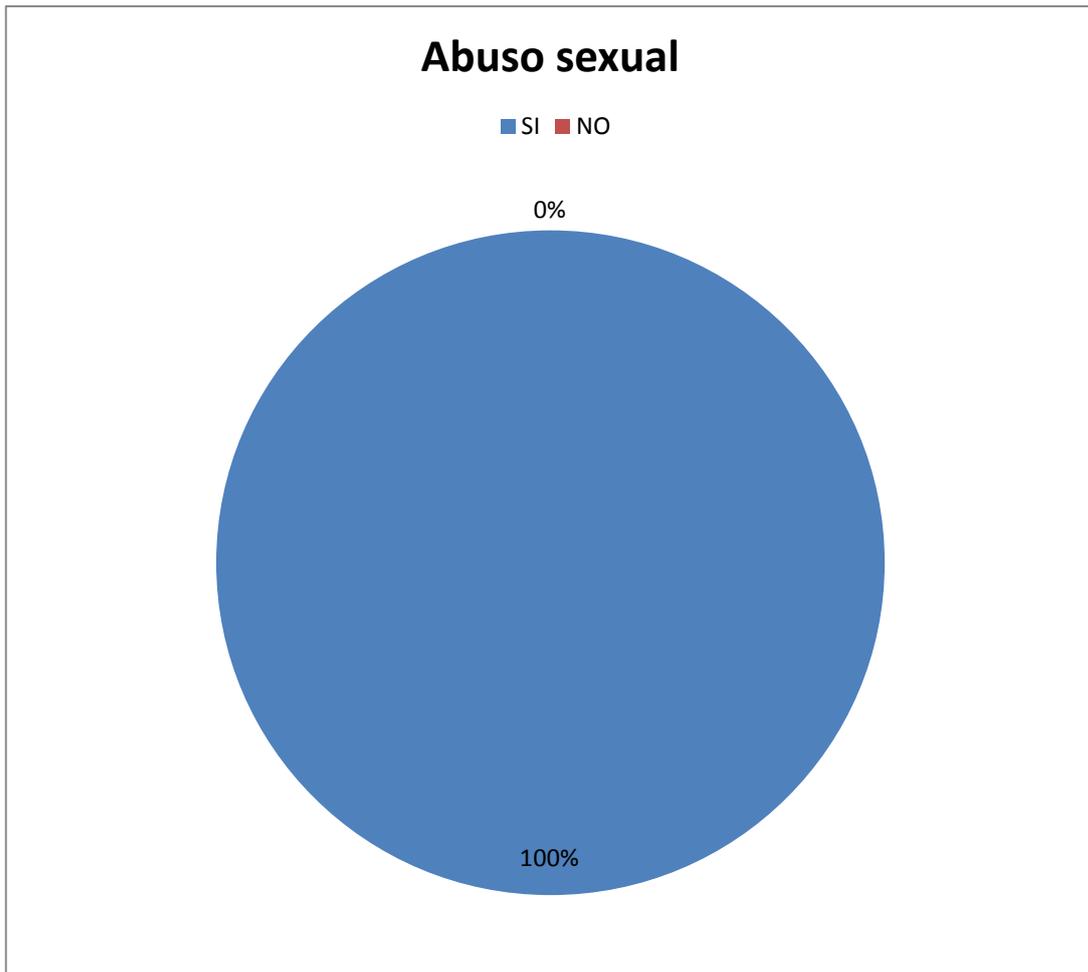
ANÁLISIS ESTADÍSTICO

PROCEDIMIENTO DIRECTO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	14	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

FUENTE: Entrevista aplicada a los jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial con sede en el cantón Riobamba, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión

AUTOR: Víctor Jaya

Grafico N° 4



INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS: De acuerdo a las entrevistas aplicadas el 100% a los señores Jueces de la Unidad Judicial Penal, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión, señalan que si se aplican agravantes en los delitos sexuales.

PREGUNTA N° 5

¿Utiliza usted la sana crítica para emitir una sentencia en el delito de abuso sexual?

