



CARRERA DE DERECHO

Trabajo de investigación de análisis de caso

Previo a la obtención del título de:

Abogado de los Juzgados y Tribunales d la República del Ecuador

TEMA:

**PROCESO N° 13284-2016-00011 QUE SIGUE LA FISCALIA POR EL DELITO DE
ABUSO SEXUAL: “ESTÁNDAR DE VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN LOS
DELITOS SEXUALES”**

AUTORES:

CARLA MARISOL YANES CRUZ

XAVIER ANDREE SAN ANDRÉS PÉREZ

TUTOR PERSONALIZADO

Ab. Henry Villacis Londoño

Cantón - Portoviejo Provincia de Manabí – República del Ecuador

2021

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR

Carla Marisol Yanes Cruz y Xavier Andree San Andrés Pérez, de manera expresa hacen la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: Proceso N. 13284-2016-00011 que sigue la fiscalía por el delito de abuso sexual: “Estándar de valoración de la prueba en los delitos sexuales” a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido elaborada bajo su patrocinio institucional.

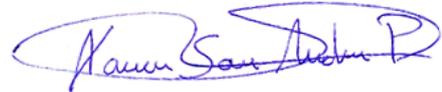
Portoviejo, Agosto, 2021



Carla Marisol Yanes Cruz

C.C. 1314823046

Autora



Xavier Andree San Andrés Pérez

C.C. 1308843489

Autor

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	III
MARCO TEÓRICO	5
1.1. Seguridad Jurídica	5
1.2. Principio de Inocencia	6
1.3. Integridad Sexual	8
1.4. Prueba y Valoración de la Prueba	10
1.5. Testimonio de la Víctima	13
1.6. Testimonio del Menor	14
1.7. Delitos Sexuales	16
1.8. Abuso Sexual y Acoso Sexual	17
ANÁLISIS DEL CASO	20
2.1. Hechos Fácticos	20
2.2. Análisis de la audiencia de formulación de cargos	29
2.3. Análisis de la audiencia evaluatoria y preparatoria de Juicio	33
2.4. Análisis de la Audiencia de Juicio y sentencia	35
CONCLUSIONES	52
BIBLIOGRAFÍA	54
ANEXOS	¡Error! Marcador no definido.

INTRODUCCIÓN

El estándar probatorio desempeña un papel fundamental dentro de la aplicación de justicia en nuestro país por tal razón el Código Orgánico Integral Penal determina de forma explícita la finalidad de la prueba, es así que el Art. 453 señala que la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada (Asamblea Nacional. 2014).

Es indispensable tomar en consideración que la valoración de la prueba permite la ejecución de una actividad jurisdiccional adecuada, pero a su vez compleja por tal razón no se debe caer en superficialidades en el ejercicio de la función judicial, nuestro país es un estado constitucional de derecho y justicia social por tal razón los medios probatorios deben sujetarse a determinados criterios y procedimientos legales para que estos puedan ser considerados como válidos.

La presente investigación tiene como objetivo primordial realizar un análisis doctrinal y jurídico del estándar de valoración de la prueba en los delitos sexuales, en relación a esto se deben considerar todos aquellos elementos y hechos que se producen antes del proceso, las pruebas permiten determinar un acercamiento hacia una verdad objetiva, para aclarar esto, la doctrina ha podido determinar que el estándar de prueba es el comienzo de una tarea que permitirá saber si el relato que se alega, puede considerarse o no probado.

En la valoración de la prueba deben existir niveles que se ajusten a los estándares mínimos determinados tanto por la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, tomando en consideración criterios en base a la experiencia los sistemas de valoración de la prueba existentes y las presunciones que puedan surgir para finalmente poder ejercer una libre valoración y de esta forma poder motivar su decisión de manera adecuada.

Al hablar de estándar de la prueba se hace referencia a la relevancia que tienen los medios probatorios para convertir en probable o menos probable una versión, representa los niveles mínimos sobre los cuales el juez puede elegir dentro de las diversas teorías planteadas en el proceso, en este sentido es indispensable que el juez pueda tomar una decisión adecuada para así dar un resultado final eligiendo entre las diversas versiones que fueron reconstruidas en base a los hechos planteados, sin embargo esta decisión debe estar orientada por un criterio racional, lógico y legal, cabe destacar que, para fundamentar este razonamiento final la valoración debe estar correctamente motivada en sujeción al debido proceso, la correcta aplicación de la ley y el respeto de los derechos fundamentales.

El presente trabajo se basa en el análisis y la determinación de los mecanismos que fuesen aplicables en este caso en particular sobre la interpretación y la valoración de la prueba que realizaron los jueces para argumentar la sentencia y así poder determinar la existencia de la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del procesado sobre el delito de abuso sexual.

Es importante abordar desde diversas perspectivas el tema de nuestro estudio de caso ya que el estándar mínimo de la prueba nos permitirá comprender en qué se debe basar la decisión final, el juez deberá emitir un examen valorativo en relación a la pertinencia y legalidad de los medios probatorios, y al nivel de certeza objetiva que tenga en torno a los hechos planteados.

La presente investigación estará centrada en el análisis de los diversos sistemas procesales existentes, las formas de litigación, argumentación jurídica y las vías alternativas para la solución de conflictos.

MARCO TEÓRICO

1.1. Seguridad Jurídica

Al mencionar seguridad jurídica como tal, se debe entender que se trata de un presupuesto que es de vital importancia para poder garantizar el derecho como tal, y con ello la justicia, dicho esto, la seguridad jurídica se la puede definir como aquella que entrega la certeza del derecho.

Una de las definiciones de seguridad jurídica más acertada es la indicada por el tribunal constitucional español, recogida por la autora Kemelmaier de Carlucci (1998) donde se manifiesta que “La seguridad jurídica es la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en saber o poder predecir cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho”. (p. 208).

Por su parte el autor Preciado Hernández (1960), relaciona la seguridad jurídica con varios aspectos como los técnicos, positivo y también aspectos sociológicos; es así que para el autor la seguridad jurídica se entiende como “el dato objetivo del saber a qué atenerse, certeza jurídica, es como la verdad para el conocimiento.”

Por su parte, Estrada Vélez (1961) asegura con respecto a la seguridad jurídica que:

La seguridad jurídica no se mira desde el punto de vista de existencia de norma escrita, sino desde la necesidad de una correcta intelección y aplicación de la misma por el juez, que obedezca a las necesidades de la sociedad y a los cambios que en su interior se presenten.

Entonces, de acuerdo a la opinión de los autores, la seguridad jurídica va más allá del ámbito jurídico, pues también se relaciona con otros aspectos, siendo tal que con ella se puede tener la certeza de las consecuencias que podría acarrear un acto, sin embargo, como hemos podido apreciar, ésta no solo se trata de tener una norma escrita,

sino y más importante aún, de su correcta aplicación en casos determinados, los mismos en los que debe ser aplicada con objetividad.

La Seguridad Jurídica, en opinión de otro autor, se entiende como la exigencia de que los sistemas jurídicos estén previstos de los instrumentos y mecanismos adecuados para que los sujetos puedan gozar de una garantía sobre las normas jurídicas que rigen sus conductas, y sobre todo sobre cuáles y como serán las que se apliquen cada una de ellas. (ESCUADERO, 2000, p. 502).

El autor colombiano Bravo Arteaga, Juan (2005) asegura que la seguridad jurídica “Se traduce en la confianza por la estabilidad de las normas, de modo que la actividad humana se pueda planificar con arreglo a la ley vigente. Se trata de una razonable certeza estable, sin que implique una petrificación o congelación del Derecho” (p. 14).

En base a todos estos criterios se puede llegar a una definición suficientemente clara y general, sobre lo que es la seguridad jurídica, pues esta constituye una garantía para todas las personas, de saber cuáles son las normas jurídicas vigentes y la seguridad de que estas se aplicaran de una manera objetiva de acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, traduciendo esto en la confianza que pueden obtener los sujetos al realizar determinadas conductas.

1.2. Principio de Inocencia

La presunción de inocencia como tal, es considerada como una de las garantías del debido proceso, pudiendo decir de esta, que es requisito indispensable para su correcto cumplimiento, por lo cual el mismo debe ser de una adecuada y obligatoria aplicación, dado que una vulneración a éste, conllevaría en consecuencia a la falta de un debido proceso, mismo que se encuentra consagrado en la Constitución como un derecho fundamental y justiciable.

El autor Cesare Beccaria (1980) al referirse al principio de inocencia nos menciona lo siguiente: “Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando este decidido que ha violado los pactos bajos los que fue concedida” (p.52).

Por su parte Claria Olmedo (2008) en relación a la presunción de inocencia señala:

Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, aún cuando con respecto a ellos se haya abierto causa penal y cualesquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el periodo cognoscitivo de éste. (p.230).

Del mismo modo, el profesor Francisco D’Albora (2002) ha manifestado que “El principio de inocencia es aquel conforme el cual la persona sometida a proceso disfruta de un estado o situación jurídica que no requiere construir, sino que incumbe hacer caer al acusador” (p.25).

En opinión del reconocido tratadista Ferrajoli (2001) la presunción de inocencia se encuentra asociado a dos significados garantistas como lo son “la regla de tratamiento del imputado, que excluye o restringe al máximo la limitación de la libertad personal; y la regla del juicio, que impone la carga acusatoria de la prueba hasta la absolución en caso de duda” (p.551).

En relación a la opinión de los autores, puede considerarse a la presunción de inocencia como la garantía que tiene el procesado para ser tratado como tal, hasta que exista una sentencia que lo condene, más allá de la acusación que se le esté efectuando, o el delito por el cual se lo esté juzgando, el procesado posee dicha garantía antes y durante todo el proceso, misma sobre la cual no hay exigencia de ser construida, pues es más bien todo lo contrario, corresponde quien acusa quebrantar o romper esta

presunción de inocencia, y como consecuencia con ella se pretende limitar al máximo la posibilidad de restringir la libertad personal del procesado.

En opinión del ilustre tratadista Gozaine (2006) con respecto a este tema

El principio de inocencia es un derecho del imputado, pero nunca una franquicia para su exculpación. Esto significa que la producción probatoria y el sistema de apreciación que tengan los jueces integran, en conjunto, el principio de razonabilidad que se espera de toda decisión judicial. (p.158).

Como ya se mencionó brevemente, entendemos en base a la opinión de los diversos y reconocidos tratadistas, que la presunción de inocencia es una garantía individual enmarcada dentro del debido proceso, del cual goza el procesado o imputado durante todo el proceso, y en virtud de la cual se le garantiza ser considerado inocente hasta que en sentencia se le declare lo contrario.

1.3. Integridad Sexual

Al mencionar la integridad sexual, se puede entender que se trata de un derecho, el mismo que se encuentra establecido en la norma suprema, por lo que adquiere el valor de derecho fundamental y justiciable, no obstante, corresponde analizar con detenimiento lo que implica la integridad sexual.

El reconocido autor Reinaldi (1999) ha manifestado sobre la integridad sexual, que esta se entiende como:

El derecho de las personas que tienen capacidad de expresar válidamente su voluntad, a tener un libre y consciente trato sexual a no tenerlo contra su voluntad; y la intangibilidad sexual de quienes por ser menores de ciertas edades o incapaces, no pueden manifestar válidamente su consentimiento. (p.33).

