****

**UNIVERSIDAD SAN GREGORIO DE PORTOVIEJO**

**Informe final de trabajo de investigación de estudio de caso.**

Previo a la Obtención del Título De:

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

**Tema:**

Caso N° 13283-2017-00875, que por Abuso Sexual sigue el Estado, en contra de Marco Antonio Bendón Arteaga: La falta de objetividad y seguridad jurídica, razones que impiden la adecuada administración de justicia.

Autora:

Zambrano Garcés Tamara Gabriela

Tutor:

Abg. Villacís Londoño Henry Stalin.

Portoviejo - Manabí – Ecuador.

2018.

# CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.

Zambrano Garcés Tamara Gabriela, de manera expresa hace la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: Caso N° 13283-2017-00875, que por Abuso Sexual sigue el Estado, en contra de Marco Antonio Bendón Arteaga: “La falta de objetividad y seguridad jurídica, razones que impiden la adecuada administración de justicia”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido realizada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, 27, Julio, 2018

**Zambrano Garcés Tamara Gabriela**

**C.C.**

**AUTORA.**

**ÍNDICE**

[CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR. II](#_Toc522448423)

[INTRODUCCIÓN 1](#_Toc522448424)

[MARCO TEÓRICO 3](#_Toc522448425)

[1.1. El procedimiento penal. 3](#_Toc522448426)

[1.2. Sujetos procesales. 4](#_Toc522448427)

[1.3. Las etapas del procedimiento penal 7](#_Toc522448428)

[1.4. La fase de investigación previa. 7](#_Toc522448429)

[Finalidad 8](#_Toc522448430)

[1.4.1. Subsistencia de la fase de investigación previa. 11](#_Toc522448431)

[1.5. Etapa de instrucción fiscal. 12](#_Toc522448432)

[1.6. El principio de objetividad en materia penal. 13](#_Toc522448433)

[1.7. El Principio constitucional y procesal de objetividad. 16](#_Toc522448434)

[1.8. El delito de abuso sexual. 19](#_Toc522448435)

[2. ANÁLISIS DEL CASO 21](#_Toc522448436)

[2.1. Hechos fácticos del caso. 21](#_Toc522448437)

[2.2. Análisis de la falta de aplicación del principio de objetividad y su connotación en la Sentencia del caso 13283-2017-00875. 23](#_Toc522448438)

[CONCLUSIONES 49](#_Toc522448439)

[BIBLIOGRAFÍA 52](#_Toc522448440)

[Anexos 55](#_Toc522448441)

# INTRODUCCIÓN

En el Caso penal, signado con el número 13283-2017-00875, que por Abuso Sexual sigue el Estado en contra de Marco Antonio Bendón Arteaga, se ha planteado como objetivo del estudio, el determinar si en esta causa existió falta de objetividad que vulneraría a la seguridad jurídica y que impiden una adecuada administración de justicia.

Esta investigación significativa por cuanto, se estudia como primer enfoque a uno de los sujetos procesales como lo es la Fiscalía, que como lo determina la Constitución de la Ley es el encargado de la investigación procesal y pre procesal de la acción penal, el mismo que al ejercer sus funciones como agente del Estado debe ser objetivo en el sentido de identificar los elementos de convención para imputar a una persona, así como la identificación de víctima y procesado de algún tipo penal.

El proceso penal sirve, entre otras cosas, para determinar si una persona (ya sea en estado de debilidad manifiesta o no) tiene la calidad de víctima. Por lo tanto, en la decisión de fondo jamás será razonable asumir que alguien es sujeto pasivo de una conducta por el único motivo de que lo afirma.

El Fiscal tiene la facultad de representar al Estado, lo que significa que tiene que realizar una investigación correcta, objetiva, debe reunir todos los elementos de un tipo penal para poder acusar sobre ello, entre estos elementos debe tener bien identificado al sujeto activo y pasivo de la acción, pues, el de no cumplir con estos elementos en la acción ocasionaría una vulneración de derechos, a los principios y a las personas.

En el estudio se estudian las etapas del proceso penal, haciendo un enfoque principal de la instrucción Fiscal, la cual se fundamenta en las facultades que le otorga al Agente Fiscal la Constitución en el mismo Código Integral penal, que entre las principales resalta que éste es el encargado de comprobar la existencia material de un delito e identificar a los individuos que hayan participado en él como presuntos responsables del mismo.

Una de las obligaciones del Fiscal es el reunir elementos de convicción que sean prueba necesaria e inobjetable para sostener la acusación en contra de determinado individuo sujeto a investigación, del mismo modo, no únicamente debe actuar para acusar y reunir elementos de cargo, sino que también, está en la obligación de presentar cuanta prueba o elemento de descargo haya encontrado en su investigación, pues de eso se trata la objetividad.

# MARCO TEÓRICO

## El procedimiento penal.

El proceso o procedimiento penal, es el que está encaminado a materializar una conducta que se halla tipificada como delito en el Código Penal, en la legislación ecuatoriana esto es en el Coip, cuerpo legal que contiene lo sustantivo y adjetivo del derecho penal. Es el accionar del Estado en donde la Fiscalía inicia una investigación cuando una infracción llega a su conocimiento. Para Soler: “Es aquella rama jurídica perteneciente al derecho público que coge las normas asignadas bajo la amenaza de sanción. (Soler, 2014, p 37)[[1]](#footnote-1).

Indagando doctrina relevante, se registra a Párraguez, que respecto de este procedimiento señala que: “procedimiento penal es el cristal del derecho penas, en tal vía procedimental el Estado ejercita su imperio sancionador (ius puniendi) en quebranto de los derechos básicos de una persona”*.* (Párraguez, 2004, p.89)[[2]](#footnote-2)

Serrano (2009)[[3]](#footnote-3) menciona que:

En el procedimiento penal, como disciplina es aquel donde existe la acusación del cometimiento de un delito, en seguida se procede a buscar y practicar todas las pruebas pertinentes para que, sea el órgano jurisdiccional quien resuelva la situación jurídica del acusado, ordenando archivo del proceso, absolviendo al procesado o condenándolo (párr. 1).

Consultando al Dr. Bazantes (2008)[[4]](#footnote-4), en su tesis magistral expone:

El Proceso Penal es una relación jurídica, entendida como el vínculo que se establece entre las víctimas, la sociedad por y con sus representantes, y los victimarios, considerado en función del derecho que califica y regula el comportamiento recíproco y correlativo de los mismos. La relación jurídica es la síntesis dialéctica de acto y de norma, pues nace del acto como fuente empírica, y de la norma como fuente ideal. 19 Antonio, Beristain Ipiña, Criminología y Victimología. Alternativas Re-creadoras al delito, Ob. cit. p. 214/215 31 Cuando un sujeto actúa e interfiere en el ámbito de acción de otro (encuentro afectante), se genera una relación jurídica que no es más que una relación social en función del derecho, acto y relación son sociológicamente nada más que dos aspectos de un mismo fenómeno, de los cuales el primero es el aspecto dinámico y el segundo, el aspecto estático (Bazantes, 2008, pág. 30).

En palabas propias y en concordancia con lo aportado por los autores, se entiende entonces que el proceso penal es aquel que hace efectiva la materialización de un hecho, es decir es el procedimiento a seguir para la sustanciación de cada infracción penal.

En el Ecuador las normas del procedimiento penal se encuentran en la parte adjetiva del Coip, es decir en la parte procedimental, donde se establecen los tipos de procedimiento en materia penal, pues, existen según la normativa en el Estado ecuatoriano se da el procedimiento peal ordinario y los procedimientos especiales.

En todos los procedimientos mencionados, sean especiales u ordinario, existen elementos fundamentales tenido como elementos principales a los sujetos procesales, que son quienes dan inicio la acción penal por cualquiera de los procedimientos que se han señalado.

## Sujetos procesales.

En el proceso penal, intervienen varios sujetos procesales que cumplen una función específica en al ámbito procesal, estos sujetos son los que tipifica el Código Orgánico Integral Penal (COIP) generalmente son cuatro: Víctima, Procesado, Fiscalía, y la defensa que puede ser pública o particular (Articulo 349).

A modo general, el Dr. García (2015)[[5]](#footnote-5) expone:

En un procedimiento penal determinado esa concepción abstracta y universal de los sujetos procesales, pondera en una pluralidad de individuos que componen una relación jurídica multívoca entre sí, relación que consiste en deberes y permisiones que son de carácter jurídico procesal, las que son adecuadamente reguladas y diferenciadas, cuyo cumplimiento y ejercicio fidedignos, correspondientemente establecerán la validez de los actos jurídico procesales que a su vez permitirán que haya una acertado y justo fallo sobre si es aplicable o no en el caso, al consecuencia o efecto jurídico para la solución del conflicto en lo que refiere el proceso penal (párr. 9).