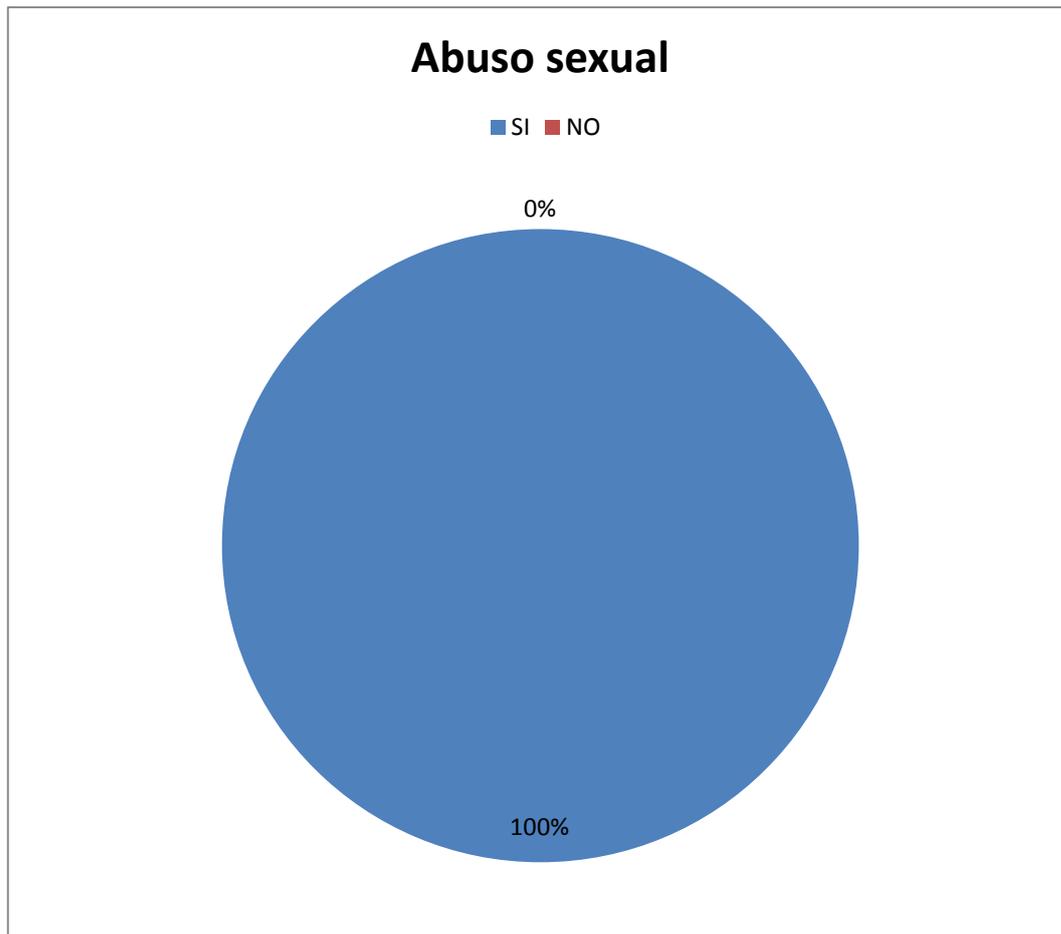
ANÁLISIS ESTADÍSTICO

PROCEDIMIENTO DIRECTO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	14	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

FUENTE: Entrevista aplicada a los jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial con sede en el cantón Riobamba, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión

AUTOR: Víctor Jaya

Grafico N° 5



INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS: De acuerdo a las entrevistas aplicadas el 100% a los señores Jueces de la Unidad Judicial Penal, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión, señalan que si se aplica la sana critica al emitir la sentencia.

PREGUNTA N° 6

¿Tiene validez jurídica, el testimonio de las víctimas de abuso sexual en la audiencia de juzgamiento?