Buompadre (2003) sobre la integridad sexual señala que esta no es más que un aspecto específico de “la libertad personal en el ámbito de la sexualidad, cuya finalidad es destacar la dignidad personal que inherentemente está unida a las personas especialmente vulnerables, como los incapaces y enajenados mentales”, además indica el autor que debe ser entendida como la libertad sexual del individuo, esto es, como su “autodeterminación en la vida sexual en libertad, esfera que se ataca también cuando se incide en el libre desarrollo de la personalidad del menor o en la intimidad sexual de la persona que no ha podido consentir libremente la acción”. (Buompadre, 2003, p.353-355).

Por su parte Díez Ripollés (2000) manifiesta sobre la intangibilidad o indemnidad sexual lo siguiente:

Con esto se quiere reflejar el interés en que determinadas personas, consideradas especialmente vulnerables por sus condiciones personales o situacionales, queden exentas de cualquier daño que pueda derivar de una experiencia sexual, lo que aconseja mantenerles de manera total o parcial al margen del ejercicio de la sexualidad.

Stratenwerth (1995) es claro al indicar que, en suiza, la integridad sexual comprende “la protección de la libertad de autodeterminación en la esfera sexual, como un derecho fundamental de las personas, para el caso específico de los niños y la juventud se traduce en un derecho al desarrollo sexual sin disturbios o interferencias.” (p.138).

Como se ha podido precisar a través de la opinión de varios autores, el derecho a la integridad sexual lleva consigo un alcance de derecho fundamental. Se entiende entonces que la libertad sexual en adultos y la indemnidad sexual en menores de edad o incapaces, pues estos carecen de la mencionada libertad sexual, están dentro del concepto general de integridad sexual.

De igual manera se ha podido determinar que la integridad sexual está directamente relacionada con la libertad personal, de hecho lo podemos considerar como un ámbito o aspecto de este último, el cual garantiza a las personas el tener un libre y voluntario trato sexual, sin ir en contra de su voluntad, y en el caso de los menores, se trata de darles una especial protección, debido a que se encuentran dentro de un grupo altamente vulnerable, por lo que se les trata de mantener al margen de toda actividad sexual.

1.4. Prueba y Valoración de la Prueba

Existen varios conceptos con respecto a lo que es la prueba en sí, por ello resulta necesario que se realice un análisis sobre lo que realmente se debería entender en razón de este tema, motivo por el cual a continuación se procederá a la revisión del criterio de varios autores con respecto a la prueba y su valoración.

En forma general, se puede decir que la prueba sirve para demostrar la veracidad de algo, que, hasta cierto punto, sin la existencia de prueba o pruebas que demuestren que se trata de un hecho real, no llega a ser más que un supuesto. Dicho esto, se ha podido definir a la prueba como “un hecho supuesto o verdadero que se considera destinado a servir de causa de credibilidad para la existencia o inexistencia de otro hecho” (Bentham, 1959).

Por su parte, el autor Sentis Melendo (1973), en razón a este tema nos menciona que la palabra prueba:

Deriva del término latín probatio o probationis, que a su vez procede del vocablo probus que significa: bueno; por tanto, lo que resulta probado es bueno y se ajusta a la realidad; de lo que se infiere, que probar consiste en verificar o demostrar la autenticidad de una cosa.

A criterio de Cardoso (1986) al referirse a la prueba menciona que:

Probar es demostrar a otro la verdad de algo. Para hacerlo se acostumbra a usar medios habitualmente considerados aptos, idóneos y suficientes. La persona ante quien se exhiben interviene como crítico, para establecer, mediante un proceso de su propia razón, si son o no suficientes, pertinentes, aptos, idóneos y adecuados para demostrarle la verdad que quiere dársele. Si la admite, se dice entonces que ha obtenido convicción, la cual no es otra cosa sino la certeza de estar acordes su verdad interna o subjetiva con la verdad externa u objetiva que se desprende de los medios expuestos. (p.5).

En base a estos criterios, se puede constatar lo afirmado anteriormente, es decir que la prueba es necesaria y obligatoria para poder demostrar lo que se afirma o alega, para persuadir a un tercero, en este caso, para generar en el juez la convicción sobre un determinado hecho, es decir, sobre la veracidad o realidad de los hechos que se argumentan. El jurista ecuatoriano García Falconí (2017) coincide con este criterio al manifestar que “la prueba es la acción y efecto de probar; y probar significa demostrar la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación”.

En lo que refiere a la prueba judicial, hay que decir que esta se trata del motivo o razón que se aporta dentro de un proceso mediante los medios que establece la ley, para poder otorgarle al juez el convencimiento de los hechos que se alegan por las partes.

El reconocido tratadista Devis Echandía (2002) señala las pruebas judiciales lo siguiente “se trata del conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso”.

Se entiende entonces que la prueba es todo elemento destinado a demostrar la veracidad o autenticidad de algo que se alega, mientras que la prueba judicial, se trata de estos mismos elementos pero que son introducidos a través de los medios legalmente

aceptados, y que son producidos en juicio, ante el juez, para lograr la convicción en el mismo, sobre los hechos o argumentos que le hemos presentado.

Ahora para hablar sobre la valoración de la prueba, hay que traer a colación la opinión de los juristas; es así que se ha manifestado que la valoración de la prueba se trata de “una operación intelectual destinada a establecer la eficacia conviccional de los elementos de prueba recibidos.” (Caferata, 1986, p.39).

El autor hace referencia en este punto, a que la valoración de la prueba no es otra cosa más que el análisis interno que realiza el juzgador, con respecto a los medios de prueba que se le han presentado, para poder determinar si estos son suficientes para generar en él la convicción sobre lo manifestado por las partes.

En este punto, como ya se ha evidenciado, la valoración de la prueba no se trata de saber que es la prueba, ni sobre quien recae, o cómo debe ser producida, ni siquiera por qué medios debe ser aportada, sino que la valoración de la prueba es una tarea donde el administrador de justicia se encarga de determinar con el máximo de precisión posible, la influencia que ejercen los medios de prueba introducidos al proceso, sobre la decisión que va a tomar. (Couture, 1974).

Para el tratadista Devis Echandia (2002) la valoración de la prueba puede entenderse de la siguiente manera:

Por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido. Se trata de una actividad procesal exclusiva del juez. Es el momento culminante y decisivo de la actividad probatoria; define si el esfuerzo, el trabajo, el dinero y el tiempo invertidos en investigar, asegurar, solicitar, presentar, admitir, ordenar y practicar las pruebas que se reunieron en el proceso, han sido o no provechosos o perdidos e inútiles; si esa prueba cumple

o no con el fin procesal a que estaba destinada, esto es, llevarle la convicción del juez.

Es así que la valoración de la prueba se puede entender como aquel examen que se realiza a los medios de prueba aportados y producidos en juicio, para llegar a una conclusión, examen realizado ya sea a través de los criterios que establece e impone el ordenamiento jurídico, o deducidos por el libre criterio del juez.

1.5. Testimonio de la Víctima

Para desarrollar este tema es importante y necesario saber lo que se entiende por prueba testimonial, es así que Zavala Baquerizo (2004) quien citando a Manzini, manifiesta que testimonio es:

La declaración, positiva o negativa, de verdad hecha ante el magistrado penal por una persona distinta de los sujetos principales del proceso penal, sobre percepciones sensoriales recibidas por el declarante, fuera del proceso actual, respecto de un hecho pasado, y dirigidas a los fines de prueba, o sea a la comprobación de la verdad. (p.5).

En cuanto a la valoración del testimonio de la víctima en delitos sexuales, la propia Corte Nacional (2002) en una de sus jurisprudencias ha sido clara al manifestar que: “En los delitos sexuales el criterio de apreciación de la prueba es mucho más amplio que en otra clase de delitos, porque se considera que muy difícilmente o nunca existirá prueba directa, testigos presenciales y otra clase de medios de convicción.”

De esta manera la Corte Suprema de Justicia de Colombia (2012) ha manifestado sobre el testimonio de la víctima en delitos sexuales, lo siguiente:

No se duda, de otro lado, que la prueba testimonial comporta entidad suficiente para demostrar hechos trascendentes en lo que toca con delitos de contenido sexual, incluidos, desde luego, aquellos que dicen relación con la estricta tipicidad de la conducta en su contenido objetivo, esto es, la forma en que la

acometida libidinosa tuvo ocurrencia(...) y desde luego, testigo de excepción para el efecto lo es la víctima, no sólo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública.

Sin duda alguna, la valoración o el estándar de prueba en los delitos sexuales tiene criterios especiales por la clandestinidad en que se suelen perpetrar estos actos, por lo que el testimonio de la víctima adquiere mayor relevancia, tal como ya se ha podido evidenciar, no obstante, el profesor Jorge Zavala Baquerizo (2004), asegura que “el testimonio no debe ser estudiado como un medio de prueba, sino es importante analizarlo por medio de su respectivo órgano, que es el testigo” (p.23).

Siguiendo esta línea y en referencia al análisis moral del testigo, Bentham (2004) señala que estas tienen dos dimensiones: “la veracidad y la atención: existe veracidad en la declaración del testigo, cuando se empeña sinceramente en dar su testimonio, y en que la conclusión de él se derive, sea conforme al estado real del caso” (p.61).

Como se ha podido observar, el testimonio de la víctima en los casos de delitos sexuales toma mayor relevancia que en otra clase de delitos, sin embargo, como lo han determinado los juristas, este no debe ser tomado como única prueba, y que su valoración está destinada no al testimonio en sí, sino al testigo, al análisis que se le pueda realizar a este para determinar si su testimonio es creíble.

1.6. Testimonio del Menor

Una vez definido el testimonio de la víctima, es necesario conocer lo que implica, cuando la víctima se trata de un menor de edad, pues es conocido que ellos son contemplados dentro de los grupos vulnerables y por lo tanto gozan de una mayor protección, de igual manera su testimonio se lleva a cabo y se evalúa de acuerdo a diferentes parámetros, los cuales detallaremos a continuación.

Es así que Querejeta (1999) manifiesta que cuando el testimonio se trata de menores de edad, sea como víctima de un delito o como testigo del mismo, debe evaluarse desde el punto de vista de su credibilidad, pues este se suele basar en los recuerdos que se tiene del hecho ocurrido y depende mucho de la capacidad que pueda tener para recordar, resaltando además el autor que dicha capacidad por lo general es muy limitada, por cuestión de su edad.

Además, añade el autor que esta clase de testigos son fácilmente influenciables, por lo que es muy importante conocer el tipo de entrevista que se le hace para conocer su testimonio, pues correspondería que se le deje narrar libremente lo que recuerda sobre los hechos ocurridos, en vez de hacerle preguntas sobre el mismo. (Quejereta, 1999).

Bruck y cols. (2001) han identificado fallas en la práctica de las entrevistas a los menores de edad que han sido abusados sexualmente, evidenciando así lo siguiente:

1. No se hacen preguntas que exploren explicaciones alternativas al abuso sexual.
2. No se pregunta sobre acontecimientos inconsistentes con la hipótesis del abuso sexual.
3. Cuando las declaraciones del menor son consistentes con esta hipótesis, no se somete a prueba su autenticidad.
4. Si el niño ofrece evidencia inconsistente, ésta se ignora o se reinterpreta para que “encaje” en la hipótesis del abuso.
5. Se interpela repetidamente al niño hasta que se obtiene la respuesta deseada.
6. Se refuerza selectivamente determinadas respuestas; en ocasiones llegan a emplearse amenazas y sobornos.
7. Se emplean muñecos anatómicamente correctos. (p.87-123).