Dentro del procedimiento penal, los sujetos procesales asumen un papel definitorio, la actuación de éstos ha de ser organizada y regida a las facultades que les otorgan la ley y la Constitución de la república y en relación con este Estado constitucional de derechos y justicia social, con la finalidad de alcanzar una efectiva justicia en favor de la paz social.

Entonces como se ha puesto en conocimiento los sujetos procesales de modo resumido son:

**Víctima.-** Esta es la persona que denuncia que se le ha dañado un bien jurídico que es tutelado, la víctima no solo es una persona física, lo puede ser una persona natural o una persona jurídica, así encontramos delitos que se dan por ejemplo a las instituciones del estado e inclusive a la naturaleza como sujeto de derechos.

**El procesado.-** Es el sujeto que desde el inicio es sujeto de la investigación de la comisión de una infracción penal, adquiere la denominación de procesado cuando ya se le ha formulado cargos, mientras tanto solo es un sospechoso, sin embargo en todo lo que dure el proceso hasta que se le dicte sentencia goza de su estado de inocencia, por así prendarlo la Constitución como norma suprema. El procesado, ya en las etapas del proceso penal es a quien se le culpa por haber adecuado su conducta a alguno de los tipos penales que se hayan descritos en el Código Orgánico Integral Penal (COIP).

**La Fiscalía.**- Como lo menciona la norma suprema es la institución que se encarga de la investigación del cometimiento de los delitos por medio de un Agente Fiscal. Este agente es quien tiene la obligación de investigar en todas las fases y etapas del proceso, formula cargos, emite un dictamen sea acusatorio o abstentivo, dependiendo de los elementos que haya recabado en su investigación.

**La defensa**.- La defensa hace referencia específicamente a la persona procesada, pues, el procesado por el goce de su estatus de inocente tiene el derecho a defenderse, por ello, en un primer plano la Constitución otorga como medio de defensa para los procesados en los conflictos penales a la defensoría pública, donde un defensor de forma gratuita conoce el caso y técnicamente defiende al procesado. Sin embargo, la defensa puede ser también de carácter particular, eso ya depende de la decisión y economía del procesado y sus familiares.

## Las etapas generales del procedimiento penal.

Las etapas del procedimiento penal, al igual que los sujetos procesales se encuentra contemplada en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), específicamente se evidencian en el artículo 589 del Coip y son tres que dan inicio y final a un procedimiento penal, cabe mencionar que antes de las etapas del proceso, existe una fase previa de investigación. Las etapas que contempla el mencionado artículo son:

1. Etapa de Instrucción Fiscal

2. Etapa de Evaluación y preparatoria de juicio.

3. Etapa de Juicio (p.222)[[6]](#footnote-6).

De estas tres etapas procedimentales, cada una cumple una función que nace luego de la terminación de la fase de investigación previa, que es en donde se reúnen los elementos suficientes para que el Fiscal inicie el procedimiento penal que inicia con la formulación de cargos.

En las otras dos etapas básicamente, siguiendo la reglas del Coip en la etapa de evaluación y preparatoria el Fiscal emite su dictamen, en esta etapa el Juez puede ordenar si se llama al procesado a juicio, es decir, si avanza a la siguiente etapa o si dicta sobreseimiento. En la etapa de juicio es donde se ha de declarar la culpabilidad y condena al procesado o por el contrario si se ratifica la inocencia y se absuelve de cargos al procesado.

## La fase de investigación previa.

Si bien se menciona que la fase de investigación previa no es una etapa del procedimiento penal, no quiere decir que es una fase sin importancia, por el contrario, esta frente a una denuncia es una de las partes fundamentales antes de iniciar el proceso, pues, en esta fase se define si lo de denunciado constituye delito, es decir, si se configuran los elementos de tipicidad, antijuricidad, y culpabilidad.

En la fase de investigación previa, el Fiscal como agente de investigación, de acuerdo a los principios de objetividad y mínima intervención penal, es quien tiene la facultad de decidir si una determinada conducta merece ser formulada y llevada hasta juicio.

El experto en la materia Vaca explica que esta fase: “es conocida como pre-procesal, está constituida por los actos que se cumplen antes de la iniciación del proceso penal y que sirven para dar sustento o firmeza a la decisión de ejercer la acción penal” (Vaca, 2009, p.322)[[7]](#footnote-7).

## Finalidad.-

La finalidad de la fase de investigación previa, como lo establece el artículo 580 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), es el reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, estos elementos son los que van determinar si el agente fiscal formula o no la imputación de un delito.

Si se reúnen los suficientes elementos, (elementos de convicción); el mismo articulado ordena que el Fiscal informe de dicha investigación a quien es sospechoso en ese momento, con el propósito de que ejerza su derecho a la defensa al investigado preparar su defensa.

En otras palabras, lo que indica el Código Orgánico Integral Penal (COIP); es que la finalidad de esta fase pre procesal es que con la investigación que realice la fiscalía, determine si el hecho investigado se configura en un delito tipificado, sus móviles y circunstancias del mismo.

En esta misma etapa, se investiga y determina quién es el autor, cómplice, es decir quien ha cometido la conducta delictiva, y a su vez, se identifica quien es el sujeto que ha sufrido el daño por la conducta, es decir la víctima, esto no quiere decir que en todos los casos se tiene que formular cargos, pues, la ley ordena que para eso es esta etapa, si no se reúnen elementos suficientes, que indiquen la existencia del daño, es obligación de la Fiscalía desestimar y archivar la investigación

**Reunir los elementos de convicción.-** Este se menciona como primer punto en el artículo referente a la finalidad de esta etapa, los elementos de convicción en otros términos, no son otra cosa que las evidencias que servirán como prueba en el futuro juicio penal, cabe indicar que la Fiscalía debe recabar estos elementos e indicios no solamente con el objetivo de perjudicar al sospechoso.

Jurado (2014) explica:

Están conformados por las evidencias obtenidas en la fase de investigación o en el momento de la detención en los casos de flagrancia, que permiten reconocer que estamos en presencia de un delito y por ello se debe solicitar el enjuiciamiento del imputado, razón por la cual el legislador exige una debida fundamentación basada en los elementos de convicción (párr.3)[[8]](#footnote-8).

De acuerdo a lo registrado se tiene entonces que, los elementos de convicción no son otra cosa que las pruebas, los documentos, testimonios, pericias, informes entre otros que va a presentar el Agente Fiscal con la finalidad de verificar si en realidad lo que ha investigado constituye o no un delito.

**Comprobar si la conducta investigada es delictuosa.-** Una conducta delictuosa, es aquella que contraviene las normas de la sociedad de la cual el infractor es parte. En la fase de investigación, el Agente a cargo de la misma ha de identificar si la conducta previamente denunciada se subsume a uno de los tipos penales que se hallan en la norma, para seguir o no con lo que sigue.

**Establecer las circunstancias o móviles de la perpetración.-** En la investigación, de encontrar cierta la conducta denunciada, el agente Fiscal a de sustentar de forma clara por qué pudo haber ocurrido el hecho, el lugar, la hora, los testigos, el modo, etc, es decir, todas las circunstancias inmiscuidas en su investigación, tiene que explicar, el cómo y porque podría por ejemplo una persona tener razones para dañar a otra.

**Determinar la identidad del autor o partícipe**.- Es fundamental que el encargado de la investigación tenga pleno conocimiento del sujeto activo de la investigación, lo que involucra que ha de conocer nombres y apellidos, número de cédula o pasaporte, domicilio. Del mismo modo si alguien más ha participado en dicha conducta. Esto es muy importante, ya que, de relacionar a quien no ha cometido ninguna infracción, formularle cargos y llevarlo a juzgamiento ocasiona una vulneración de derechos y garantías.

**Precisar la identidad de la víctima.-** Del mismo modo que se tiene que identificar obligatoriamente la identidad del o los autores de una presunta infracción penal, también ha de identificarse, quien o quienes son las víctimas, a que persona o personas se le ha lesionado un bien jurídico protegido.

**Determinar la existencia del daño causado, o a su vez, desestimar estos aspectos**.- Esta enunciación o requerimiento que forma parte de la finalidad de la fase de investigación previa, se refiere a los elementos de cargo y de descargo, pues, si se tiene la información y evidencia contundente y necesaria el Fiscal formulará cargos e iniciará el proceso penal.

## 1.4.1. Subsistencia de la fase de investigación previa.

La fase de investigación subsiste o tiene la duración que marca el código procesal penal, esto es, el Código Orgánico Integral Penal (COIP); que en el art 585 determina de acuerdo a la infracción la duración de esta etapa investigativa. Así se tiene que:

1.) En los delitos que se condenan con pena de privación de libertad hasta cinco años, la fase dura hasta un año.

2.) En los delitos que se condenan con pena de privación de libertad de más de cinco años durará hasta dos años.