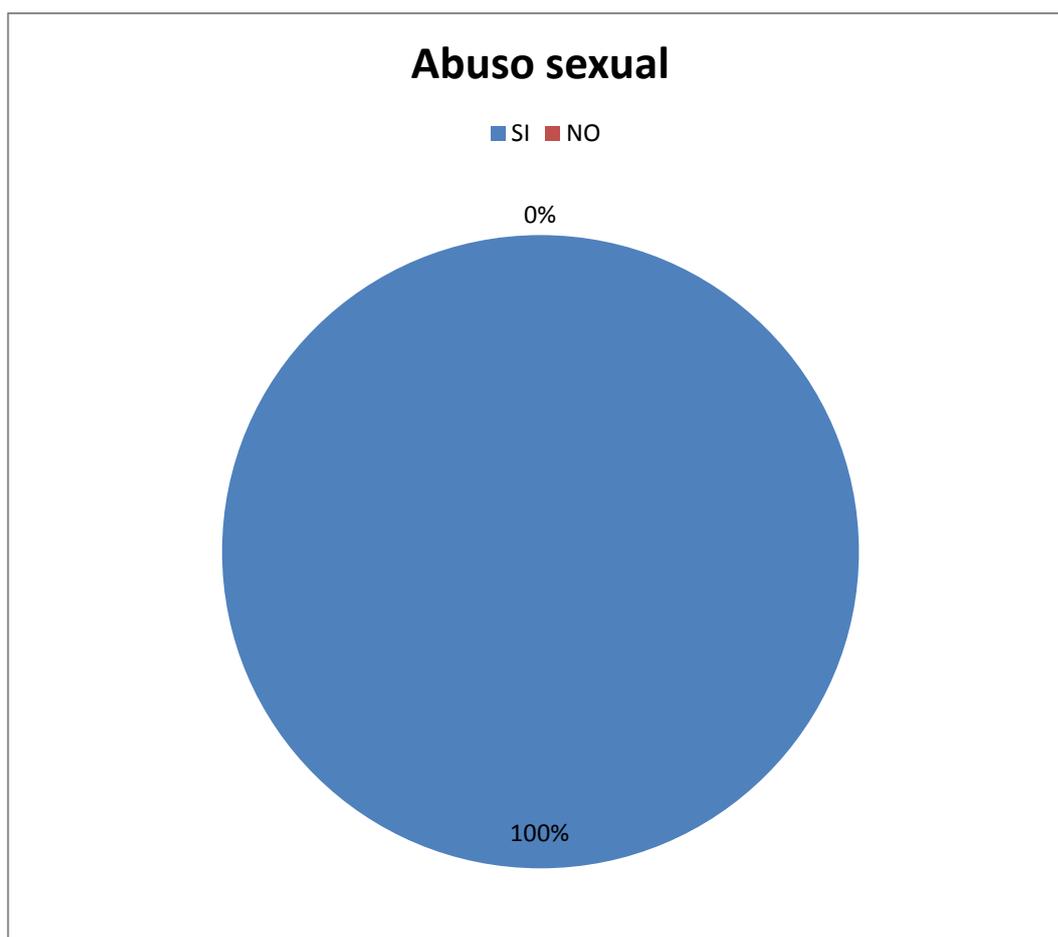
ANÁLISIS ESTADÍSTICO

PROCEDIMIENTO DIRECTO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	14	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

FUENTE: Entrevista aplicada a los jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial con sede en el cantón Riobamba, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión

AUTOR: Víctor Jaya

Grafico N° 6



INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS: De acuerdo a las entrevistas aplicadas el 100% a los señores Jueces de la Unidad Judicial Penal, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión, señalan que si tiene validez jurídica el testimonio de las víctimas de abuso sexual.

PREGUNTA N° 7

¿Cree usted que con el testimonio de la víctima sea suficiente para determinar la culpabilidad del procesado en los delitos sexuales?