Además, señalan los autores que, los menores de hecho y como parte común de su crecimiento, suelen relatar hechos imaginarios, por su gran capacidad imaginativa, no obstante, también tienen la facilidad para mentir; la suma de todo esto hace que en muchos casos el testimonio del menor no se ajuste a la realidad o veracidad de los hechos.

Sin embargo, los teóricos señalan como una posible solución al mencionado problema del testimonio del menor, que se realice los denominados test de análisis del contenido basado en criterios, para de esta manera obtener una idea más exacta sobre la verdad de un hecho, para que, en el caso del juez, a través de su sana crítica y luego de analizar el material probatorio, deduzca si se cometió o no un supuesto hecho.

1.7. Delitos Sexuales

Corresponde ahora adentrarnos en los delitos sexuales, al mencionar esto se está aludiendo a las actividades sexuales o vinculadas con lo sexual y que constituyen delito en tanto constituyan acciones u omisiones típicas, o lo que se prevé como delitos en una ley penal. En los delitos sexuales, el bien jurídico protegido por el derecho es la libertad sexual de las personas o bien la moralidad pública. (Policía Nacional del Perú, 2006, p.232).

Sobre esta clase de delitos se ha manifestado lo siguiente:

El delito sexual es toda conducta o comportamiento que atenta contra los derechos básicos fundamentales de las personas: a la vida, la libertad, la integridad y la dignidad humana. Se manifiesta con conductas agresivas, temporales o permanentes que buscan lesionar, humillar, degradar, expresar dominio o presión sobre una persona o personas que se encuentran o se colocan en condiciones de inferioridad. (Fiscalía General del Estado, 2015)

La tratadista Isabel Pérez (2001), en una de sus obras ha manifestado que:

El delito sexual implica por parte del agresor sexual, el abuso de poder y control, con el uso de violencia o sin ella, para someter a una persona a realizar actividades sexuales o a ser testigo de las mismas sin su consentimiento; implícitamente, tiene fines agresivos y dañinos, dado el irrespeto de los derechos y necesidades que la víctima tiene como ser humano libre y autónomo. Estas

características del delito conllevan el quebrantamiento de los derechos de libertad sexual y dignidad humana. (p. 128-164).

Como se ha podido evidenciar, del análisis de los criterios brevemente expuestos, los delitos sexuales corresponden a conductas que se encuentran tipificadas dentro de la normativa penal, las cuales vulneran derechos fundamentales, como lo son la libertad e integridad sexual y la dignidad humana, en el cual se comete un abuso de poder para someter a la víctima, y que esta realice actividades de índole sexual, en contra de su voluntad.

1.8. Abuso Sexual y Acoso Sexual

Para Rivas Velázquez (1999), el abuso sexual se entiende de la siguiente manera:

Es una expresión de violencia que está sustentada en una relación de poder; es una violación de los derechos humanos en cualquier contacto sexual directo e indirecto hacia una persona con el objeto de tener gratificación, media la intención de someter la voluntad de la persona por medio del ejercicio del poder físico y/o psicológico del agresor. Se recurre a la obediencia violentando al consentimiento, los sentimientos, la voluntad y además aquí está lo que suele ser el engaño, promesas, chantajes y acciones posibles y hasta valerse de la fuerza física para cometer el delito.

Por su parte, Rosales Rivera (2012) en relación al abuso sexual nos manifiesta que este es una violación de derechos humanos, indicando además que “Es un ejercicio abusivo de poder, basado en una relación desigual real o simbólica desde la condición de género y generacional, sea por la diferencia de edad, sexo, fuerza, conocimiento o autoridad entre víctima y abusador.”

El Artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal tipifica el Abuso sexual, describiéndolo de la siguiente manera “que la persona que, en contra de la voluntad de

otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal.”

De acuerdo a lo que establece el COIP los elementos del delito de abuso sexual son:

- a) un acto de naturaleza sexual, lo que se entiende como cualquier acción lujuriosa ejecutada físicamente en el cuerpo del sujeto pasivo, sean caricias, manoseos y tocamientos corporales obscenos, o que el sujeto activo hace ejecutar a su víctima.
- b) ausencia de propósito directo e inmediato de llegar a la cópula, pues de darse ésta o un principio de la ejecución del delito de atentado, desaparecería esta figura delictiva y se consideraría como tentativa de violación; y
- c) sin el consentimiento de la persona púber o con el consentimiento del impúber. (UNAM, 2012).

Como se puede observar en este delito, no existe acceso carnal, esto es lo que lo diferenciaría de la violación o de un intento o tentativa de violación, pues en el abuso sexual como se puede apreciar, se puede decir que no existe el propósito de llegar a copular.

Ahora para referiros al acoso sexual, el autor Abarca (2006) nos trae la siguiente conceptualización:

Es toda ofensa impúdica de hecho, verbal, por escrito, mediante insinuaciones o acciones alusivas o mediante la utilización de medios electrónicos sea que consista en la solicitud de favores sexuales, en la imputación de perversiones o desviaciones sexuales o impúdicas, así como todo contacto corporal con intención sexual en contra del ofendido sea cual fuere su sexo o edad. (p.106)

Por su parte el doctor Zambrano Pasquel (1995) nos indica que “el Acoso Sexual no es otra cosa que el perseguimiento con fines sexuales”. (p.115). Es decir que, en

palabras del autor, lo que persigue el victimario con esta acción es un fin claramente sexual, que pretende conseguirlo a través del acoso.

Además, en palabras del mismo tratadista Abarca (2009) se establece con respecto al acoso sexual que:

El acoso sexual es el grado inicial de la agresión sexual, aunque también es de resaltar que esta forma de violencia de contenido sexual se la utiliza para humillar y denigrar a la mujer que sufre el atentado, así fuere solamente verbal, porque le ocasiona sufrimiento moral; pero si el acoso sexual se expresa como forma de violencia física, como son los tocamientos no consentidos de órganos genitales de la víctima no cabe duda que además del sufrimiento moral se le ocasiona sufrimiento físico. (p.34).

De acuerdo a lo manifestado por los tratadistas, el acoso sexual puede ser considerado como una forma de agresión, acto previo que podría desencadenar en una conducta con mayor grado de agresión sexual.

Se evidencia de esta manera que el acoso sexual, es un hecho ilícito distinto del abuso sexual, se puede evidenciar que son tipos penales con características distintas y con sanciones que son considerablemente diferentes, es por ello que no cabe lugar a dudas en cuanto a un delito y otro.

ANÁLISIS DEL CASO

2.1. Hechos Fácticos

Los hechos fácticos que detallaremos a continuación se analizarán en base a la cronología en la que ocurrieron, lo cual facilitará el entendimiento del lector. El presente estudio de caso consiste en un proceso penal de N° 13284-2016-00011, caso que llegó a conocimiento de la administración de justicia por el delito de abuso sexual, que sigue la fiscalía en contra del procesado, de conformidad a lo que establece el Código Orgánico Integral Penal en el Art.- 170 Abuso Sexual.

La investigación inició con la presentación de la denuncia por parte de la profesional de la salud que la atendió en el hospital, ya que la víctima en este caso era una menor de edad al momento en el que ocurrieron los hechos, en aquella fecha la niña se encontraba estudiando el cuarto grado en una escuela de la ciudad de Manta de nombre Riobamba, el sujeto procesado en aquel tiempo era maestro de aquella institución educativa.

La teoría que presentó fiscalía inicia con la narrativa de los hechos ocurridos en el mes de enero del año 2015, cuando la menor cayó enferma un 14 de enero del año 2015, por tal razón la madre la llevó a un centro médico ya que la pequeña se encontraba con una fiebre muy alta en aquel momento, el médico intentó realizar una revisión de rutina para poder determinar la causa de su malestar, pero la niña se rehusó y expresó de manera clara y contundente, "no me toque de esa forma porque así me tocaba él"

De manera inmediata la madre preguntó a la menor qué era lo que pasaba con su profesor, la niña dijo que le había tocado sus senos cuando ella se dirigía hacia el baño de la institución donde estudiaba, en la escuela Riobamba de San Mateo en la ciudad de Manta.

El ciudadano procesado, es de 57 años de edad, domiciliado en el cantón Jaramijó, de estado civil divorciado, de profesión profesor, de acuerdo a lo detallado en el expediente esta investigación inició por la presunta comisión del delito de abuso sexual tipificado en el Art .170 inciso segundo del COIP.

En la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio la fiscal emite su dictamen acusatorio y solicita que se ratifique la prisión preventiva, solicitud que concedió el juez y consecuentemente dictó auto de llamamiento a juicio, posterior a esto se anunciaron las pruebas documentales, testimoniales y periciales.

Con fecha 30 de mayo del 2016, el señor juez de la Unidad Penal de Manta dictó auto de llamamiento a juicio contra de C.A. como presunto autor del delito tipificado en el Art. 170 inciso segundo Código Orgánico Integral Penal en concordancia con lo que estipula el Art. 42 del mismo código.

Se ratificaron las medidas cautelares que habían sido dispuestas en contra del procesado en este caso prisión preventiva, además de la prohibición de enajenar bienes inmuebles y los vehículos que constan a su nombre.

La fiscal, con la finalidad de acreditar el hecho punible y el grado de participación que se le debe atribuir al procesado solicitó al tribunal la comparecencia a la audiencia privada de juzgamiento de varios testigos y el testimonio anticipado de la menor.

Cabe indicar que el profesor se incorporó a esta institución educativa en reemplazo de una docente a partir del mes de diciembre del 2014, según fueron detallados aquellos hechos, la madre manifiesta que la menor le contó que cuando ella solicitó permiso para ir al baño, el docente la siguió y la tomó por la espalda mientras me agarraba sus senos. En razón de esto, era necesario dar aviso respectivo a la DINAPEN y de esa forma se procedió a poner la respectiva denuncia, posterior a esto

fiscalía inicia las investigaciones pertinentes en contra del acusado por el delito de abuso sexual. Es necesario precisar que la investigación previa empezó por acoso sexual, pero en el transcurso del proceso fueron formulados cargos por el delito de abuso sexual.

Diversas fueron las diligencias que realizó fiscalía, dentro de ellas se especifica la importancia que tiene el testimonio anticipado la víctima misma que fue entrevistada por la perito de psicología.

El testimonio de la víctima se llevó a cabo el día 2 de octubre del 2015 a las 15 horas, en la cámara de Gesell de la respectiva de la Unidad Judicial Penal De Manta, aquí se procedió a la recepción del testimonio urgente de la víctima, quien se encontraba representada por su madre.

Una vez ejecutoriado auto de llamamiento a juicio, el juez dispone que se remita a la respectiva acta de audiencia los anuncios de prueba que fueron presentados por los sujetos procesales en la oficina de sorteos de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, el proceso se remitió al Tribunal De Garantías Penales con Sede en Manta, para llevar a efecto la correspondiente sustanciación de la etapa de juicio, el tribunal quedó constituido por los señores jueces Ab. Carlos Fuentes Zambrano, Ab. Lorena Romero y Ab. Mary Quintero Prado.

En la audiencia oral, privada y contradictoria de juzgamiento del ciudadano procesado, fue llevada a efecto el día lunes 15 agosto del 2016, con la presencia de la Abg. Yohana Ceferina Cobeña Arce, Representante de la fiscalía general del Estado y el Abg. William Mieles Vera Defensor Público del procesado.