3.) En los casos de personas desaparecidas, menciona el artículo que, no se concluirá la investigación hasta que la persona aparezca o se cuente con los elementos necesarios para formular una imputación por el delito correspondiente.

4. ) Si el agente fiscal considera que la conducta no se configura en delito o no cuenta con los elementos de convicción suficientes para hacer una formulación de cargos, puede dar por terminada la investigación inclusive antes del cumplimiento los plazos, está en su potestad ordenar el archivo. (p.221)[[9]](#footnote-9).

## Etapa de instrucción fiscal.

Luego de que se termina la fase de investigación previa, que es propia de los delitos no flagrantes, inicia la etapa de instrucción fiscal. Esta es la primera etapa del proceso penal, se supone que si se abre esta etapa es porque el Fiscal en su investigación previa encontró todos los elementos suficientes para formular cargos en contra del que ahora de sospechoso pasa a ser procesado.

García. (2012)[[10]](#footnote-10) menciona:

La **jurisdicción instructoria o etapa de instrucción; es** esa etapa especie de potestad jurisdiccional que se otorga al operador de justicia con el propósito de que sepa proporcionar los medios, es decir, los juicios de razón y las pruebas necesarias para la decisión, se le llama instrucción Fiscal a esta primera etapa del procedimiento penal, por cuanto, el dueño de la etapa es el Fiscal, aquí hay una limitada intervención de la defensa como sujeto procesal, ello, porque en esta etapa es el Fiscal quien tiene el propósito de cumplir el objetivo de reunir elementos de convicción y de seleccionar las pruebas sobre el supuesto de hecho imputado, elementos que si considera suficiente abrirá la siguiente etapa que es la evaluación para en ella, con base de sus elementos acusa y pide se llame a juicio o evita mediante sobreseimiento (p.1).

La instrucción no deja de ser una etapa de investigación, con la diferencia de que aquí ya se formula cargos, es decir, se formaliza la investigación ya sustentada en un Juzgado de lo penal, la finalidad de esta primera etapa del procedimiento se halla transcrita en el artículo 590 del Código Orgánico Integral Penal (COIP)[[11]](#footnote-11): “que establece que en ella se han de determinar elementos de convicción, de cargo y descargo, para la formulación o no de una acusación hacia el sujeto procesado” (p.78).

Ahora ¿Qué es la formulación de cargos?, pues no es otra cosa que el enunciado y exposición que hace el Fiscal de los elementos que ha obtenido en su investigación previa, ello se lo formaliza en audiencia oral , audiencia que ha de sustanciarse conforme a las reglas del artículo 594 del Coip.

La formulación de cargos posee requisitos que se encuentran determinados en el Artículo 595 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), toda formulación ha de contener lo siguiente:

1.) La Individualización del procesado, nombre, cédula, correo, teléfono domicilio etc,.

2.) Los hechos relevantes, este debe ser relatado detalladamente.

3.) Indicar el tipo de infracción, si es delito, si es contravención, es decir, la conducta adecuada al tipo.

4.) Los elementos de convicción obtenidos, que han sido el resultado de la investigación, ello servirá como fundamento jurídico para formular los cargos.

5.) Requerimiento de medidas, cautelares y de protección.

6.) Salidas alternativas al procedimiento o cualquier otro pedido que no afecte al debido proceso. (p. 224)[[12]](#footnote-12).

## El principio de objetividad en materia penal.

Para una adecuada administración de justicia, en materia penal y en cualquier otra materia han de aplicarse los principios procesales en cada ámbito, más aun principios constitucionales como en materia penal lo es el principio de objetividad. Este principio que le corresponde exclusivamente a la Fiscalía y que ha de ser ejercido por el Agente Fiscal como representante de la misma.

En materia procesal penal, en la misma normativa adjetiva se encuentran establecidos los principios que rigen al proceso penal, tanto al ordinario como a los especiales, específicamente y de forma general en contenido del artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), se establece los principios que se aplican, cada principio expuesto en el artículo mencionado contiene el concepto del mismo, es decir a que se refiere, de manera resumida y en palabras propias se tiene:

Principio Favorabilidad.- Es el que enuncia que en la ley penal se aplica lo más favorable al reo, pero solo respecto de las leyes, se juzga al procesado o se toman nuevas medidas de acuerdo a una ley más favorable, un ejemplo de ello es de las personas que estuvieron sentenciadas con el Código de Procedimiento Penal por drogas, como las penas fueron menos fuertes en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) se pudieron favorecer de ella en base a este principio.

Duda a favor del reo.- Es una especie de favorabilidad, pero hace referencia a las pruebas.

Inocencia.- Es un principio Constitucional, que ordena que toda persona por más grave que sea el delito es inocente hasta que se demuestre lo adverso, es decir, hasta que no haya una sentencia en firme que declare la culpabilidad del imputado este goza de su estatus de inocencia.

Igualdad.- Refiere a que todos los sujetos tienen los mismos derechos en el procedimiento.

Impugnación procesal.- Cuando cualquiera de los sujetos procesales considere que una resolución o providencia afecte sus derechos, puede ejercer el derecho de la impugnación y solicitar se revoque o se ratifique una resolución o providencia en cualquier etapa del proceso.

Prohibición de empeorar la situación del procesado.- Hace referencia a que si en Juzgado o Sala se ha dictado una pena, ésta por ejemplo llega a otra instancia no puede ser mayor a la que ya se ha dictado.

Prohibición de autoincriminación.- Con la aplicación de este principio se prohíbe obligar a quien sea procesado o sospechoso aceptar la culpabilidad de un hecho sin que sea adecuadamente investigado.

Prohibición de doble juzgamiento.- Este principio reza que nadie, absolutamente nadie puede ser juzgado por un mismo hecho, un mismo delito dos veces, el delito, obviamente tiene que ser con la misma tipicidad, inclusive si se ha juzgado por la justicia indígena ya no se lo puede juzgar por la ordinaria.

Intimidad.- Se refiere a que se debe respetar la privacidad de los sujetos procesales.

Oralidad.- Este principio indica que todas las etapas y todo lo actuado referente al proceso se dará por audiencia, de forma oral.

Concentración.- Este principio responde a la celeridad procesal también, en razón de que trata concentrar el mayor número de actividad procesal en la menor cantidad numérica.

Contradicción.- Es el derecho que tienen los sujetos procesales de contradecir las pruebas que se presentan en audiencia oral. Los principios que se plasman en el artículo mencionado son: Dirección judicial del proceso, impulso procesal, publicidad, inmediación, motivación, imparcialidad, privacidad, confidencialidad, objetividad y, legalidad.

En este estudio de caso se hace un enfoque específico en este punto, al principio de objetividad, para más adelante analizar también lo eferente a la seguridad jurídica, y que, se considera que se ha vulnerado lo mencionado. Respecto del principio de objetividad como punto de partida hay que indicar que es un principio que le corresponde sola y únicamente a la Fiscalía, al Agente Fiscal a cargo de determinada investigación.

## El Principio constitucional y procesal de objetividad.

Para analizar este principio, que como menciona el título es de carácter procesal y constitucional, emana de la Constitución y se aplica en el procedimiento principalmente en la investigación. Se hace la correspondiente revisión de la doctrina, con la finalidad de tener un mayor entendimiento de la importancia del principio.

Se indica que es Constitucional, porque en el Art. 194 y 195 de la Constitución indica las facultades de la Fiscalía y el Fiscal, en lo que refiere que ha de actuar en apego a los principios constitucionales y debido proceso, siempre en conformidad con la aplicación de la presunción de inocencia y la mínima intervención penal.

Ortiz (2013)[[13]](#footnote-13) expone:

A partir la configuración general, por medio de la objetividad como principio inherente de la fiscalía como parte procesal, éste está en la obligación de apegarse a adquirir no únicamente los elementos de cargo en contra del sospechoso o procesado, sino que además está obligado ineludiblemente a conseguir del mismo modo los elementos de descargo que pudieran existir, los cuales surgen de los eventos sucedidos en la investigación que ha realizado. Lo antedicho involucra de la misma manera, que la medida que tome el agente Fiscal al terminar su investigación, tiene el deber de ejecutar de manera objetiva dichos elementos probatorios, indicios y evidencias, que sustenten o que enerven los cargos imputados. El Fiscal tiene prohibido actuar de manera arbitraria en sus decisiones, su criterio debe ser objetivo y tiene que reflejar el resultado de las investigaciones, ya sea que estos abonen a favor de la hipótesis incriminatoria del imputado o en contra de la misma. El Principio de Objetividad, en tal sentido, se halla hondamente unido y se explica en razón a su relación y correspondencia, con los demás Principios que rigen la labor fiscal, tales como el Principio de Legalidad, de Razonabilidad, de interdicción de la arbitrariedad y del Debido Proceso (Ortíz, 2013, pág. 4).