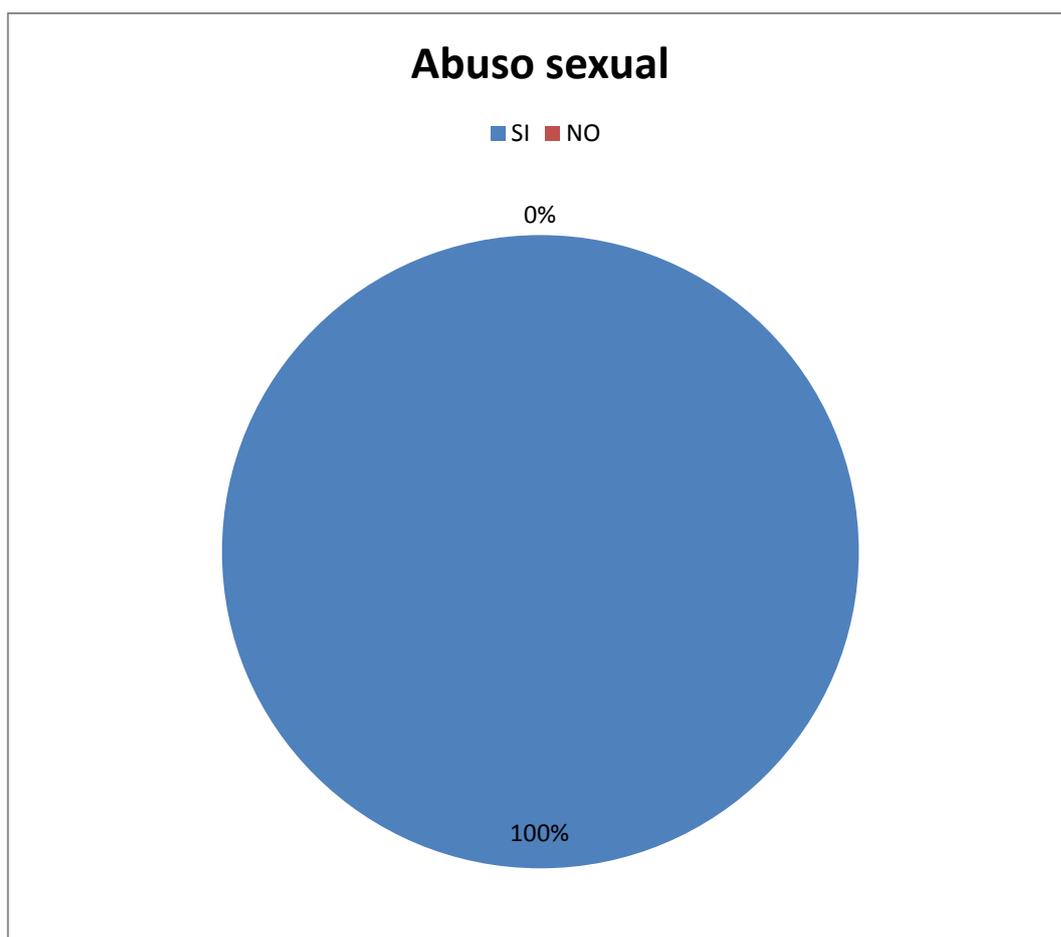
ANÁLISIS ESTADÍSTICO

PROCEDIMIENTO DIRECTO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	14	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

FUENTE: Entrevista aplicada a los jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial con sede en el cantón Riobamba, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión

AUTOR: Víctor Jaya

Grafico N° 7



INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS: De acuerdo a las entrevistas aplicadas el 100% a los señores Jueces de la Unidad Judicial Penal, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión, señalan que con el testimonio de los niños y adolescentes víctimas de abuso sexual se puede llegar a una sentencia condenatoria.

Pregunta 8

¿ Cree usted que los niños son influenciados por sus familiares para mentir acerca de un supuesto acoso sexual?

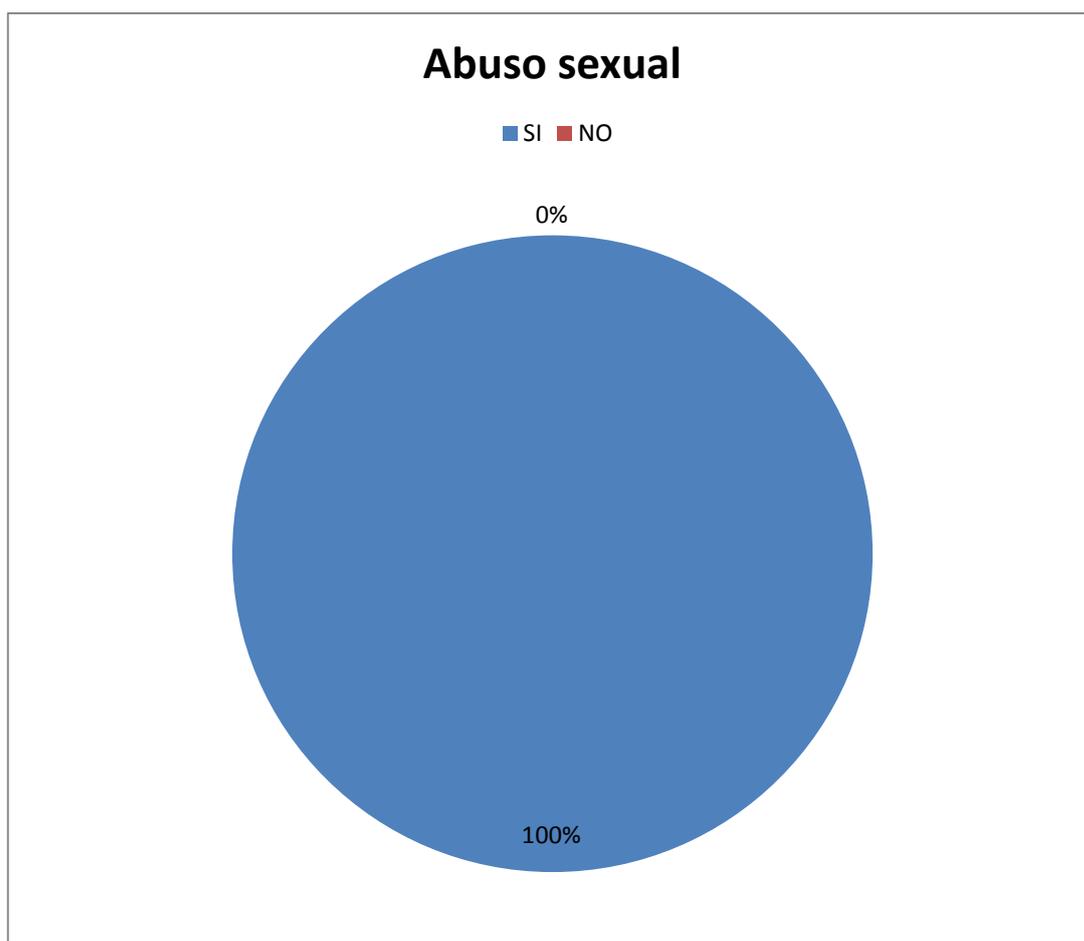
ANÁLISIS ESTADÍSTICO

PROCEDIMIENTO DIRECTO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	14	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