Analizando las intervenciones iniciales de los sujetos procesales y las teorías del caso presentadas, el tribunal hizo conocer al procesado los cargos que fiscalía formulaba en su contra, explicando la gravedad de los mismos y las posibles consecuencias que se

derivarían de ser encontrado culpable, además se respetaron todas las garantías y derechos al debido proceso.

Fiscalía en la audiencia de juicio presenta su alegato de apertura manifestando que su presencia en la audiencia era para resolver la situación jurídica del ciudadano acusado por el presunto delito de abuso sexual, dentro de su alegato inicial relata la forma en la que ocurrieron los hechos, mismos que fueron narrados por la víctima en presencia de un médico y su madre, la menor manifiesta haber sido abusada dentro de la institución educativa en la que estudiaba por su docente, cuando ella se dirigía hacia los baños. Fiscalía en la audiencia con las pruebas testimoniales y periciales que practicó, ofrece probar la materialidad de la infracción y dejar demostrada la responsabilidad penal del procesado en el grado de autor directo por el delito de abuso sexual.

La fiscal manifiesta que probara el accionar doloso del procesado y evidenciará el bien jurídico lesionado, además manifiesta que en base a las pruebas que practicarán quedará desvanecido al principio de presunción de inocencia del acusado, dándole así al tribunal la certeza del cometimiento de la infracción y la responsabilidad penal del procesado.

Por su parte la defensoría pública en lo que respecta a su alegato inicial manifiesta que la teoría de la defensa es que la fiscalía no va a poder probar que el ciudadano acusado es culpable del delito del cual se le está imputando.

Desarrollo de la prueba de fiscalía

Con el objetivo de acreditar el hecho punible y la participación que se le atribuye al procesado y en base a lo dispuesto en los Art. 453 ,454 y 615 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal se solicitó el testimonio anticipado de la menor.

Testimonio urgente de la víctima

Dentro de las preguntas desarrolladas por el profesional perito en Psicología se detallan las siguientes:

¿Me puede decir sus nombres completos?

x.x.

¿Cuántos años tiene?

Nueve

¿Dónde vive?

En San Mateo

¿Con quién vive?

Con mi papi, mi mami y mis hermanos

¿En dónde estudias?

En la escuela Riobamba

¿Cómo se llama tu maestra?

Nelly P

¿Sabes porque estamos aquí?

Si

¿Me puedes decir porque estamos aquí hoy?

Por el profesor

¿De qué profesor estamos hablando?

C.A.

¿Qué hizo el profesor?

Es que cuando yo le pedí ir al baño, ahí como nadie estaba, me fue persiguiendo al baño y cuando llegué me estaba manoseando.

¿Te estaba manoseando esto, me puedes decir?

Me estaba tocando mis partes

¿Dime qué parte de tu cuerpo estaba tocando?

En los senos

¿Qué más te tocó?

Nada más

¿Recuerdas que te dijo?

Si me dijo algo, pero no recuerdo

¿Sabes qué pasó con otra compañera más de ahí?

Y lo que pasó con mi compañera.

¿Recuerdas que pasó con tu compañera?

Todos los días la dejaba solita con él y le daba plata

Testimonio de la madre de la menor

Ella manifiesta que su hija le había contado sobre el caso de la amiguita a la que el profesor le andaba tocando las partes íntimas e incluso le daba plata. Relata en su testimonio que la menor llegó y le dijo que había denunciado al profesor y le dijo que por qué y ella manifestó que se había cansado de que a su amiga, el profesor le tocara sus partes, posterior a ello la menor se enfermó y fue allí cuando fue llevada al doctor se esclarecieron los hechos que habían ocurrido con el docente y ella. En el examen realizado por fiscalía se pudo evidenciar que la madre había tenido un inconveniente anteriormente con el profesor.

Testimonio de la psicóloga clínica

La perito que realizó el informe psicológico manifestó, que luego de haber realizado una evaluación psicológica a la menor, pudo concluir que de acuerdo a las pruebas psicológicas que le aplicó a la niña existían ciertas presiones que venían del entorno donde ella estaba, dentro de ellas temor por lo que había sucedido en la escuela, pero a pesar de estas conductas de temor e inseguridad no había daño psicológico, debido a la capacidad de sobreponerse de la menor y también al apoyo familiar se recibe ella, además precisó que no necesariamente debe existir daño psicológico, esto depende mucho de la fragilidad y de la fortaleza emocional de cada persona.

Testimonio del agente policial

Otro testimonio es el del agente de policía Galo Rafael Jami Zapata quién fue el que procedió al reconocimiento del lugar de los hechos y la investigación, el agente manifestó ser parte de la DINAPEN como agente investigador, señala que bajo la dirección de fiscalía se procedió a la notificación del procesado y a la receptación de versiones.

Testimonio de la directora de la institución

El testimonio de la directora de la escuela, ella manifiesta que tanto el docente como la alumna eran parte de la institución y que cuando las estudiantes pusieron la denuncia, el profesor fue retirado de la institución.

Testimonio de la trabajadora social

La trabajadora social manifiesta que la menor, aunque es de una familia de escasos recursos podría tener un conocimiento erróneo de la autoridad y que podría tener sometimiento de obediencia lo cual la predispone para ser víctima de abuso sexual.

Práctica de la prueba de la defensa

En este caso la defensa presenta como única prueba, el testimonio del procesado, el mismo que manifiesta lo siguiente:

Testimonio del procesado

El procesado, en su declaración manifestó al respecto de los hechos por los denuncia que él jamás cometió algún acto de índole sexual en contra de la menor, y que tenía pruebas para que sea declarada su inocencia ante el juez, además manifiesta que de ser evidenciadas pruebas que demuestren su culpabilidad se le sancione como se merece.

Manifiesta haber sido docente en diferentes instituciones por muchos años tanto particulares, fiscales y municipales y jamás haber dejado que desear, pues jamás ha cometido hechos que vayan en contra de su buen nombre y de sus principios y valores.

Hace referencia que en su tarea de ser maestro ha actuado de manera estricta en todas las instituciones por tal razón se ha ganado el odio de la señora madre de la menor, quien lo ha denunciado por acoso sexual y manifestó que es una mentira.

La niña me dijo que le iba a decir a la directora que yo era muy estricto y molesto en el aula, sin embargo, el docente reconoce haber castigado a la alumna, pero no como ella dice que le pegaba demasiado, comenta además que la menor y su amiga se demoraban más de lo normal cuando iban al baño, razón por la cual decidió realizar una reunión para manifestarle lo ocurrido a las madres, pero la señora no asistió a reunión.

Alegato de clausura

Fiscalía ratifica en su alegato de clausura que, en base a los testimonios manifestados, quedó demostrada la responsabilidad del Señor Carlos Arcentales por lo que solicita la pena privativa de libertad de 5 años y la reparación integral de la víctima.

Por su parte la defensa manifestó que los elementos presentados por la fiscalía no eran suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, pues no existe prueba alguna que demuestre la materialidad del delito ni la responsabilidad del procesado.

Decisión del tribunal

El tribunal concluye que el procesado, adecuó su conducta al delito por el cual fue acusado, por tal razón es declarado culpable del delito de abuso sexual, esto en razón de los resultados obtenidos en la práctica de los medios probatorios.

En base al análisis de todos los medios probatorios practicados en forma individual y en conjunto con la prueba recibida y luego de analizar los alegatos de las partes se condena al acusado a nueve años y tres meses de privación de libertad.

Como resultado de la práctica de la prueba, el tribunal determinó que existió concordancia, uniformidad, coherencia y fiel respeto al debido proceso mientras se tomaron los testimonios presentados por fiscalía mismos que dieron validez al presunto abuso, por lo tanto, se concluyó que existe culpabilidad por parte del procesado.

El tribunal señaló que el procesado no pudo poner en tela de dudas las pruebas que habían sido presentadas en su contra, además de ello el juez le otorgó pleno valor al testimonio urgente de la víctima, de manera que el juzgador pudo concluir que el procesado adecuó su conducta al delito por el cual fue acusado por tal razón se lo considera culpable del delito abuso sexual.

2.2. Análisis de la audiencia de formulación de cargos

En la formulación de cargos la fiscalía formula cargos en contra del procesado por el delito de abuso sexual, mismo que se encuentra tipificado en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, a pesar de que la investigación había empezado por un delito distinto, siendo este por acoso sexual, que se encuentra en el artículo 166 de la norma antes mencionada.

Sobre este tema es preciso mencionar lo que establece la normativa penal al respecto, es así que el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 591 que hace referencia a la instrucción fiscal, establece lo siguiente:

Art. 591.- Instrucción. - Esta etapa se inicia con la audiencia de formulación de cargos convocada por la o el juzgador a petición de la o el fiscal, cuando la o el fiscal cuente con los elementos suficientes para deducir una imputación. (Asamblea Nacional, 2014).

De igual manera el artículo 592 de la misma norma citada señala que:

Art. 592.- Duración. - En la audiencia de formulación de cargos la o el fiscal determinará el tiempo de duración de la instrucción, misma que no podrá exceder

del plazo máximo de noventa días. De existir los méritos suficientes, la o el fiscal podrá declarar concluida la instrucción antes del vencimiento del plazo fijado en la audiencia. (Asamblea Nacional, 2014).

Como se ha podido observar la audiencia de formulación de cargos es convocada por el juez, bajo pedido del fiscal, cuando este último haya reunido elementos de convicción suficientes para poder imputar o levantar al supuesto victimario. Así mismo esta formulación de cargos indica la apertura de la primera etapa del proceso penal, la cual es la instrucción fiscal.

Sobre esto, el jurista Zalamea (2017) ha manifestado lo siguiente:

Se le ha otorgado la calidad de límite entre una fase preprocesal y un trámite judicial propiamente dicho, esta frontera resulta problemática en razón de que deberían existir diferencias estructurales entre la indagación previa y la instrucción fiscal. Incluso debería conllevar consecuencias en la esencia de las actividades investigativas que en ambas se practican. (p. 89).

En base a las opiniones que se han citado de los expertos, se puede concluir de manera cierta que la audiencia de formulación de cargos, es una especie de umbral entre la etapa preprocesal y la procesal propiamente dicha, es decir que marca el fin de la investigación previa y consecuentemente el inicio de la instrucción fiscal, aunque para los juristas esta delimitación debería ser un poco más demarcada y explícita.

Una vez analizado esto, se puede inferir que la actuación de la fiscalía estuvo estrictamente apegada a derecho, pues estaba en sus facultades de formular cargos por el delito que haya deducido según las investigaciones previas, puesto que cualquier objeción por parte de la defensa en torno a este tema, no se encuentra debidamente fundamentada.

Continuando con el análisis de la audiencia de formulación de cargos, se puede observar que en el caso analizado se dicta por parte del juez, una medida cautelar privativa de libertad como es la prisión preventiva, la misma que se encuentra establecida en el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que señala lo siguiente:

Art. 522.- Modalidades. - La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad:

1. Prohibición de ausentarse del país.
2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe.
3. Arresto domiciliario.
4. Dispositivo de vigilancia electrónica.
5. Detención.
6. Prisión preventiva.