Para Ore (2011)[[14]](#footnote-14):

Con la aplicación de un principio tan importante como el de objetividad, corresponde a los fiscales apegarse a la obligación que tienen de averiguar y concluir el examen de cualquiera de las hipótesis referentes al delito investigado en el ámbito penal, que involucra en la misma proporción a la persecución y a la defensa.  Es trascendental la aplicación de este principio constitucional porque con él no se perjudica ni se favorece a ninguno de los sujetos que están interviniendo en el juicio penal, el Fiscal mediante este principio ha de actuar de un modo desinteresado, justo e imparcial, ajustando su criterio e investigación meramente a la realidad objetiva, realidad que inclusive puede llevar a la no acusación. (...) Por tanto, “el Fiscal está obligado a ser objetivo, lo que significa que sus requerimientos y conclusiones deben ajustarse a las pruebas y al derecho vigente, resulte ello contrario o favorable al imputado. No es un acusador a ultranza, sus requerimientos estarán  orientados por lo que en derecho corresponda, pues sólo así cumplirá  con el imperativo de ejercer sus funciones en defensa de la legalidad. (p.203-203).

Respecto al mismo principio, Cerda (2011)[[15]](#footnote-15), enseña:

En el derecho penal y en exclusivo su procedimiento, la conducción de la investigación corresponde o la asume el Fiscal como digo representante de la Fiscalía, el mismo agente que como supremo representante tiene la obligación de efectuar dicha investigación con objetividad e imparcialidad, esto es,  analizando los hechos constitutivos  de delito, los que comprueben y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado (p.210).

Entonces, plasmado en el artículo 5 Código Orgánico Integral Penal (COIP), cuya definición contiene los elementos y el actuar en el que debe basare el Fiscal en toda su investigación, lo que el artículo en mención explica es que este servidor ha de adecuar su actuar a un criterio objetivo mas no subjetivo, es decir, en aplicación a lo ordenado por la ley y la Constitución.

En líneas del mencionado artículo se ordena que el agente Fiscal, no tiene que investigar únicamente hechos y escenarios que agraven al procesado, sino que en base a su criterio objetivo, está en la obligación de investigar hechos y circunstancias que puedan eximir, atenuar o extinguir la responsabilidad penal. No solo es obligación solicitar un llamamiento a juicio, el Fiscal también puede solicitar un sobreseimiento si no cuenta con los elementos suficientes para hace un dictamen acusatorio, solo así se alcanza una verdadera justicia.

## El delito de abuso sexual.

La tipificación del delito de abuso sexual se encuentra en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), allí se tipifica la conducta, sujetos, elementos del tipo y la sanción para quien incurra en la comisión de esta infracción penal, el artículo de manera literal establece:

Artículo 170.- 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, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años. Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años (COIP, 2015, p. 77).

Definiendo doctrinalmente a este tipo de delito, se considera al jurista Buompadre: “El abuso sexual es una agresión sexual violenta, distinta del acceso carnal, ejecutada sobre una persona, contra su propio querer consciente” (Buompadre, (s/f), p.2)[[16]](#footnote-16).

En un caso por este delito, la Primera Sala del Tribunal penal de México, enuncia: “La expresión acto sexual debe entenderse como cualquier acción dolosa con sentido lascivo que se ejerza en el sujeto pasivo, sin su consentimiento, el cual podría ser desde un roce, frotamiento o caricia”[[17]](#footnote-17)

La Dra. Smirnova (2005)[[18]](#footnote-18), expone:

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 y expresar dominio o presión sobre una persona o personas que se encuentran o se colocan en condiciones de inferioridad (párr. 1).

Entonces como primer punto se tiene que el delito sexual como una infracción penal, es un acto de carácter sexual en donde no hay una penetración carnal, es cuando un individuo toca a otra en sus partes íntimas, o la obliga a tocarse, a besarle o tocarle a un tercero, no por eso la conducta del sujeto activo es menos grave.

# ANÁLISIS DEL CASO

## Hechos fácticos del caso.

Para proceder al análisis del caso estudiado, se procede a indicar los hechos fácticos del mismo, para luego trascribir los puntos relevantes de la sentencia en donde luego de haberse pasado por las do primeras etapas procesales de dicta sentencia absolutoria que ratifica el Estado de inocencia del procesado.

El caso N° 13283-2017-00875, pertenece a una acción penal pública de carácter reservada en contra de Marco Bedon, por su presunta participación en el delito en contra de la libertad e indemnidad sexual, tipificado y sancionado en el artículo 170 incisos primero y segundo del COIP, en perjuicio de la menor de edad” Amy J”.

El proceso penal se origina luego de la denuncia presentada por la madre de la menor “Amy” quien le ha señalado a la fiscalía que su hija menor de edad “Amy” le supo manifestar que está siendo víctima de abuso sexual por parte de Bedon, quien es esposo de la hermana del padre de sus hijas.

En la denuncia narra que los hechos comienzan cuando se encontraba en su domicilio, su suegro y abuelo de sus hijas las llamó por teléfono invitándolas a que asistan a su cumpleaños, específicamente invitando a la hija mayor de la señora para que asista al evento.

Que su hija mayor se negó a ir pese a la insistencia de su abuelo, lo que le llamó la atención por cuanto quiere mucho a su abuelo, que incluso, su hermano llegó a su casa y la niña comenzó a llorar y dijo que no iba a ir donde su abuelo; que la niña comenzó a llorar y ella le preguntó ¿qué le pasaba?, ¿qué le ocurrió? y su hija mayor le dijo “mi tío Marcos me está tocando en mis partes íntimas”.

Que su tío Marcos la tocó en más de una ocasión, e incluso la menor le dijo que la llevó al baño y la besó en la boca. Cabe resaltar, que este relato NO fue por parte de la menor víctima materia de la presente causa sino por su hermana mayor.

Que ante estas circunstancias, la hermana de la madre de la menor le dijo “si le puede haber pasado a una niña, también le pudo haber pasado a la otra” y fue en ese momento su otra hija de “Amy” de siete años, andada jugando y le preguntaron si le había pasado algo similar con su tío Marcos y les dijo que sí.

Con estos antecedentes inicia la investigación, luego de considerar el Fiscal que posee elementos de convicción suficientes formula cargos por el delito de abuso sexual y posteriormente en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio emite su dictamen fiscal acusatorio, del cual se dicta auto de llamamiento a ajuicio. Al procesado en esta causa no se le impone medida cautelar de prisión preventiva en su contra.

El Juez, en audiencia de juicio, previo a su análisis y de las pruebas, decide dictaminar en este caso sentencia absolutoria que ratifica el estado de inocencia al procesado. Con esta narración se procede a registrar los puntos clave de la sentencia, para evidenciar cual ha sido el análisis por parte del Juzgador para resolver a favor del Procesado.

Las preguntas a responder en este estudio de caso son:

¿Cumplió el Fiscal con lo determinado en el artículo 580 del Código Orgánico Integral Penal respecto de la finalidad de la investigación previa en el proceso penal?

¿La fiscalía, ha identificado y valorado los elementos de convicción en el proceso investigativo para establecer quien es la víctima en el caso N° 13283-2017-00875?

¿Por qué no fueron suficientes las pruebas de la fiscalía?

Cabe hacer mención que a la fecha del desarrollo del presente análisis, la Fiscalía no conforme con la decisión interpuso recurso de apelación.

## Análisis de la falta de aplicación del principio de objetividad y su connotación en la Sentencia del caso 13283-2017-00875.

Como se ha indicado en los hechos fácticos, esta sentencia fue absolutoria, porque el Juez considera que la fiscalía no contaba con los suficientes elementos de convicción para probar que existió la concurrencia del delito de abuso sexual por el cual fue acusado el procesado. Hay que tener en claro que los elementos de convicción tienen carácter de actividad probatoria

Antes de analizar la motivación que tuvo el Juez o las razones del porque la sentencia es absolutiza es importante volver a recalcar que bajo el precepto de objetividad el Fiscal de no tener elementos suficientes en su investigación previa, está en la obligación de archivar la misma y no formular cargos, es decir no iniciar el proceso penal.

Pues, si no se cuenta con elementos suficientes la fiscalía no logrará probar el cometimiento del delito, pues, como menciona Zabala: “El indicio es el contexto fáctico, real, llevado al proceso legítimamente y sólo es indicio cuando conserva la doble relación con el objeto del proceso y con los otros indicios” (Zavala, 2006, p.228)[[19]](#footnote-19).

Vaca (2001)[[20]](#footnote-20) dice:

Los indicios corresponden al mundo físico, son de carácter material, objetivos y se logran apreciar por los sentidos; más aún, en algunos casos los indicios son concluyentes ya que son los únicos hechos o circunstancias de las cuales se puede, mediante una operación lógica, inferir la comisión de un delito (p.173).