FUENTE: Entrevista aplicada a los jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial con sede en el cantón Riobamba, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión

AUTOR: Víctor Jaya

Grafico N° 8



INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS: De acuerdo a las entrevistas aplicadas el 100% a los señores Jueces de la Unidad Judicial Penal, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión, señalan que los niños son influenciados para mentir acerca de un supuesto delito sexual.

PREGUNTA N° 9

¿ El examen psicológico efectuado a las víctimas de abuso sexual por parte un perito calificado tiene completa eficacia?

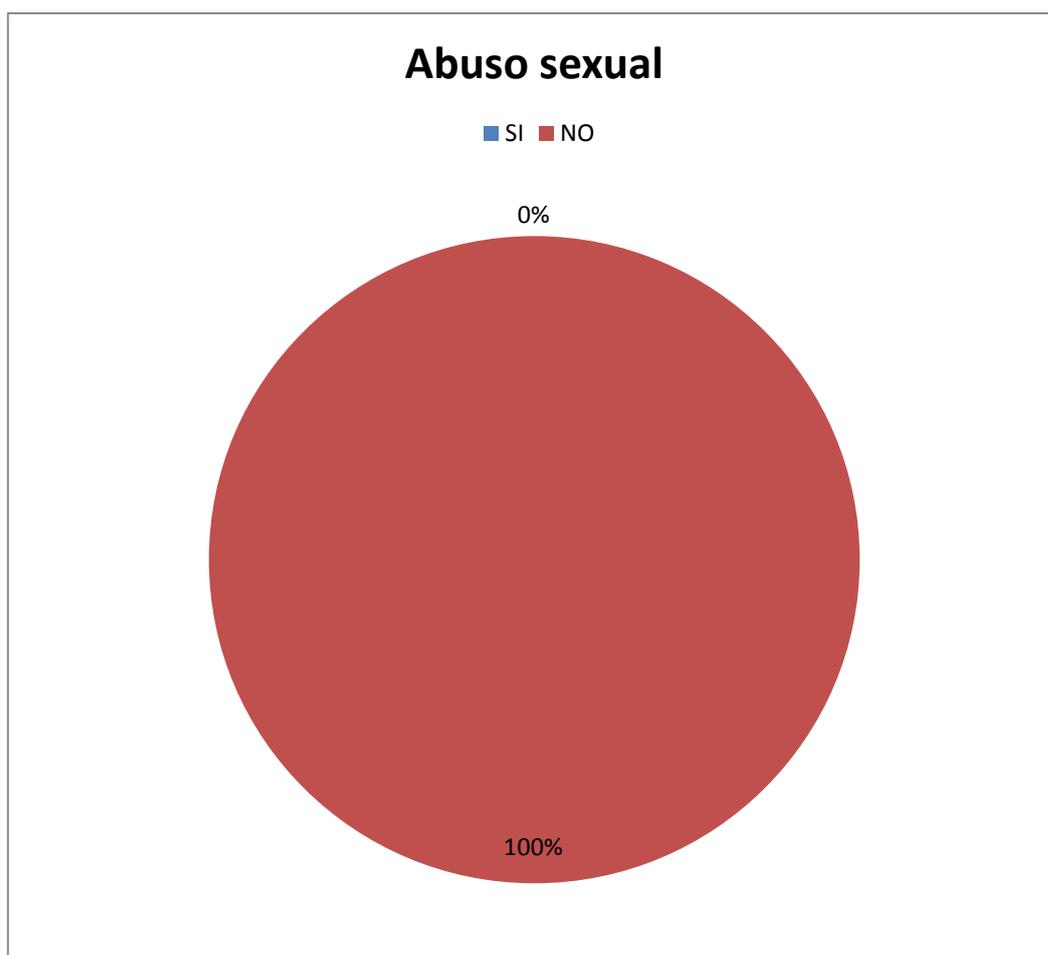
ANÁLISIS ESTADÍSTICO

PROCEDIMIENTO DIRECTO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	14	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

FUENTE: Entrevista aplicada a los jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial con sede en el cantón Riobamba, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión

AUTOR: Víctor Jaya

Grafico N° 9



INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS: De acuerdo a las entrevistas aplicadas el 100% a los señores Jueces de la Unidad Judicial Penal, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión, señalan que no tiene completa eficacia el examen psicológico practicado a las víctimas de abuso sexual.