Como se puede observar, en la parte inicial del artículo citado previamente, se señala que se aplicará de manera prioritaria a la privación de libertad, sin embargo, es de conocimiento general que esto no se cumple, pues en la mayoría de casos, la prisión preventiva es la primera opción

Mencionado lo anterior, corresponde conocer cuál es la finalidad de la prisión preventiva y cuando debe aplicarse. Es así que el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal sobre la finalidad de esta prisión preventiva, señala lo siguiente:

Art. 534.- Finalidad y requisitos. - Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva (...).

Como lo establece el artículo previamente citado, la prisión preventiva es de uso exclusivo para garantizar la comparecencia de la persona procesado al proceso, sin embargo, esto parece ser letra muerta, pues en la práctica, parece ser la primera opción al momento de aplicar una medida cautelar por parte de los jueces de garantías penales, llegando incluso a ser el procesado quien deba justificar que no es necesario la aplicación de tal medida privativa de libertad, contradiciendo en este aspecto lo plasmado por el legislador en la norma, y sin lugar a dudas, vulnerando el principio de inocencia, consagrado en la Constitución.

La Corte Interamericana (2004) también ha expresado su opinión con respecto a la prisión preventiva, manifestando en una de sus sentencias lo siguiente:

La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

Tomando en cuenta el criterio de la Corte Interamericana, se puede precisar que este órgano es claro en manifestar que la prisión preventiva tiene un carácter excepcional, lo que se entiende que, solo será aplicable de ultima ratio, es decir, cuando no exista otra alternativa a ello. Es así que la Corte establece como estándar para la aplicación de la prisión preventiva, los tres aspectos antes mencionados, excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad.

La proporcionalidad se entiende como aquel parámetro en que la aplicación de la prisión preventiva, no resulte igual o más grave que la pena que debería cumplirse en caso de ser condenado, es decir, que en una infracción que no corresponda pena privativa de libertad, la aplicación de la prisión preventiva resulta fuera de todo contexto.

En cuanto a la necesidad, se debe decir que este aspecto lleva consigo la idea de que el procesado o investigado, no vaya a alterar el normal curso del proceso, razón por la cual existe la necesidad de aplicar esta medida cautelar, en razón de precautelar la evidencia o pruebas que se puedan obtener, ante la posibilidad de que el procesado pueda destruirla o desaparecerlas.

Dentro del caso que es objeto del presente análisis, se puede evidenciar en principio, que no existían elementos de convicción suficientes que demostraran que el procesado es autor de la infracción, es decir que no se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para la aplicación de esta medida cautelar, sin embargo como se ha podido observar, el criterio de los administradores de justicia generalmente es el de aplicar la prisión preventiva, salvo que el procesado justifique su no aplicación, pasando por alto lo plasmado por el legislador en la norma.

2.3. Análisis de la audiencia evaluatoria y preparatoria de Juicio

En la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, el proceso queda saneado, pues en la primera parte de esta etapa procesal, no se observan vicios de procedimiento, procedibilidad, prejudicialidad ni competencia, puesto que ninguna de las partes procesales, es decir fiscalía ni la defensa del procesado, alegaron la existencia de alguno de ellos, por otra parte, estuvieron de acuerdo en que se de por válido todo lo actuado hasta ese momento.

Siguiendo con la audiencia, la fiscalía emite su dictamen, al tenor de lo que establece el artículo 600 de la normativa penal, el mismo que señala los siguiente:

Art. 600.- Dictamen y abstención fiscal. - Concluida la instrucción, la o el fiscal solicitará a la o al juzgador señale día y hora para la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, la que será convocada en un plazo no mayor a cinco días y se efectuará en un plazo no mayor a quince días (...)

Como se evidencia en la norma penal, el dictamen fiscal es emitido una vez que se concluye la etapa de instrucción, luego de la cual el fiscal debe convocar a audiencia para emitir su decisión, es decir, si emite un dictamen acusatorio, o en todo caso, se abstiene de acusar.

Volviendo al caso en concreto, la fiscalía emite dictamen acusatorio, basado en los elementos de convicción obtenidos durante la etapa de instrucción fiscal, mismos que fiscalía considera suficientes para presumir la existencia de la infracción, así como la responsabilidad del procesado.

Sobre el dictamen fiscal, el tratadista Cabanellas (2009) en su diccionario elemental, menciona lo siguiente: “Opinión sustentada que emite el Fiscal Superior acusando a una persona por haber cometido un delito. Luego de este, se emite el auto superior de enjuiciamiento” (p.166).

Como se puede observar, la acusación fiscal, según el criterio del citado autor, se la puede entender como la opinión o decisión a la cual ha llegado el fiscal, mencionada decisión debe tener fundamento, esto último consiste en los elementos de convicción obtenidos durante toda la etapa de instrucción, mismos que inducen a fiscalía a emitir un dictamen acusatorio.

Analizando de vuelta el caso concreto, se puede colegir que los fundamentos de fiscalía para emitir su acusación, fueron graves y fundados, en virtud de aquello, una vez escuchado a las partes, y más allá de que la defensa del procesado desestimó la acusación fiscal, aduciendo carencia de elementos de convicción suficientes y fundados, el juez tomó la decisión de emitir auto el correspondiente auto de llamamiento a juicio.

En el caso que se está analizando, los elementos de convicción presentados por la agente fiscal, recabados durante la etapa de instrucción fiscal, fueron los siguientes:

Testimonio urgente de la víctima

Testimonio urgente de la compañera de la víctima

Versión de la madre de la víctima

Versión de la directora de la escuela

Informe de la pericia psicológica

Informe de la pericia de entorno social.

Informe de la investigación y reconocimiento del lugar de los hechos

Como se ha mencionado en líneas anteriores, una vez emitido el dictamen acusatorio por parte de la fiscalía, el juez dicta el correspondiente auto de llamamiento a juicio, además de ordenar la prohibición de enajenar bienes inmuebles, tal como lo estipula el artículo 555 del Código Orgánico Integral Penal, mismo que señala lo siguiente:

Art. 555.- Medidas cautelares sobre bienes en juicio. - En todo caso en que la persona procesada va a juicio, la o el juzgador dispondrá la prohibición de enajenar y la retención de las cuentas si antes no lo ha hecho, por una cantidad equivalente al valor de la multa y a la reparación integral de la víctima. (Asamblea Nacional, 2014).

2.4. Análisis de la Audiencia de Juicio y sentencia

Como se ha indicado anteriormente, el caso en análisis tiene sentencia condenatoria por parte del tribunal de garantías penales del cantón Manta, imponiéndole al acusado una pena de nueve años y tres meses de privación de libertad, por considerarlo autor directo del delito tipificado en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, existiendo una agravante que modifica la pena, misma que se encuentra contenida en el artículo 48 numeral 1 de la norma antes mencionada, mismo que señala: “Encontrarse la víctima al momento de la comisión de la infracción, al cuidado o

atención en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación u otros similares.”

La audiencia de juzgamiento o de juicio, inicia como es pertinente con los alegatos de apertura, manifestando la fiscalía que demostrará la responsabilidad que tiene el acusado por el delito de abuso sexual por el cual se le acusa, el mismo que se encuentra tipificado en el artículo 170 segundo inciso del Código Orgánico Integral Penal, por tratarse de una menor de 14 años, en este caso la víctima tenía 8 años cuando ocurrieron los supuestos hechos.

Por parte de la defensa se manifestó en su alegato de apertura que la fiscalía no iba a poder probar que el defendido era culpable del delito que se le estaba acusando, no obstante, hay que tomar en cuenta que, a la hora de producir las pruebas, la defensa escoge una teoría del caso, para la que no cuenta con elementos probatorios para justificar las premisas fácticas que alega, tal como se observará más adelante.

Sobre el delito de abuso sexual por el que se está acusando, vale la pena recordar lo que establece la normativa penal al respecto, es así que el Código Orgánico Integral Penal señala: “Abuso sexual.- 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 (...)” (Asamblea Nacional, 2014).

Como se puede observar, el legislador no ha sido muy claro a la hora de precisar lo que es el abuso sexual, sin embargo se puede precisar de lo que establece la normativa penal que cuando se hace referencia al abuso, se trata de la ejecución de actos de naturaleza sexual, siempre que no exista penetración o acceso carnal, además se indica que estos actos deben ser en contra de la voluntad de la persona, pero cuando se trata de menores de edad, el elemento voluntad no es necesario para que exista tipicidad, puesto que en los delitos contra menores de 14 años, el bien jurídico que se afecta, como ya se ha conocido anteriormente, es la indemnidad o intangibilidad sexual, puesto que este tipo de personas, menores de 14 años, no tienen la capacidad de autodeterminarse

sexualmente, es decir que todo acto de naturaleza sexual contra ellos, nunca podrá presumirse por consentido.

Continuando con el análisis del caso, una vez que los sujetos procesales emitieron sus alegatos de apertura, se procedió a la práctica de las pruebas, en este momento procesal la fiscalía presenta el testimonio urgente de la menor, víctima del supuesto delito de abuso sexual, al cual se le da lectura en la audiencia, donde se puede evidenciar que la menor indica en la parte pertinente de su testimonio que cuando ella le pidió ir al baño, ahí como nadie estaba, él la fue persiguiendo al baño y cuando llegó la estaba manoseando, le estaba tocando las partes, le estaba haciendo así, en el seno, que no había nadie de las mujeres, solo ella que había ido al baño y el profesor la fue persiguiendo y ella no se dio cuenta, además manifestó la menor que había visto al profesor tocando a una de sus compañeras.

De este testimonio se puede entrever que el supuesto hecho fue cometido en ausencia de testigos, por lo que no existirían otros testimonios que puedan corroborar lo manifestado por la menor, no obstante, hay que recordar que los delitos sexuales por lo general se cometen en la clandestinidad, por lo que muy rara vez existirán testigos.

Como ya se ha indicado anteriormente, el criterio de la Corte manifestado en una de sus jurisprudencias, establece que en los delitos sexuales la apreciación de la prueba se hará basado en un criterio más amplio, puesto que en esta clase de delitos muy difícilmente existirá prueba directa, o testigos presenciales, porque comúnmente esta clase de delitos se llevan a cabo en la clandestinidad.

De igual manera, la Corte Nacional (2013) en una de sus resoluciones ha manifestado lo siguiente:

Ya que los delitos sexuales son clandestinos y la existencia de prueba directa es poco probable, los vestigios y elementos de convicción que se puedan tomar

tanto de la escena del delito como de la víctima, deben ser analizados en detalle (...)

Se puede deducir en base a los criterios citados, que dado el carácter de clandestinidad que reviste a los delitos sexuales, el testimonio de la víctima adquiere un mayor valor probatorio que en otra clase de delitos, pues considera la Corte que en esta clase de ilícitos resulta muy difícil obtener pruebas directas que sustenten la acusación. Es así que en el caso que es objeto de estudio, el testimonio de la víctima, es prueba privilegiada para demostrar la culpabilidad del acusado.

Continuando con la evacuación de los medios probatorios, la fiscalía presenta el testimonio de la madre de la menor, víctima de la infracción penal, quién en su testimonio manifiesta que la menor llegó un día y le contó que había denunciado a su profesor porque se cansó que a su amiguita le tocará las partes privadas, y al día siguiente de eso, la menor cae enferma con fiebre, razón por la cual, la lleva al subcentro de salud, y al momento de que el médico la iba a revisar, la niña le dijo a este que no la toque porque así la tocó el profesor en el baño, razón por la cual fue remitida al hospital de Manta, donde indica la madre que la menor contó que el profesor la había sobado en el baño, que le tocó el pechito, además manifiesta la señora en su testimonio que previamente a esto, ella ya había tenido problemas con el profesor porque le había pegado a la niña, además, en el contra examen la testigo al ser preguntada por el nombre del médico que atendió a la niña en primera instancia en el subcentro, dijo no recordar el nombre.