Volviendo al análisis del caso, una vez que se sustanció la audiencia de formulación de cargos y se dio por terminada la instrucción fiscal se dicta auto de llamamiento a Juicio en la respectiva audiencia de evaluación preparatoria a juicio en donde se confirma la medida cautelar sustitutiva a la prisión preventiva.

Ejecutoriado el auto de llamamiento a juicio, se da cumplimento con la última etapa del proceso penal y se convoca a la audiencia de juzgamiento a los sujetos procesales. Una vez que se instala la audiencia tanto la Fiscal, como el Abogado de la Defensa tienen la palabra para anunciar su alegato inicial o teoría del caso.

La fiscal, como teoría del caso, indicó que en el mes de marzo del año 2017 la señora B.J.CH.M mantiene una conversación con su hija mayor al verla llorando y la menor le dice que su tío Marcos la tocaba, luego de esto le pregunta a su otra hija de iniciales A.J.E.CH. si Marcos le había hecho lo mismo.

La menor le indicó que Marcos una vez le tocó sus partes íntimas diciéndole que quería revisarla, estos hechos ocurrieron cuando tenía 5 años de edad y fueron en el domicilio de José Espinoza, acusando al procesado como autor directo del delito tipificado en el artículo 170 inciso segundo del COIP.

El procesado, por intermedio del defensor privado, manifestó que ha existido un móvil espurio en la madre de la menor, toda vez que en el año 2011 esta señora mantuvo una relación sentimental extramarital con el procesado, razones por las cuales el testimonio de la menor ha sido inducido.

Indicó además, que existen dos pericias realizadas por los doctores Eduardo Xavier Roldós Arosemena y José Ignacio Rodríguez Calle que desacreditan la pericia realizada por la psicóloga Posligua Ronquillo y el testimonio de la menor “Amy” por lo que solicita se ratifique la presunción de inocencia del procesado.

De conformidad con el artículo 615 numeral Código Orgánico Integral Penal (COIP), en audiencia se procedió a la presentación y práctica de la prueba anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria a juicio por los sujetos procesales, correspondiendo en primer lugar a la fiscalía, que, previo al juramento respectivo presentó los siguientes testimonios:

(…) a).- B.J.CH.M. (Madre de la presunta víctima A.J.E.CH.), indicó, que desconoce lo que el abogado de la parte acusada ha dicho, nunca mantuvo ninguna relación sentimental con el procesado. Indicó, que un día sábado por la mañana el padre de sus hijas y ella que tienen una buena relación, se comunicaron por WhatsApp, el papá de las niñas le escribe diciéndole que el abuelo cumplía años, ella marcó al número convencional del abuelo de las niñas, su hija le dice hola papi, feliz cumpleaños, tuvieron una conversación normal de nieta a abuelito, él le dice a la niña mija me van hacer una comida para que vengas, la niña le dijo que su papi José no está en Portoviejo que por eso no puede ir, el abuelo le dice que va a haber comida y juegos con los primos, pero la niña a pesar de esto no quiso ir y se negó, lo que le llamó la atención a ella porque quiere mucho a su abuelo, a ella (deponente) le dio pena, cogió el teléfono y se disculpó con Don José y eso le sembró cierta duda, como su hermano trabajaba por donde vive don José le dijo al abuelo de las niñas que si su hermano o esposo llegaban las mandaba a las niñas. Indicó, que su hermano llegó a su casa y la niña comenzó a llorar y le dijo que no iba a ir; indicó que la niña comenzó a llorar y le preguntó qué le pasaba, qué le ocurrió y le dijo “mi tío Marcos me está tocando en mis partes íntimas”, ella se quedó desconcertada porque nunca se imaginó que la familia le vaya a hacer daño a la niña. Indicó, que se encontraba su hermana en la casa y comenzaron a interrogar a la niña preguntándole si estaba segura de lo que decía, y la niña le dice que su tío Marcos la tocó en más de una ocasión, e incluso le dijo que la llevó al baño y la besó en la boca (Abuso Sexual, 2017)

Es importante el registro de este testimonio, tal cual se anota en la sentencia por cuanto la madre de la menor aclara en el siguiente punto que quien le supo indicar sobre el supuesto abuso fue la hija mayor y no la que está como víctima en este proceso. Más adelante en el mismo punto indica:

(…) Indicando la deponente que se quebró en ese momento, **aclarando que esto fue con respecto a su hija mayor. Indicó, que su hermana le dijo “si le puede haber pasado a una niña, también le pudo haber pasado a la otra” en ese momento su otra hija (la víctima en este proceso)** andada jugando por ahí y le preguntaron, diciéndoles “mi tío Marcos me tocó, pero solo fue una vez, cuando estaba jugando en el cuarto con su primo que se llama Jean Marcos, y su tío le metió la mano y le tocó en la vagina”. Indicó, que ella lo que hizo fue llamar al papá de las niñas para pedirle el número del señor Bedon, porque no tenía el número de ninguno de los familiares, luego ella llamó al procesado y este le dijo “hola en qué te puedo ayudar” ella le dijo “desgraciado tú sabes por qué te llamo, por mis hijas” él le dijo que estaba donde don José, por eso llamaron de nuevo a la esposa de él y le dijo a la esposa de Marcos que había abusado de sus hijas, contestándole la esposa del procesado que ya venía y llegó con el procesado. Indicó, que el procesado se negaba y se negaba, que la esposa del señor Bedon le dijo que quería que la niña le contara, y la niña exactamente le volvió a decir lo que le dijo a ella. Indicó, que ella estaba sorprendida, que ninguna de las niñas le dijo cuándo fue el hecho, pero presumen que la niña tenía cinco años por cuanto dijo en la cámara de Gesell que estudiaba en la escuela Pacheco y que estaba de vacaciones, sin saber cuándo pasó. Que luego de esto, se acercó a poner la denuncia y de ahí comenzó esta agonía para ella. Indicó, que ella no tiene afán de hacerle daño a nadie, solo quiere que esto no vuelva a ocurrir. Indicó, que se siente muy afectada por sus hijas, para ella es duro, que las iniciales de su hija menor son A.J.E.CH. de 8 años de edad en la actualidad, que el papá de las niñas trabaja en el cantón El Carmen y venía varios fines de semana y siempre que venía iba a ver a sus hijas. Manifestó, que ella siente que esto le pasó por confiada ya que quería que sus hijas compartieran el vínculo con la familia paterna a pesar de estar separada del padre. Manifestó, que en el año 2015 no sabe quiénes vivían en la casa del abuelo paterno de las niñas, que ella se separó del papá de las niñas en enero del año 2012, ella no sabe quiénes vivían en dicha casa. Indicó, que recibió llamadas de parte del procesado ofreciéndole 10.000 dólares para que no siga con el trámite. (Abuso Sexual, 2017).

De los testimonios más relevantes, ya registrado el de la madre de la menor, se registra también los testimonios de los peritos en el caso, pues, al final, el Juez se basa en éstos para emitir su fallo en el que declara la, ratificación de inocencia del procesado en esta causa.

La Dra. Marcela Santa Vélez, médico legista que labora en la Fiscalía y es perito acreditado por el Consejo de la Judicatura. Sobre los hechos, indicó que, el 20 de marzo de 2017 realizó una pericia a la menor de iniciales A.J.E.CH., la cual estaba acompañada de su madre. Indicó, que se le solicitó una valoración ginecológica y encontró un himen que no presentaba lesión antigua ni reciente, no tenía lesiones en la región anal (Abuso Sexual, 2017).

Por su parte, la Licenciada en Trabajo Social, que labora en la Fiscalía, indicó que realizó un informe social en el caso de la menor “Amy” de 7 años de edad, llegando a las conclusiones que la menor proviene de entorno familiar con cultura anacrónica con respecto a las vulneraciones de derechos, lo que la coloca en situación de vulnerabilidad.

En el informe además dice que la familia es sustentada por ambas partes por lo que es un nivel económico estable; indicó, que existe coherencia sobre los presuntos hechos denunciados, hechos suscitados en el entorno paterno y que la menor frecuentaba el domicilio del abuelo al igual que el denunciante.

Indicó, que ella se trasladó al domicilio ubicado en la calle Portoviejo, en el sector de la casa de José Espinoza que es el abuelo en línea paterna de la menor. Manifestó, que le refirieron que el procesado consume alcohol, que esto se lo manifestó el abuelo de la menor, que según lo narrado por este señor cuando el señor Marco Bedon estaba borracho le hacía problemas a la esposa y había violencia, pero ella no entrevistó al señor procesado, indicó que ella no puede contrastar ya que no es testigo que es lo que le manifestó el señor José (Abuso Sexual, 2017).