PREGUNTA N° 10

¿ Se aplica la duda a favor del reo en los delitos sexuales ?

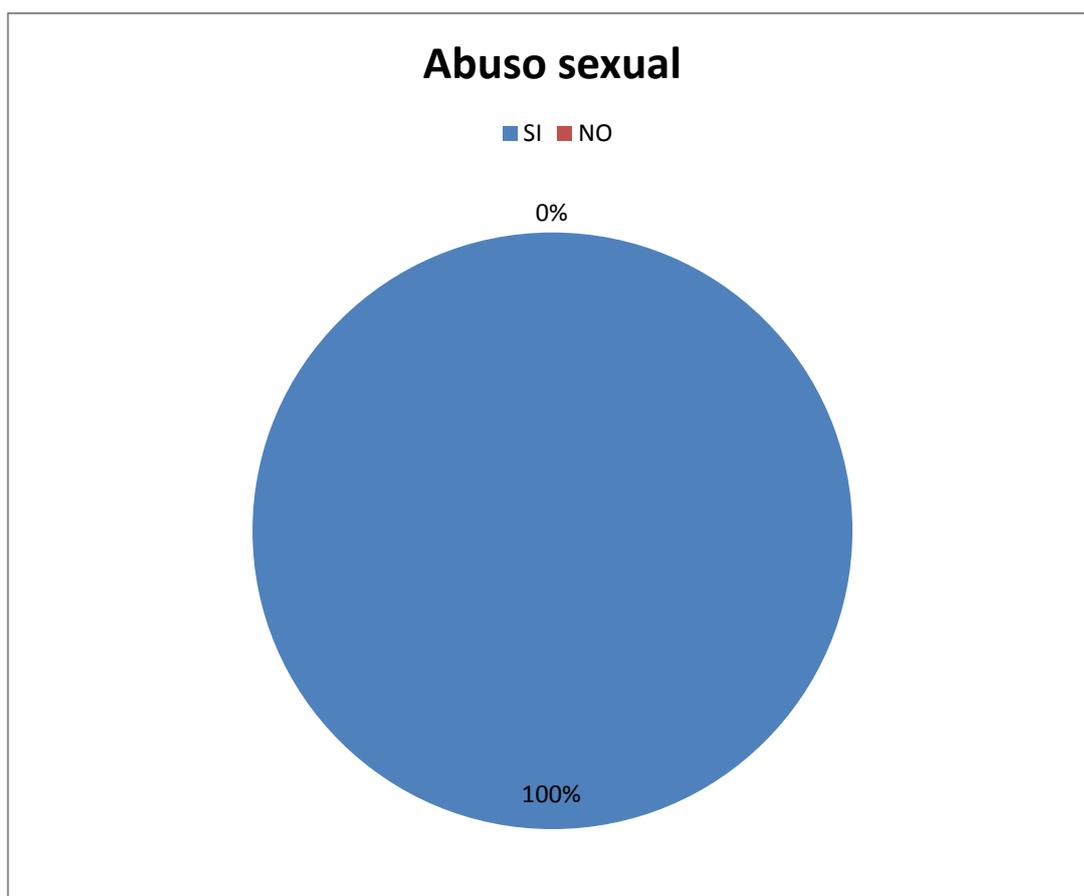
ANÁLISIS ESTADÍSTICO

PROCEDIMIENTO DIRECTO	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	14	100%
NO	0	0%
TOTAL	6	100%

FUENTE: Entrevista aplicada a los jueces del Tribunal Penal de la Unidad Judicial con sede en el cantón Riobamba, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión

AUTOR: Víctor Jaya

Grafico N° 10



INTERPRETACIÓN Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS: De acuerdo a las entrevistas aplicadas el 100% a los señores Jueces de la Unidad Judicial Penal, fiscales y abogados en libre ejercicio de la profesión, señalan que si se aplica la duda a favor del reo en los delitos sexuales.

3.7 COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

De acuerdo al método analítico e inductivo aplicado y conforme a los resultados obtenidos he llegado a concluir que el 100% de las encuestas realizadas representan 6 señores jueces del tribunal Penal de la Unidad Judicial con sede en el cantón Riobamba, 4 fiscales y 4 abogados en libre ejercicio.