Analizando este testimonio, se puede precisar que se trata de un testimonio referencial, puesto que el testigo no estuvo presente en el lugar de los hechos, sino que su testimonio es de segunda mano, obtenido a través de tercera persona, en este caso fue la víctima quien le contó lo sucedido, por lo que no constituye prueba directa, no obstante, podría considerarse que se trata de lo que la doctrina llama, prueba indiciaria.

Sobre la mencionada prueba indiciaria, es necesario definir su significado, es así que Alsina (1961) al referirse a la prueba indiciaria, señala lo siguiente:

La prueba indiciaria consiste en la reunión e interpretación de una serie de hechos y circunstancias relativos a un injusto determinado que se investiga, a efectos de intentar acceder a la verdad de lo acontecido por vía indirecta. Por medio de la prueba indiciaria lo que se hace es probar directamente los hechos mediatos para deducir de estos aquellos que tienen una significación inmediata para la causa. (p.683).

Por su parte Rivera Morales (2009) sobre este mismo tema ha indicado de manera precisa que:

La prueba indiciaria, se ubica dentro de los medios de prueba que constituye un hecho mediante el cual por vía de la inferencia se logra conocer otro hecho conocido, en este sentido el indicio ingresa al acervo probatorio en razón de otros medios de prueba lo que determina que han sido probados previamente. (p.365).

En base a la opinión de los autores queda claro que, al hablar de prueba indiciaria, se está mencionando una prueba indirecta, es decir, que con ella no se prueba directamente los hechos de la causa, sin embargo este tipo de prueba sirve para comprobar hechos que giran en torno al asunto que se investiga, por lo cual, sirve para que a través de una actividad deductiva realizada por el administrador de justicia, se puede llegar al esclarecimiento de los hechos, y consecuentemente, el acceso a la verdad.

De vuelta al caso, se puede apreciar que solo existe una prueba directa, la cual es el testimonio urgente de la menor, quien fue víctima del abuso, el resto del contenido probatorio se basa en pruebas indirectas, que se podrían catalogar en el marco de pruebas indiciarias.

El siguiente testimonio presentado por la fiscalía en la audiencia de juzgamiento, es el de la perito experta en psicología, quien realizó el informe psicológico presuntivo,

quien supo manifestar al tribunal que al realizar la evaluación psicológica a la víctima para determinar si existía daño psicológico en virtud de lo denunciado por su madre, después de aplicadas las pruebas y de realizada la entrevista con la niña, concluyó que existían en la niña ciertas presiones que venían del entorno donde ella estaba, temor por lo que había sucedido en la escuela, sin embargo, a pesar de esta conducta de temor y de inseguridad y de las presiones del entorno, a pesar de ello no había daño psicológico debido a la capacidad de sobreponerse de la menor y también al apoyo familiar, y del apoyo que recibe la familia por parte del pastor de la iglesia, por tanto la menor se encontraba bien, manifestó además que las presiones no se debían a que el discurso fuera manipulado, sino por la situación del profesor y los estudiantes, además manifestó que la menor le había contado lo sucedido con el profesor, que ella le pidió permiso para ir al baño y este la persiguió y le tocó el pecho, luego al llegar a casa le contó a su mamá lo que había sucedido, por último la psicóloga al ser preguntada si una menor después de lo que aconteció, podía no tener daño psicológico, supo precisar que no necesariamente, depende mucho de la fragilidad o de la fortaleza emocional que ella pueda tener y las condiciones familiares y sociales que la envuelven.

Conforme a lo expresado por la psicóloga, en la parte más relevante se puede observar que la víctima no sufría de daño psicológico, no obstante, se evidencia que no siempre existe daño en una víctima de abuso, según lo expresado por la psicóloga, además se ha evidenciado que la menor le ha contado a la psicóloga lo ocurrido, por lo que la misma se convierte, en cuanto al presunto delito, un testigo referencial, no obstante resulta necesario conocer la importancia y el porqué de realizar la pericia psicológica en las víctimas de un delito sexual.

En lo referente a lo mencionado en líneas anteriores, hay que decir que la opinión doctrinaria estima que el objetivo de la realización de un examen psicológico en las víctimas de un delito de agresión sexual, es el de poder valorar cual ha sido el grado de afectación en su psiquis, para así poder determinar un tratamiento adecuado. (Echeburúa, Paz de Corral, y Amor, 2004).

De lo expresado por los expertos, es correcto precisar que el examen psicológico que se realiza a las víctimas de un delito sexual, está orientado a determinar si existe o no afectación psicológica de algún nivel, sin embargo no se menciona si este mismo examen sirve para determinar la veracidad del testimonio de la víctima, que en todo caso y según la doctrina referente a este tema, es factible, sin embargo, la psicóloga en su testimonio no hace referencia a la veracidad del testimonio de la víctima, solo se limita a determinar si existió algún grado de afectación, no obstante esta es una falencia que se puede observar en el caso, pero que corresponde a la mala labor realizada por la defensa del acusado, tema que se analizará más adelante.

Continuando con la actuación probatoria, fiscalía presenta como testigo a la perito quien realizó el informe social, quien indicó que la menor se encuentra inmersa en un hogar de bajo recursos económico, donde la familia tiene creencia errónea sobre el poder y la obediencia, además que en el sitio donde la víctima vive, los moradores mantienen un estereotipo de género, con creencia sobre la obediencia hacia la autoridad y los menores con obediencia hacia los adultos, siendo una cultura subpatriarcal, concluyendo que la menor proviene de una familia que se encuentra inmersa en creencias erróneas sobre la obediencia de poder, lo que hace que sea fácilmente habitual a cualquier evento abusivo, ya sea en su entorno familiar o social, por lo que es una persona altamente vulnerable.

De lo manifestado, se evidencia que, en palabras de la trabajadora social, la menor es altamente vulnerable a abusos, debido a su entorno familiar y social, sin embargo, vale la pena preguntarnos ¿es esto suficiente para demostrar que fue abusada? la respuesta a esta pregunta parece ser que no, sin embargo, como se ha manifestado anteriormente, este testimonio sería una prueba indiciaria, para a través de él poder llegar a la verdad de los hechos que pertenecen a la causa.

De igual resulta importante la realización del informe de entorno social para determinar la realidad en la que vive la víctima, y de que manera esto la predispone para ser víctima de algún tipo de abuso, no obstante que en este caso víctima y victimario no

pertenecían al mismo núcleo familiar, se puede apreciar que si compartían el entorno social, pues se trataba de alumna y profesor, por lo que en este caso resulta importante como prueba indirecta para llegar a la verdad de los hechos.

Continuando con la actividad probatoria, y la evacuación de las pruebas por parte de fiscalía, se presentó como testigo a la directora de la escuela donde estudiaba la víctima y donde también desempeñaba su labor de docente el victimario, siendo este último el profesor de la menor, por lo que estaban directamente relacionados. Es así que la directora en su testimonio manifiesta que el procesado era profesor de la institución al momento en que ocurrieron los hechos, además indicó que la víctima era estudiante del victimario, por otra parte, también señaló que habían existido denuncia por parte de unas menores en contra del profesor por abuso y que ella emitió el respectivo informe al distrito en razón de las denuncias de las menores que supuestamente las había acosado.

De este testimonio resulta un análisis bastante interesante y sobre todo importante, pues por una parte es preciso indicar que no se trata de una prueba directa, pues no sirve para corroborar la existencia del abuso, sin embargo, se trata de una prueba indiciaria para el asunto de la causa, no obstante de ello, con el testimonio de la directora se puede comprobar la relación profesor-estudiante que existía entre victimario y víctima respectivamente, pero por otro lado el testimonio hace referencia a asuntos ajenos a la causa, por los que no existe denuncia respectiva y que no son objeto de investigación, pues la directora menciona que unas niñas lo habían denunciado al profesor por acosar a unas estudiantes, pero no hace referencia a las menores que supuestamente fueron abusadas, y vale recalcar que este es un delito distinto al que se está juzgando.

Con esta parte del testimonio, la testigo está aportando información ajena a la causa, razón por la cual el testimonio no debió ser valorado por el tribunal, pues se estaría creando un prejuicio en base a hechos supuestos que, si bien podría considerarse como delito, son completamente ajenos al proceso por el cual el acusado está siendo

juzgado, y por el que no existe la respectiva denuncia. Mencionado esto, es preciso recordar que nuestro derecho penal, es un derecho penal de acto, más no de autor, por lo que sería irrelevante lo que habría hecho el procesado en asuntos que no tuvieran que ver con la causa que es motivo de la presente audiencia, en base a esto resulta preciso manifestar que el tribunal no debió darle una valoración a dicho testimonio para determinar la responsabilidad penal del procesado.

Sobre este tema, la doctrina ha manifestado lo siguiente:

La exigencia de la acción u omisión humana como antecedente para la aplicación de una pena constituye el pilar fundamental del denominado derecho penal de acto que pretende regular conductas y prevé sanciones para el incumplimiento de los cuerpos normativos. En el derecho penal de acto, no son objeto de sanción la personalidad de determinado individuo, sus ideas ni sus características, puesto que se respeta la libertad y la diferencia de todos. Sólo la acción y nada más que ella puede ser desvalorada por el derecho y, consecuentemente, merecedora de una reacción punitiva. (López, 2012).

Una vez ilustrado el tema del derecho penal de autor, queda demostrado que este se basa siempre en las acciones, en hechos, siendo pertinente mencionar que estos hechos deben ser por los cuales se le juzga, más no perjudicar a un individuo por supuestos hechos que no tienen que ver con la infracción que se le imputa, por lo que se confirma la idea de que al testimonio de la directora de la escuela sobre la supuesta denuncia de las menores por un posible acoso de parte de su profesor, no debe otorgársele valor probatorio.

Por último, se presenta por parte de la fiscalía el testimonio del agente encargado de la investigación y reconocimiento del lugar de los hechos, quien declara que el lugar donde se habría consumado el presunto delito era en la unidad educativa Riobamba, de la parroquia San Mateo del cantón Manta, precisamente en los baños de la cancha posterior detrás del bloque de aulas, indicando que estos sanitarios no se pueden ver

desde las aulas porque las ventanas de estas últimas, son altas y se encuentran en la parte de atrás del fondo.

De este último elemento probatorio, no se distingue mayor análisis, puesto que el agente en su testimonio hace referencia al lugar de los supuestos hechos, sin introducir otro tipo de información que sea relevante para la decisión de los jueces en el presente caso de abuso sexual, sin embargo, se puede determinar que los baños de la escuela se encuentran alejados de las aulas, razón por la cual se justifica que no haya existido testigos presenciales, esto sumado al carácter de clandestinidad que reviste esta clase de delitos.

Una vez evacuada las pruebas por la parte acusatoria, es momento de la producción de la prueba de la defensa, quien de manera inexcusable presenta como único medio probatorio el testimonio del procesado, sin aportar mayores pruebas que puedan desestimar la acusación fiscal. Sobre este punto cabe una crítica bastante fuerte, pues a criterio de los investigadores, la defensa ejercida en este caso dejó bastante que desear.