Siguiendo con los testimonios prueba de la fiscalía, la psicóloga clínica de la institución, indicó, que ella realizó una pericia psicológica a la menor A.J.E.CH. de 7 años de edad, indicó, que el oficio era para determinar si había afectación en la menor, llegando a la conclusión que la niña presentaba inmadurez cognitiva y presentaba impacto psicológico asociado a un cuadro compatible con el ZC61.5 del ECI10.

Indicó, que la menor le manifestó que el tío Marcos era la persona que la abusaba, que ella aplicó el test de credibilidad, dando como resultado que es creíble lo que la niña manifestó. Manifestó la perito, que la niña le relató que una sola vez le habían hecho algo, en la vagina, en la casa de sus abuelos, sin decirle a los cuantos años sucedió esto.

Indicó, que de las entrevistas realizadas con la madre de la menor saca las conclusiones que la niña tiene buenas relaciones interpersonales con los profesores, compañeros de la escuela, buen rendimiento escolar, se caracteriza por ser activa, alegre, que esto lo verificó y contrastó a través de la historia clínica y de la madre (Abuso Sexual, 2017)

Menciona además esta psicóloga de la Fiscalía que NO encontró síntomas de fracaso escolar en la menor, insomnio, masturbación, agresividad, precocidad sexual, cambios de humor; que estos signos son típicos de menores abusados y son síntomas que se encuentran en la mayoría de los casos.

Eduardo Roldós, psicólogo clínico, labora en la unidad de flagrancias de la ciudad de Guayaquil, perito acreditado por el Consejo de la Judicatura. Indicó, que se ha llevado a una menor a un examen ginecológico y proctológico médico sin ninguna razón, lo cual le hace daño, claro que si existe una denuncia de violación se debe descartar.

Al referirse a la versión de la madre de la víctima, indicó que según el relato el agresor le metió la mano en la vagina de la niña, pero que en ese momento también estaba el primito que es hijo del denunciado lo cual no es muy creíble que alguien abuse de una niña con su propio hijo al lado.

Manifestó, este perito además que en lo relacionado al informe de la psicóloga que atendió a la menor se encuentran múltiples errores y contradicciones, primero se habla en ese informe que la menor proviene de una familia desestructurada es decir que los roles maternos y paternos no existen, no dice que proviene de un hogar de padres separados y además indica que la menor tiene buenas relaciones afectivas, lo cual no sucede en una familia desestructurada existiendo una contradicción (Abuso Sexual, 2017).

Indicó, que “la psicóloga indica que la niña es sana, con buena adaptación, que mantiene buenas relaciones interpersonales, rendimiento escolar bueno, cariñosa, alegre, activa, no explicándose cómo llegó a saber eso si la psicóloga no hizo investigación de campo, más allá del fundamento que la madre refiere” (Abuso Sexual, 2017).

Indicó, que una persona sana, con buena adaptación, que mantiene buenas relaciones interpersonales, rendimiento escolar bueno, cariñosa, alegre, activa no son síntomas de una persona abusada. Una persona abusada tiene problemas con otros niños, no se adapta, se orina en la cama, toca a otros niños en sus partes íntimas, se toca en sus partes íntimas. Según la psicóloga, la menor presentó tranquilidad, tono de voz alto, buen desarrollo lingüístico, buen sentido del humor y todos estos síntomas, según la experiencia del perito, son de una persona sana, no son síntomas de haber pasado momentos estresantes o traumáticos.

Manifestó, que le llamó mucho la atención, que la perito psicóloga haya utilizado el test de Bender que es un test especializado neurocognitivo que se usa en psicología educativa y en rehabilitación para ver disfunciones cognitivas y se utiliza para niños con autismo, con híper actividad escolar, explicando que:

(…) este test no tiene que ver con lo emocional porque es un test que busca causas biológicas para rasgos neuropsicológicos, es decir, que si la motricidad va de acuerdo a la edad, si existe motricidad fina o gruesa, si visualmente coordina ojos y manos, indicando como ejemplo que no quiere decir que si una persona no puede escribir bien sea por una frustración emocional, sino porque tiene un problema neuropsicológico en el sistema nervioso del cerebro y escribe mal. Indicó, que lo que ha indicado la psicóloga Posligua en su informe es que la menor tiene inestabilidad emocional y el test de Bender no registra estabilidades emocionales, que para esto se utiliza un test proyectivo. Indicó, que él no puede dar credibilidad a esta parte del informe ya que el test de Bender no da un diagnóstico de estabilidad emocional como lo hizo conocer la psicóloga. Indicó, que el test de Bender es para detectar circunstancias biológicas, no emocionales (Abuso Sexual, 2017).

En otras palabras, lo que indica el testimonio de este perito que también es acreditado por el Consejo de la Judicatura es que la psicóloga no uso un test adecuado para el caso, y por ello este informe psicológico no goza de credibilidad.

Indicó, que en el informe psicológico la perito indicó “los criterios reflejan características específicas que diferencian los testimonios verdaderos de los inventados”, sin embargo, revisado Google se puede encontrar exactamente la misma frase dentro de un trabajo que se encuentra en la web mentiraprevia.com sobre este método de credibilidad CBCA, es idéntico, copia y pega, pero en el informe de la psicóloga no encontró que se haya citado la fuente, lo que causa un problema.

Al referirse al testimonio anticipado, indicó que le hicieron preguntas inductivas a la menor, lo que causa que se contamine el discurso en la menor, es decir le llenaron un espacio a la menor. Que en la mayoría de las respuestas encuentra confusión en la menor, cuando la menor responde “P.- Cómo te llevas con el denunciado?, R.- La verdad no lo sé, hace meses que no lo veo” lo que indica confusión al decir que no sabe cómo se lleva con el denunciado, si se supone que él hizo algo malo conmigo a los siete años una niña puede identificar y dar una respuesta coherente a esta pregunta, sin embargo da una respuesta de confusión como “no lo sé”.

Indicó, que él revisó unas fotografías de una fiesta infantil donde están los niños en la familia, lo que indica que ha existido contacto. Indicó, que le preguntaron a la niña “tienes miedo” lo que sería una inducción; que le preguntaron “cuando tu tío Marcos te tocó, cómo te sentiste?, R.- no se la verdad”, lo que indica confusión, la niña se está confundiendo porque le están haciendo preguntas que la victimizan; que después hay un discurso en el cual la niña indica que cuando ella fue abusada su papá estaba en el patio, pero si el presunto agresor vivía en un cuarto en la casa del abuelo de la menor y el papá de la niña estaba en el patio, quiere decir que estaba siendo abusada mientras el padre estaba cruzando la puerta o estaba al lado de la pared o con el papá en la casa, es decir no es imposible pero es poco creíble.

En el testimonio anticipado a la menor le preguntaron: “P.- el día que esto pasó, tu tío Marcos vivía con tu abuelito?, R.- No” entonces, no solo que no vivía la menor en ese lugar, tampoco vivía el acusado, pero según el relato el hecho se dio en el cuarto que vivía el acusado, teniendo que haber una explicación del por qué se encontraba el acusado en ese momento y en ese lugar cuando ya no vivía ahí, estaba tomando una siesta?, fue de visita? Y esto lo puede resolver fácilmente el dueño de casa diciendo por ejemplo que si ese día estuvo el agresor en la casa porque estaba viendo el partido, o porque le dio sueño y fue a tomar una siesta.

A otra pregunta la menor i “P.- A parte de tu tío Marcos, otra persona te tocó tus partes íntimas, R.- Sí, mi primo Justin, todos los días que iba me tocaba ahí”, indicando que aquí existe un problema que se llama desplazamiento y no puede saber si esto pasó, pero existe un mecanismo de defensa que se llama desplazamiento el cual es incontrolable cuando eres muy pequeño o tienes un trastorno mental.

Lo que sustenta este perito es que, al ser muy pequeño se juegan dos factores que son la identificación y el desplazamiento existiendo la posibilidad que el primo si tenga esta conducta con la niña y que en el momento del estrés sucedan dos cosas, como la hermana de la niña también tiene el mismo problema sobre el mismo abuso con el denunciado, la niña A.J.E.CH. puede que se haya identificado con su hermana y haya desplazado una conducta que le sucedió con el primo Justin a el tío, esto es probable, y se debió identificar a nivel psicológico.

El Juez para resolver acoge lo alegado por la defensa del procesado, obviamente luego de la valoración de las pruebas, en un punto de la resolución se menciona que la defensa le exhibió unas fotografías y esas mismas fotos fueron las fotos que la perito Proaño manifestó que habían sido extraídas del teléfono del señor Bedon e indicó que dichas fotos eran del mes de octubre de 2016, es decir 4 meses antes que la señora propusiera la denuncia, en la que se dice que las niñas tenían miedo de acercarse al señor Bedon, por lo que ello destruye la tesis de que las niñas sientan temor del señor Bedon.