El 100% de la población entrevistadas manifiestan que conocen acerca del delito de abuso sexual; así como también el 100% de la población entrevistadas manifiestan que el testimonio de las víctimas de abuso sexual causan efecto jurídico al momento de dictar sentencia ; el 100% de la población encuestadas manifiestan que no se aplican atenuantes en los delitos sexuales; así como también el 100% de la población encuestadas dicen que si se aplican agravantes en los delitos sexuales.

El 100% de la población encuestadas señalan que si se utilizan la sana critica al momento de emitir una sentencia; el 100% de la población encuestada manifiesta que si tiene eficacia jurídica el testimonio de las víctimas en los delitos sexuales; el 100% de la población cree que con el testimonio de las víctimas en los delitos sexuales se puede dar una sentencia condenatoria; el 100% de la población encuestada dice que los niños son influenciados por sus familiares para mentir de un supuesto delito de abuso sexual; el 100% de la población encuestada manifiestan que no tiene eficacia el examen psicológico practicado por un perito calificado; el 100% de la población encuestada afirman que si se aplica la duda a favor del reo en los casos de abuso sexual.

Con este antecedente y en base a la información y criterios obtenidos de la población investigada se puede concluir que el el testimonio de los niños y adolescentes víctimas del delito de abuso sexual causa efecto en las sentencias emitidas por la unidad Judicial penal con sede en el cantón Riobamba.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1 CONCLUSIONES

EL TESTIMONIO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES VICTIMAS DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL Y SU EFECTO JURÍDICO EN LAS SENTENCIAS EMITIDAS EN EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA, DURANTE LOS AÑOS 2013 Y 2014

Gracias a la información recabada se puede obtener las siguientes conclusiones:

Se concluye que los delitos de abuso sexual son más susceptibles en los niños y adolescentes y el mayor de los casos los agresores son miembros del núcleo familiar y conocidos.

Se evidencia claramente que las sentencias de abuso sexual se basan en el testimonio de la víctima, para emitir su resultado, con el argumento que los niños no mienten.

Se concluye además que el examen psicológico practicado a las víctimas de abuso sexual no refleja un resultado veraz para determinar si el niño está mintiendo.

Se concluye que no hay suficientes elementos de convicción practicados en la etapa de instrucción fiscal para determinar la culpabilidad del procesado en los delitos de abuso sexual.

4.2 RECOMENDACIONES

Se recomienda tener más precaución con los niños y adolescentes en cuanto a la confianza que se le tiene a los familiares cercanos que pueden ser victimarios en casos de abuso sexual.

Se recomienda que no se debe solo tomar en cuenta el testimonio de la víctima para emitir una sentencia condenatoria, se debe analizar los otros elementos de convicción para esclarecer la culpabilidad.

Se recomienda que en la etapa de instrucción fiscal se realicen por lo menos tres exámenes psicológicos a las víctimas, para tener un diagnóstico seguro de las víctimas.

Se recomienda que para determinar la culpabilidad del procesado en los delitos de abuso sexual, se debe investigar mediante testigos que hayan observado del comportamiento del sujeto activo del delito.

4. BIBLIOGRAFÍA

Aguilar Cárceles Marta María-Revista Abuso Sexual en la Infancia-Entidad Editora Universidad de Murcia 2009.

Ávila Santamaría Ramiro-Código Orgánico Integral Penal, Hacia su Mejor Comprensión y Aplicación-Editorial Corporación Editora Nacional-Quito 2015.

Cafferata Mores José L-La Prueba en el Proceso Penal-Editorial Depalma-3^{ra} Edición-Buenos Aires 1998.

Código Orgánico Integral Penal-Suplemento-Registro Oficial N° 180-Lunes 10 de febrero del 2014.

Constitución de la República del Ecuador-Aprobado en Sesión del Pleno N° 95-Miércoles 23 y Jueves 24 de Julio 2008.

Convención sobre los Derechos de los Niños-Resolución 4425-Noviembre 20 de 1989.

Declaración Universal de los Derechos Humanos DUDH-Asamblea General de las Naciones Unidas-Resolución 217 A (III)-Paris 10 de Diciembre 1948.

Cabanellas de Torres Guillermo-Diccionario Jurídico Elemental-Editorial Heliasta-Argentina 2010

Diges Junco Margarita-La Utilidad de la Psicología del Testimonio en la Valoración de Pruebas de Testigos -Madrid 2014.

Donna Edgardo Alberto-Teoría del Delito y de la Pena-Editorial Astrea-2^{da} Edición-Buenos aires 1996.