Sobre este tema, un reconocido jurista ha expresado que el abogado defensor tiene mucho significado y representación para quienes se encuentran en posición de recibir todo el poder punitivo del estado, pues se menciona que resulta imposible olvidar que para los sujetos comunes, se asume como una fuerza irresistible las razones que impone la autoridad o aquellas que llevan consigo un papel membretado, es por esto que el actuar de los abogados defensores es el de impedir por todos los medios necesarios y disponibles, que por la figura ostentosa de los tribunales, quienes se encuentran en dichas circunstancias, se dejen arrebatar todo. (Calamandrei, 1950, p. 51).

Resulta evidente que la tarea del abogado defensor es la de otorgar a su cliente una defensa diligente, valiéndose de todos los medios probatorios posibles para ejercer una defensa que sea considerada en los parámetros de aceptación, considerando que un mal desempeño en el actuar del abogado se podría entender como un escenario de

indefensión para el acusado, es por ello que el abogado debe estar debidamente capacitado y entrenado para ejercer una defensa acorde al caso que se le presente.

En el presente análisis se observaron falencias que sobresalen a todas luces, pues la única prueba presentada en juicio es el testimonio del procesado, pero no solo eso es el tema debatible, sino la teoría que invoca el mismo en su testimonio. Así se observa que el acusado menciona en su testimonio que la menor (víctima) no cumplía con sus tareas en clase, y que la misma víctima ya lo había amenazado indicando que le diría a la directora y a su representante que el era muy estricto y molesto, además indicó que la menor junto con una compañera siempre pedían permiso para ir al baño y se demoraban mas de lo normal, razón por la cual siempre les llamaba la atención.

Se puede apreciar en esta parte del testimonio que la teoría que expone el acusado es que la denuncia en su contra fue presentada como represalias porque su actuar como profesor era muy estricto, lo que no era del agrado de la menor ni de su madre, sin embargo esta teoría no fue respaldada por ningún otro medio probatorio, no se presentó ningún otro elemento que pudiera justificar lo que enunciaba el procesado, razón por la cual se reitera la crítica de que no contó con una defensa técnica apropiada.

Continuando con el análisis de la actuación de la defensa, se evidencia que no existió prueba que contradiga el testimonio de la perito de psicología, pese a que el resultado de esta no fue del todo concluyente, tampoco se observa diligencia alguna destinada a desacreditar el testimonio urgente de la menor, cuando se pudo solicitar una pericia para evaluar la veracidad del testimonio rendido por la menor, no existe prueba alguna del mal comportamiento de la menor, elementos que puedan generar en el tribunal una duda razonable a favor del imputado, que los obligaría a dictar sentencia ratificatoria de inocencia, apegados al principio de inocencia e in dubio pro reo.

Una vez concluido el debate probatorio, las partes proceden a emitir sus alegatos de clausura, siendo la fiscalía quien lo hace en primer lugar, indicando que con los medios probatorios producidos en la audiencia se ha demostrado la responsabilidad del

acusado por el delito de abuso sexual, señalando que todos los testimonios son concordantes, por lo que se ratifica en su pedido de sentencia condenatoria.

Por su parte la defensa al pronunciar su alegato de clausura señala que las pruebas de fiscalía han caído en contradicciones y que no guardan concordancia entre sí, siendo este un requisito sine qua non para poder determinar la responsabilidad del acusado, que el testimonio de la menor no puede tomarse como medio probatorio suficiente pues se trata de un testimonio aislado y debe ser valorado como parte de un todo y no por si mismo, que la fiscalía no ha podido probar el hecho por el cual se le acusa, el supuesto abuso sexual, por ser el COIP un código de conductas, la fiscalía debió probar el cometimiento de la misma, algo que no pudo realizar, según señaló la defensa.

Una vez concluida la intervención de las partes, llega el momento de la decisión del tribunal, la misma que, como se ha indicado anteriormente, emite sentencia condenatoria. El tribunal considera que la tipicidad ha sido demostrada con el testimonio urgente de la menor y que se configura además porque la víctima tenía en el momento de los hechos 8 años, la norma establece “cuando la víctima sea menor de 14”, además señala de manera acertada el tribunal que en esta clase de delitos, cuando la víctima se trata de un menor de 14 años, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual, tal como ya se ha mencionado en el capítulo anterior del presente trabajo.

Sobre la consideración de la prueba, el tribunal es claro al mencionar que el hecho atribuido al procesado es de aquellos que por lo general se consuman en la esfera de la intimidad, recordar que el supuesto hecho ocurrió, según testimonios, en el baño de la escuela cuando no había nadie, por lo que la prueba directa es de difícil obtención cuando los hechos se suscitan en la clandestinidad y sin testigos, como es el caso.

Con relación a la veracidad del testimonio de la menor, el tribunal supo manifestar que no se advierte tendencia a imaginar hechos y que, además, la edad de la menor, le hace plenamente capaz de entender los hechos que ha experimentado,

indicando que su testimonio fue corroborado por el examen psicológico, dándole plena validez al testimonio de la menor. Además, señala que los testigos de la fiscalía, han sido concordantes en su testimonio, por lo que no cabe duda que se trata de un delito de abuso sexual.

Sobre la materialidad del delito por parte del procesado, el tribunal ha mencionado que esta quedó demostrada con las pruebas presentadas, las cuales son: informe y testimonio de la trabajadora social, informe y testimonio de la psicóloga, acta de testimonio urgente de la víctima, informe y testimonio del agente que realizó el reconocimiento del lugar de los hechos, acción de personal del procesado que demuestra que era profesor de la escuela, cedula de la víctima que demuestra que era menor de edad y que tenía 8 años.

En este punto, cabe recordar de qué se trata la materialidad que menciona el tribunal, por lo que corresponde traer a mención la opinión de importantes juristas, que otorgan el carácter de corazón del garantismo penal a la materialidad, otorgándole el significado de que ningún daño, sin importar cuán grave sea, puede ser considerado penalmente relevante sino como efecto de una acción (Ferrajoli, 2010).

En base a lo expuesto, se infiere que para que exista materialidad, es necesario la prevalencia del nexo causal entre la acción y el daño, puesto que la materialidad hace referencia a una acción exteriorizada, misma que causa un daño sobre quien se ejecuta, por esta razón es indispensable el vínculo de causalidad. Siendo así que, en el presente caso, el tribunal considero que ese vínculo quedó plenamente demostrado con las pruebas presentadas por la fiscalía, cabe analizar si dichas pruebas son suficientes para probar la materialidad, algo que se llevará a cabo más adelante.

Sobre la responsabilidad del procesado, el tribunal también es claro al manifestar que esta se ha demostrado, principalmente con el testimonio urgente de la víctima, quien contó que cuando ella iba al baño, el profesor la siguió sin que ella se diera cuenta y al llegar empezó a manosearla y sobarle los senos y que no había nadie más en el baño.

Considera el tribunal este testimonio como prueba de prevalencia, por el interés superior del menor, además manifiestan los jueces de la causa que esta acción se trata de un acto de naturaleza sexual, realizado en la clandestinidad, y que este testimonio ha sido corroborado por los demás testigos que presento la fiscalía.

Es importante precisar que en el presente caso, los miembros del tribunal le dan máximo valor al testimonio de la víctima, aduciendo que el testimonio es coherente y concordante con lo dicho por el resto de los testigos, los mismo que corroboran lo manifestado por la menor, por ende no existen mayores inconsistencias en los testimonios, pero en este punto, cabe realizar la pregunta ¿es el testimonio de un menor de edad, víctima de un delito sexual, prueba suficiente para determinar la culpabilidad y responsabilidad del procesado? ¿Cuál es el criterio de valoración de la prueba cuando se trata de delitos sexuales? Estas interrogantes serán despejadas en base al análisis que se llevará a cabo a continuación.

Con respecto a este tema de la valoración de la prueba en delitos sexuales, existe amplia jurisprudencia, tanto interna como externa, coincidiendo en el carácter clandestino y de intimidad en el que se cometen esta clase de delitos, lo que hace muy difícil la tarea de obtener pruebas que demuestren la existencia del ilícito.

Conforme a lo expresado, hay que traer a mención lo manifestado por la Corte Constitucional Colombiana (2003), que respecto a este tema ha manifestado lo siguiente:

Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye

una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente.

En observancia de lo que estipula la Corte Constitucional Colombiana, se podría decir que cuando se trata de delitos sexuales, la declaración de la víctima adquiere un valor probatorio superlativo, comparado con otra clase de delitos, sobre todo cuando la víctima es menor de edad, aduce la misma Corte que en estos últimos casos su testimonio es prueba fundamental, sin embargo señala la Corte que esta debe ser analizada en conjunto con las demás pruebas, por lo que en primera instancia, parecería que el testimonio de la víctima no es suficiente para declarar la culpabilidad del procesado.

De igual manera la Corte nacional en una de sus jurisprudencias ha señalado que cuando se juzga un delito sexual, al ejecutarse estos en la clandestinidad, la certeza sobre la responsabilidad que tenga el procesado por el delito que se le acusa, es obtenida a través de prueba indirecta, o denominada prueba indiciaria, en base a un razonamiento lógico ejecutado por el juzgador, en base a su experiencia y sentido común. (2009).

Ha señalado la Corte Nacional, que en los delitos sexuales, la prueba indirecta o indiciaria, adquiere una mayor relevancia para poder demostrar la responsabilidad del procesado, pues a través de ella el juez puede inducir si existe o no responsabilidad de parte de quien se está acusando, tal como se ha evidenciado en el caso concreto que es objeto de este análisis, el actuar probatorio se basó mayormente en pruebas indirectas, mismas que sirvieron para que los juzgadores pudieran llegar a la certeza de la responsabilidad del profesor por el delito de abuso sexual que se le acusa.

El reconocido jurista Miranda Estampres (1997) ha manifestado sobre el tema de la valoración probatoria en el caso de los delitos sexuales, lo siguiente:

La convicción judicial como fin de la prueba no depende de un mayor o menor número de pruebas, en este caso de testigos, sino de la adecuación y de la fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su número. (p.184).

Según el criterio del citado autor, no importaría el número de pruebas presentadas para generar en el juzgador la convicción sobre los hechos, es decir que bastaría con una sola prueba para llegar a este punto de convicción, mencionando además que la convicción judicial depende de la convicción de la prueba practicada.

Analizando este criterio, cabría plantearse ciertas interrogantes, pues en un derecho penal garantista como el de nuestro país, donde se busca garantizar los derechos del procesado, para regular el poder punitivo del Estado y que no se cometan abusos, esta teoría planteada, sobre la prueba única, sería inadmisibles, pues no sería suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, y además estaría violentando el principio in dubio pro reo, o duda a favor del reo, pues con una mínima actuación probatoria, difícilmente se generaría la convicción de certeza en el juzgador para condenar al procesado, y en virtud del principio mencionado, ante la duda, los jueces deberían ratificar el estado de inocencia.

De lo manifestado en líneas anteriores, el autor señala al respecto lo siguiente:

Nuestro Tribunal Supremo, en reiteradas resoluciones, viene admitiendo que la declaración de la víctima constituye un elemento probatorio adecuado o idóneo para formar la convicción del juzgador y apto, por tanto, para poder destruir la presunción iuris tantum de inocencia, incluso en aquellos supuestos, en que sea la única prueba existente; atribuyéndole el valor a la condición de mínima actividad probatoria de cargo legítima. (Miranda, 1997).