Ferrajoli Luigi-Prevención y Teoría de la Pena-Editorial ConoSur Ltda-1995..

García Falconi José Carlos-Análisis Jurídico Teórico Practico del Código Orgánico Integral Penal-Editorial Indugraf-Tomo I-Riobamba Ecuador 2014.

Lombroso Cesar-Los Criminales-Traducción DEI-Editorial Presa-Barcelona.

Mir Puig Santiago-Función de la Pena y Teoría del Delito en el Estado social y democrático de Derecho-Editorial BOSCH, Casa Editorial S.A-2^{da} Edición-Barcelona 1982.

Orjuela L Liliana y Rodríguez B Virginia-Violencia Sexual Contra los Niños y Niñas, Abuso y Explotación Sexual Infantil-Editorial Save The Children-España 2012

Panta Cueva David Fernando y Vladimir Somocurcio Quiñones-La Declaración de la Víctima en los delitos Sexuales ¿Inflexión en la Exigencia de una Suficiente Actividad Probatoria? Análisis del Acuerdo Plenario N° 2-2005/CJ-116-Lima Perú 2005.

Pavón Fabián Mesías-Psicología Jurídica y Psiquiatría Forense-Editorial Facso-Quito Ecuador 2006.

Rodríguez Manzanera Luis-Victimología Estudio de la Victimología-Editorial Porrúa-7^{ma} Edición México 2002.

Zaffaroni Eugeni Raúl-Derecho Penal Parte General-2^{da} Edición-Editorial Copyright hy Ediar Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera-Buenos Aires 2002.

FUENTES DE INTERNET

biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3139/6.pdf.

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/424/7/T626-MDE-Bazantes-pdf>.

Introducción al estudio de la criminología Wael Hikal 2009_pdf.

PDF-Testimonio en víctimas de abuso sexual 1-Universidad C.

www.buentrato.cl/pdf/est_inv/maltra/mi_juarez.pdf.

www.derechoecuador.com/.../derechopenal/.../abuso-sexual-de-menores.

www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaNinez2016.pdf.

http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1657-89612011000100013

www.derechoecuador.com/.../derechopenal/.../abuso-sexual-de-menores

<http://www.elcomercio.com/actualidad/riobamba-investigacion-violaciones-gaby-diaz.html>

http://www.unicef.org/uruguay/spanish/Abuso_sexual_infantil_digital.pdf

<http://www.elcomercio.com/actualidad/alarma-abusosexuales-menores-ecuador-violencia.html>.

[http://bdigital.ces.edu.co:8080/dspace/bitstream/123456789/976/1/ELEMENTO S%20DE%20VALORA.pdf](http://bdigital.ces.edu.co:8080/dspace/bitstream/123456789/976/1/ELEMENTO_S%20DE%20VALORA.pdf)

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/sana-critica/sana-critica.htm>

6. ANEXOS



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CHIMBORAZO
FACULTAD DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS
CARRERA DE DERECHO

ENTREVISTA DIRIGIDA A LOS SEÑORES FISCALES Y JUECES DE LOS TRIBUNALES DE GARANTÍAS PENALES DE CHIMBORAZO

OBJETIVO.- Recabar información que permita establecer, como el testimonio de las víctimas del delito de abuso sexual causa efecto jurídico en las sentencias emitidas por el Tribunales de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, durante los años 2013-2014.

INDICACIONES.- Sírvase contestar el presente cuestionario con la veracidad que caracteriza su personalidad. Marque con un visto o una x lo que usted crea conveniente.

1. ¿Conoce usted acerca del delito de abuso de sexual?

SI () NO ()

2. ¿El testimonio de las víctimas del delito de abuso sexual causa efecto jurídico al momento de dictar sentencia?

SI () NO ()

3. ¿Se aplican atenuantes en la sentencia, cuando se trata del delito de abuso sexual ?

SI () NO ()

4. ¿Se aplican agravantes en la sentencia, en el delito de abuso sexual ?

SI () NO ()

5. ¿Utiliza usted la sana crítica para emitir una sentencia en el delito abuso sexual ?

SI () NO ()

6. ¿Tiene validez jurídica, el testimonio de las víctimas de abuso sexual en la audiencia de juzgamiento?

SI () NO ()

7. ¿Cree usted que con el testimonio de la víctima sea suficiente para determinar la culpabilidad del procesado en los delitos sexuales?

SI () NO ()

8. ¿Cree usted que los niños son influenciados por sus familiares para mentir acerca de un supuesto acoso sexual?

SI () NO ()

9. ¿El examen psicológico efectuado a las víctimas de abuso sexual por parte un perito calificado tiene completa eficacia?

SI () NO ()