Se puede deducir de lo manifestado por el autor, que incluso cuando el testimonio de la víctima es la única prueba, esta constituiría un elemento probatorio esencial para poder desvanecer la presunción de inocencia del procesado, es decir que

cuando se trata de delitos de índole sexual, perpetrados en la clandestinidad, el testimonio de la víctima adquiere tal valor, que puede ser suficiente para alcanzar el estándar mínimo de prueba para que el tribunal pueda dictar sentencia condenatoria.

En virtud de lo que se ha podido conocer, mediante los criterios doctrinales y jurisprudenciales, se puede colegir que los delitos sexuales tienen un grado especial en cuanto al estándar de prueba, remarcando una vez más el entorno clandestino y de intimidad que reviste a este tipo de delitos, por ello se amplía el criterio de valoración, puesto que es muy difícil obtener pruebas que justifiquen las premisas fácticas que componen las teorías jurídicas de los delitos sexuales. En el caso en concreto, se evidencia que el tribunal, al emitir su decisión se basó principalmente en el testimonio de la víctima, otorgándole pleno valor probatorio, esto siendo corroborado por los demás testigos presentados por fiscalía, el tribunal aduce que no existieron contradicciones ni incongruencias entre los mismos, razón por la cual el testimonio urgente de la menor toma un valor probatorio superlativo para determinar la responsabilidad del procesado.

CONCLUSIONES

Una vez realizado un análisis exhaustivo del caso en concreto, se puede concluir que se ha cumplido con los objetivos planteados en el proyecto, pues se ha podido conocer cuál es el estándar probatorio cuando se trata de un delito sexual, a su vez se ha determinado el criterio de valoración que utilizó el tribunal para determinar la responsabilidad del acusado, el mismo que coincide con los criterios emitidos tanto por la jurisprudencia como por la doctrina.

Se pudo precisar de acuerdo al análisis realizado, que el criterio de valoración probatorio es mucho más amplio cuando se trata de delitos de índole sexual, puesto que estos son cometidos en una esfera de clandestinidad, lo que convierte la tarea de recolectar material probatorio, en algo extremadamente complicado, y en ciertos casos, imposible.

Se pudo denotar en la investigación, que el hecho de no poder obtener pruebas directas suficientes, conlleva a que estos ilícitos queden en la impunidad, es por ello que, para evitar esta clase de situaciones y para garantizar los derechos de la víctima, se ha ampliado el criterio de valoración cuando se trata de agresiones sexuales, con mucho mayor amplitud, tratándose de menores de edad.

Se ha llegado a conocer que, en esta clase delitos, al no poderse obtener prueba directa, adquiere una gran importancia la prueba indiciaria, siendo un material probatorio totalmente válido para generar convicción en el juzgador, el mismo que deberá efectuar un ejercicio de razonamiento, en base a las pruebas indirectas o indiciarias que se presenten para poder emitir su decisión.

Se pudo determinar que, en el presente caso, se tomó como prueba determinante el testimonio de la víctima, al que el tribunal le otorgó plena validez probatoria, coincidiendo con lo manifestado por la doctrina y la jurisprudencia, que según el análisis

se pudo observar que se le otorga un peso importante, llegando a ser determinante a la hora de la decisión de los jueces, tal como ocurrió en el caso concreto.

En cuanto a la idea hipotética, es preciso indicar que de acuerdo al análisis realizado, esta no se pudo comprobar, pues en el presente caso, el tribunal actuó apegado a criterios de mínima actuación probatoria, los mismos que están plenamente justificados por la doctrina y la jurisprudencia, por lo tanto vale decir en este punto que dicha idea hipotética estuvo errada, pues se ha llegado a la conclusión que el tribunal determinó la responsabilidad del acusado, en base a criterios de valoración que son aplicables estrictamente a determinados delitos, donde la obtención de material probatorio resulta tarea muy complicada.

Para concluir, se debe indicar que el hecho de ampliar los criterios de valoración de la prueba en esta clase de delitos que son perpetrados casi siempre en la clandestinidad, sin testigos presentes, obedece a la idea de que los mismo no queden en la impunidad por falta de material probatorio idóneo, y de esta manera garantizar los derechos de la víctima.

Sin embargo, de lo manifestado en líneas anteriores, y a criterio personal, se colige que se están sacrificando derechos del procesado, y se está inobservando el garantismo del cual está revestido nuestro derecho penal, pues con estos criterios de valoración, no se puede llegar a una plena convicción de que el delito se haya cometido, lo que conlleva a una vulneración tanto del principio de inocencia, como a una inobservancia e inaplicación del in dubio pro reo, pues en caso de duda, lo que correspondería por parte de los jueces es ratificar estado inocencia del procesado.

BIBLIOGRAFÍA

- ABARCA GALEAS, L. (2006). El Acoso Sexual. Quito. Jurídicas del Ecuador.
- ABARCA GALEAS, L. (2009). Agresión Sexual. Quito. Gráficos Luminosos
- ALSINA Hugo. - Tratado Teórico- Práctico T.II p. 683-684 Editorial Buenos Aires 1961.
- BECCARIA. C. (1980). De los Delitos y Las Penas, Madrid, Editorial Alianza.
- BENTHAM, Jeremías. La Prueba en el Juicio Oral Penal. Ed. Cueva Carrión. Quito. 2004
- BENTHAM, Jeremías: Tratado de las Pruebas Judiciales, Buenos Aires, Ediciones Jurídicos Europa América, 1959
- BRAVO ARTEAGA, J. R. (2005). La seguridad jurídica en el derecho tributario colombiano: ideales, valores y principios. Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
- BRUCK, M., CECI, S. Y HEMBROOKE, H. (2001). Fiabilidad y credibilidad de los informes de niños pequeños: de la investigación a la política y la práctica. En R. Bull (Ed.), Los niños y la ley. Las lecturas esenciales (págs. 87-123). Malden, MA: Blackwell
- BUOMPADRE, Jorge. Derecho Penal. Parte Especial. Tomo I, Mario A. Viera Editor, Corrientes, 2003, pp. 355 y 353.
- CABANELLAS, Guillermo (2009). “Diccionario Jurídico Elemental”, Tomo I, editorial Heliasta, Buenos Aires, p.166
- CAFFERATA, José. “La prueba en el proceso penal” Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986
- CALAMANDREI, Piero, *Il processo come gioco*, en Rivista di diritto processuale, vol 5, parte I, Cedam, Padua, 1950, p. 23-51.
- CARDOSO, I. J. (1986). Pruebas Judiciales (Cuarta ed.). Bogotá: Librería del Profesional
- CLARÍA OLMEDO (2008), Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo I, pág. 230.

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Tibi Vs. Ecuador, Resolución del presidente de la Corte Interamericana, 02 de septiembre de 2004.
- CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Recurso de Revisión. Juicio nro. 236-11, de 11 de junio de 2013
- CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. Recurso de Casación. Juicio N° 2009-0245, de 11/02/2010.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Segunda Sala de lo Penal. Sentencia de 20 de noviembre del 2002, publicada en la Gaceta Judicial: Año CIV.SerieXVII.No.12. Pág.3913.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, sentencia T-554/03, 2003.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COLOMBIA, Sala de Casación Penal, Doctor Sigifredo Espinosa Pérez (Juez Ponente). Sentencia de 11 de mayo del 2012.
- COUTURE, Eduardo, “Fundamentos de Derecho Procesal Civil”. Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1974.
- D’ALBORA, Francisco, Código Procesal Penal de la Nación, pág. 25, Ed. Lexis Nexis, año 2002
- DEVIS ECHANDIA, Hernando: Teoría general de la prueba judicial, Tomos I y II, Quinta Edición, Editorial Temis S.A, Bogotá – Colombia-2002.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2000). El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual. Revista de Derecho Penal y Criminología, 6, p. 69-101.
- ECHEBURÚA, Enrique, PAZ DE CORRAL y Pedro J. AMOR. Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. Departamento de personalidad y tratamientos psicológicos. Facultad de Psicología. Universidad del País Vasco. Disponible en: (<http://masterforense.com/pdf/2004/2004art19.pdf>). Consultado: 13/08/2021)
- ESCUDERO ALDAY, Rafael. Positivismos y moral interna del derecho. Editorial Centro de estudios políticos y constitucionales. Madrid. 2000
- ESTRADA VÉLEZ, S. (1997), Hacia un Nuevo Concepto de Seguridad Jurídica a la Luz de los Valores Consagrados por la Constitución Nacional de 1991, Nueva Interpretación Constitucional, Medellín-Colombia, Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquía, Biblioteca Jurídica Diké.

- FERRAJOLI, L. (2010). Democracia y Garantismo. Editorial Trotta. Madrid. España
- FERRAJOLI, Luigi (2001): Derecho y razón (5ª edición, Trotta, Madrid), p. 551
- Fiscalía General del Estado, Expediente Fiscal No.170101815121251, 2015.
- GARCÍA FALCONÍ, J. (2017). Manual de Práctica Procesal Civil y Penal. El procedimiento monitorio. La Prueba Documental en el COGEP. Recuperado de ([https:// www.derechoecuador.com/la-prueba--en-el-cogep](https://www.derechoecuador.com/la-prueba--en-el-cogep)).
- GOZAÍNI, Osvaldo (2006): “La presunción de inocencia. Del proceso penal al proceso civil” (Revista Latinoamericana de Derecho, Año III, N° 6, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F.), p. 158
- KEMELMAIER DE CARLUCCI, A. (1998). La seguridad jurídica. Revista de Derecho comercial y de las obligaciones, (p. 208)
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel. La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Ed. Bosch. Barcelona, 1997.
- Pasquel, A. Z. (1995). Practica Penal. Quito. Edino.
- Pérez, I. (2001). Dictámenes sexológicos por delito sexual.
- POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ. Manual de criminalística. Lima, Perú: JMD; 2006. p. 232
- PRECIADO HERNÁNDEZ (1960), Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho, México, Tercera Edición, Editorial JUS.
- QUEREJETA. Validez y credibilidad del testimonio, 1999. Citado por INSTITUTO VASCO DE CRIMINOLOGÍA. Cuaderno N° 13., 1999. Recuperado el: [13/08/2020]. Disponible en (<http://www.ehu.es/es/web/ivac>).
- REINALDI, Víctor. Los Delitos Sexuales en el Código Penal Argentino, Marcos Lexer, Editora Córdoba (1999), p. 33.
- RIVERA MORALES, Rodrigo. La Pruebas en el Derecho Venezolano. Librería Rincón G., Venezuela Barquisimeto. 2009. p. 365
- ROSALES RIVERA Martha Verónica Metodología grupal para niños, niñas sobrevivientes de abuso sexual del año 2012 Managua Nicaragua, editorial Impresiones y Troqueles, ITSA.
- SENTIS MELENDO, Santiago “Que es la Prueba” (Naturaleza de la prueba) Revista derecho Procesal Iberoamericana 1973.

- UNAM. (2012). Los delitos sexuales y otros delitos frente a la sustracción de menores. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- VELÁSQUEZ RIVAS Ángela, El abuso sexual de menores en Nicaragua. Del año 1999 Managua Nicaragua.
- ZABALA BAQUERIZO, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III y V. Ed. Edino. Guayaquil, Ecuador. 2004.
- ZALAMEA, Diego. *Colección Litigación Oral. Tomo I: Audiencias penales previas al juicio*. Quito, Ecuador. Corporación de estudios y publicaciones.