El Juez considera que el testimonio de “Amy” no ha sido corroborado por una pericia científica, por el contrario existen dos testimonios de peritos psicólogos y psiquiatras (ROLDOS y RODRÍGUEZ) que generan fisuras en su relato, en su credibilidad y en la posibilidad de que haya generado un desplazamiento hacia otra persona, e incluso que el relato brindado haya sido para complacer a su madre asignando la responsabilidad a otra persona simplemente por llenar un vacío (según el perito Roldós Arosemena).

Roldós como profesional asegura que si el niño siente que el padre o la madre que ama se va a tranquilizar si se le asigna la responsabilidad a un enemigo el niño en ese momento puede inconscientemente complacer a la madre; la niña si tiene un hueco de quien fue, en ese momento lo puede llenar con un culpable inclusive sin la intención manifiesta), circunstancias que generan una duda en estos juzgadores, al existir varias posibilidades plausibles ante el mismo relato de la menor.

El Juez considera que se ha probado que las niñas y especialmente “Amy” luego de ocurrido los presuntos hechos denunciados (año 2015) tuvieron cierto tipo de interacción y aproximación física con el procesado, sin que se haya evidenciado miedo, temor, rechazo, de la menor hacia el procesado. Esto se prueba con fotos de reuniones en esas fechas que se encuentran en el expediente.

Manifiesta el Juez que el Fiscal se basa en el testimonio de la menor y en los informes periciales, pero que en el presente caso, como se lo ha explicado, el testimonio de “Amy” no cumple con un estándar mínimo para llegar al convencimiento más allá de toda duda razonable y desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al acusado.

El Juez, resuelve señalando que la prueba de la fiscalía no ha sido suficiente para generar en convencimiento necesario, siendo importante precisar, que las dudas que tenga el juzgador en la valoración de la prueba, deben ser resueltas a favor del procesado en atención al artículo 5 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal (COIP).

Una vez que he analizado este proceso, se puede indicar que la problemática que se ha encontrado con el análisis personal y con criterio jurídico a saber, surge por varias razones, estas razones han sido enumeradas por esta investigadora quien expone lo siguiente:

Primero: Por parte de la Fiscalía, quien inicia una investigación previa, una instrucción fiscal, formula cargos y emite su dictamen acusatorio sin identificar al sujeto pasivo, pues, acusa por un delito en contra de la menor “Amy” basándose en lo relatado por su hermana “Emily”.

El Fiscal, como dueño de la investigación procesal y pre procesal de la acción penal realiza actos investigativos, en donde le corresponde revisar si en una investigación se cuentan con todos los elementos de convicción para proceder a formular cargos.

Lo antedicho en razón de que, el objetivo de la investigación previa es revisar y clasificar los elementos de convicción, no solo los de carga sino también los de descarga, es decir, los que sirven para acusar y para no acusar, para ello debe identificar los elementos, como en este caso específico por ejemplo para determinar si se ha ofendido solo a “Amy” o a “Emily” o a ambas, y si las dos responden a los mismos actos, si estos actos han sido continuados o no continuados, ya que inicia la acción únicamente por una menor.

Segundo.- Por parte de la actuación del Juez, quien ha permitido que se mueva todo el aparataje judicial cuando pudo haber dictado un sobreseimiento, el mismo que en la etapa procesal concerniente como se evidencia en los audios que constan en el expediente fue solicitado por la defensa técnica del procesado.

Respecto del delito de abuso sexual que no se ha comprobado es importante realizar también como punto de partida de análisis de los elementos normativos del tipo penal motivo de acusación fiscal y que se tipifica en el Artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal (COIP)

Respecto a este tipo penal, El profesor español Serrano (2008) menciona que:

(…) Es necesario que concurran elementos objetivos y subjetivos. Los primeros consisten en la  conducta de carácter sexual realizada en el cuerpo de otra persona sin su consentimiento. Además, es necesario un elemento subjetivo del injusto caracterizado por la finalidad que persigue el sujeto activo, el animus libidinoso. Este animus, en principio se presume en todo caso, de lo que se desprende que es suficiente con que el sujeto conozca que realiza un acto sexual sin consentimiento del sujeto pasivo[[21]](#footnote-21) (p.217)

Entonces, de lo manifestado por el doctor citado, se tiene que, primero el núcleo o verbo rector de este delito tal como lo tipifica el Código Orgánico Integral Penal (COIP), es el obligar a alguien a realizar actos de naturaleza sexual, para tales efectos es preciso indicar que todo acto no querido, no consentido, y rechazado por la víctima, significa un menoscabo a su voluntad.

Pudiendo ser múltiples la formas en que puede obligarse a una persona a realizar actos de naturaleza sexual, como la violencia, amenaza o intimidación, siempre que sean capaces de poder vencer la voluntad de la víctima, o que exista de manera expresa o tácita un rechazo al acto sexual, por lo tanto, un simple tocamiento de los órganos sexuales de las víctimas puede constituir un abuso sexual, si este se lo realiza por parte del sujeto activo con conocimiento y voluntad (ánimo libidinoso).

El tipo penal se halla entre los delitos que atentan contra la integridad sexual y reproductiva, lo que significa que el bien jurídico protegido por la norma es la libertad e integridad sexual. El análisis del tipo penal del abuso sexual está claro y no tiene discusión alguna en este caso.

Es importante manifestar que en los delitos de abuso sexual, usualmente, la declaración del menor es la única prueba directa sobre los hechos, pues, las restantes suelen limitarse a relatar lo que el menor ha narrado o a evaluar las condiciones en las que narró los hechos o su credibilidad.

Circunstancias por las cuales, el juzgador debe valorar el mayor o menor grado de credibilidad de la víctima, no significando por esto, que de antemano el juicio esté destinado sin realizar una correcta valoración de este medio probatorio, a dictar una sentencia condenatoria, debiendo para el efecto, al valorar este testimonio.

El testimonio las víctimas en este tipo de delitos cobra singular relevancia, pues, este tipo de infracciones se cometen por lo general de forma clandestina, en ausencia de testigos, por tal motivo, la víctima es la única que puede narrar como ocurrieron los hechos, puede incluso adquirir suficiencia probatoria capaz de desvirtuar el estado constitucional de inocencia de un procesado, por ello este testimonio en estos delitos suele ser el primer indicio o elemento de convicción en lo que se basa el Fiscal para formular cargos.

Sin embargo, para que el testimonio de una víctima tenga suficiencia probatoria para tal propósito, debe cumplir ciertos parámetros que permitan al juzgador como operador de la justicia, llegar al convencimiento de que verdaderamente ha existido el hecho o si por el contrario se pretende hacer daño al otro con testimonios falsos o inducidos.

De acuerdo los juristas, existen pautas que se deben considerar para que el testimonio de la víctima consigan producir a un grado de convicción en relación de la existencia del hecho y la responsabilidad penal del supuesto infractor de la ley, que dicho sea de paso, no son razonamientos que han de ser tomados como imprescindibles, sino que más bien, son orientativos para establecer si el testimonio de la víctima cumple con un margen de credibilidad capaz de romper el principio de inocencia del procesado

La jurisprudencia colombiana, Sentencia 18455 en relación a la veracidad del testimonio de quien es víctima de un proceso penal, indica que:

(…) 1. Que no exista un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria del dicho del agredido; 2. Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el hecho; 3. Que haya persistencia en la incriminación sin contradicciones ni ambigüedades[[22]](#footnote-22).

En relación a la inexistencia de un posible rencor, esto es apreciado también por mucha doctrina como “ausencia de incredibilidad subjetiva”, la misma que es procedente de las relaciones previas acusado – víctima que ponen de notoriedad un posible móvil ilegítimo, de enemistad, o enemistad resentimiento.

Lo antedicho, como se ha estudiado es terrible para quien se cree víctima de un delito, ya que, puede empañar la sinceridad del testimonio, ello concibe un estado de incertidumbre que logra ser incompatible con la formación de una convicción inculpatoria asentada sobre bases firmes.

En el presente caso, pese a que la tesis de la defensa se basa en un presunto móvil espurio originado por un presunto romance entre la madre de la menor y el procesado, lo que la defensa trató de justificar con los testimonios de las señoras, quienes afirmaron la existencia de una relación amorosa entre B.J.CH.M. y el procesado a finales del año 2011, sin embargo, esta circunstancia no per se podría ser tomada como una falsa imputación.

Las afirmaciones del procesado y de las testigos antes mencionadas respecto a una relación amorosa entre el procesado y la denunciante no resultarían suficientes para establecer que la denuncia haya sido producto de un resentimiento o venganza, sin embargo también se debió examinar con sumo cuidado toda la prueba actuada a fin de descartar dicho móvil.

Respecto a la segunda pauta, “Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el hecho”, la misma debe ser entendida como la verosimilitud del relato que se configura al estar rodeado de algunas corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso.

Lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito está apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima, exigencia que habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejen huellas o vestigios materiales de su perpetración (Abuso Sexual, 2017)

En el Caso N° 13283-2017-00875, que por Abuso Sexual sigue el Estado, en contra de Marco Antonio Bendón Arteaga, la menor A.J.E.CH en su contexto afirmó que su tío BEDÓN, le había tocado sus partes íntimas, -especificando- su vagina, que esto habría sucedido una vez en la casa de su abuelito José, en el cuarto de su primito, y, en presencia de su primo.

Teniendo en consideración que son delitos que generalmente se cometen en lo clandestino, es decir, con el propósito de que nadie se entere, se debe analizar si existen datos periféricos que corroboren lo afirmado por la víctima, a fin de determinar la verosimilitud de su relato, ojo que este testimonio como se mencionó fue anticipado y puesto en conocimiento del Fiscal, por lo que éste como conocedor de derecho y como acusador está en la obligación también de analizarlo.

En este sentido, si bien existe la pericia psicológica que fue practicada y sustentada por la perito Posligua, a quien la menor le narra los hechos y la psicóloga indica que su relato es creíble, indicando además que la menor presentaba impacto psicológico asociado a un cuadro compatible con el ZC61.5 del ECI10; sin embargo, llama la atención las conclusiones a las que arriba la mencionada perito psicóloga puesto que resulta poco coherente que al análisis de la historia clínica de la menor indique la misma “tiene buenas relaciones interpersonales con los profesores, compañeros de la escuela, buen rendimiento escolar, se caracteriza por ser activa, alegre” (Abuso Sexual, 2017)

Se manifiesta que es poco coherente porque como refuto el otro perito, luego afirma la psicóloga (Posligua), que estos “son rasgos compatibles una menor que ha sido abusada sexualmente”, lo que a criterio personal coincidiendo con el Tribunal, no son signos compatibles con personas que son abusadas sexualmente” (Abuso Sexual, 2017).

De lo antedicho se aclara que no se está indicando que una persona que sea abusada sexualmente necesariamente tenga que presentar determinado signo o síntoma, teniendo en consideración que cada ser humano puede responder de manera diferente ante un mismo estímulo o situación.

Sin embargo como se indicó, llama la atención que la psicóloga diga que esos son signos compatibles con una persona abusada sexualmente, lo que no resulta lógico, ni coherente, pues a todas luces los signos descritos por la perito Posligua son características de una persona normal, sin que se pueda evidenciar -al menos no- por dichos signos un trastorno por abuso sexual, más aún, que la misma perito indicó que la niña no presentaba estrés, solo un leve nerviosismo.

Ante esto se realza el testimonio rendido por el también perito acreditado por el Consejo de la Judicatura Eduardo Xavier Roldós Arosemena, quien afirmó “que una persona sana, con buena adaptación, que mantiene buenas relaciones interpersonales, rendimiento escolar bueno, cariñosa, alegre, activa no son síntomas de una persona abusada. Una persona abusada tiene problemas con otros niños, no se adapta, se orina en la cama, toca a otros niños en sus partes íntimas, se toca en sus partes íntimas (Abuso Sexual, 2017).

Según la psicóloga, la menor presentó tranquilidad, tono de voz alto, buen desarrollo lingüístico, buen sentido del humor y todos estos síntomas según la experiencia del perito son de una persona sana, no son síntomas de haber pasado momentos estresantes o traumáticos.

Lo que concuerda con lo manifestado por el perito José Ignacio Rodríguez Calle quien manifestó que “todo niño que es abusado o tocado sexualmente tiene un impacto emocional, alteraciones del ritmo de sueño, o se orinan en la noche, disminuyen su capacidad de rendimiento académico” (Abuso Sexual, 2017), explicando que tocar a un niño genera un conflicto importante porque las figuras importantes son personas y figuras cercanas físicamente en el abuso sexual, como hermanos, tíos, abuelos, y como son figuras que tienen una imagen idealizada, en el momento que tocan a la niña y genera una reacción emocional.

Lo anterior desacredita que los signos encontrados por la perito psicóloga (Posligua); en la menor Amy, sean compatibles con abuso sexual. A más de lo indicado, llama la atención también que la psicóloga Posligua manifestó que para realizar su experticia aplicó el “test de Bender” y en base a este test la menor presentó inestabilidad y perturbación emocional, con baja tolerancia a la frustración angustia, angustia retraída y timidez.

Explicando dicha perito que el test de Bender es neurológico pero a ellos les permite ver la capacidad psicomotriz del niño y que refleja situaciones emocionales. Sin embargo, el perito psiquiatra José Ignacio Rodríguez Calle, en su relato manifestó que el test de Bender es un test neuropsicológico, que no se puede llegar a conclusiones emocionales con el test de Bender.

Es decir, según el relato de un psiquiatra, que acreditó estudios tanto en Inglaterra como en Estados Unidos en el área de psiquiatría, el test de Bender no se aplicaría para llegar a conclusiones relacionadas con desórdenes o problemas emocionales que pueda tener una persona que ha sido objeto de abuso sexual; por el contrario, Bender se aplicaría para determinar algún tipo de desorden patológico relacionado con la neuropsicología.

Para reforzar este criterio, el perito Roldós **solicitado por la misma Fiscalía,** indicó que le llamó mucho la atención, que la perito psicóloga haya utilizado el test de Bender ya que es un test especializado neurocognitivo que se usa en psicología educativa y en rehabilitación para ver disfunciones cognitivas y se utiliza para niños con autismo, con híper actividad escolar, explicando que este test no tiene que ver con lo emocional porque es un test que busca causas biológicas para rasgos neuropsicológicos.

En este sentido, pese a que Posligua indica que el relato de la menor es creíble, esto no lleva al convencimiento del Juez, respecto a la credibilidad afirmada por la Dra. Posligua, ya que su pericia no cumple con parámetros científicos que puedan servir para corroborar el relato de la menor, carece de objetividad y procedimientos académicos.

El proceso penal sirve, entre otras cosas, para determinar si una persona (ya sea en estado de debilidad manifiesta o no) tiene la calidad de víctima. Por lo tanto, en la decisión de fondo jamás será razonable asumir que alguien es sujeto pasivo de una conducta por el único motivo de que lo afirma (Abuso Sexual, 2017)

Por otro lado cuando, mucha jurisprudencia menciona que cuando exista una duda razonable derivada del análisis del acervo probatorio. En tal sentido, las dudas que tenga el funcionario judicial sobre la ocurrencia del hecho o el grado de responsabilidad del autor o de los partícipes no deben ser resueltas, a favor del reo y sin menoscabar en este caso los derechos del menor.

En casos como el Caso N° 13283-2017-00875, que por Abuso Sexual sigue el Estado, en contra de Marco Antonio Bendón Arteaga, por su complejidad es importante profundizarse aún más en la investigación al fin de despejar cualquier duda razonable al respecto.

Lo anterior no significa que en casos de delitos sexuales cometidos contra menores le esté vedado al funcionario judicial aplicar el principio del indubio pro reo, sino que solamente se puede apelar al mismo en última instancia, luego de haber adelantado una investigación exhaustiva, seria, en la cual se hayan decretado y efectivamente practicado pruebas conducentes y pertinentes para llegar a la verdad, y a pesar de todo, subsista una duda razonable la cual debe ser resuelta a favor del sindicado. Se insiste, sólo en estos casos es constitucionalmente válido aplicar el mencionado principio (Abuso Sexual, 2017).

La fiscalía como se ha venido diciendo, pretendió que se declarara la culpabilidad del acusado desde el momento de la investigación, trasgrediendo su facultad de ser objetivo que le ordena la ley, por cuanto, como se evidencia no contó con los suficientes elementos de convicción para seguir con la acción, sin embargo lo hizo, y sus propias pruebas le jugaron en contra, como se constata en el expediente y los audios contenidos en el mismo.

La objetividad, es punto esencial en el proceso penal, pero lamentablemente en nuestro país, los fiscales únicamente acusan y acusan, sin tomar en cuenta que deben aplicar y presentar en su investigación elementos de descargo al igual que de cargo, esto es, ser objetivo.

En el caso N° 13283-2017-00875, que por Abuso Sexual sigue el Estado, en contra de Marco Antonio Bendón Arteaga, la Fiscalía como elementos de convicción para formular cargos solo tuvo la denuncia de la madre de la menor, no hizo un examen de los informes de los peritos por ejemplo.

La objetividad según Vaca (2009)[[23]](#footnote-23):

La objetividad en la averiguación reconoce a la imparcialidad e integridad que ostenta al Fiscal en el sentido de la función que es desligada y que debe aplicar para impedir a toda costa que en su investigación se manifiesten intereses individuales, propios, es decir, subjetivos, o incluso meramente retributivos, como el de buscar venganza. Al fiscal, como supremo representante de la acción, le corresponde hacer una investigación absoluta con un perfil objetivo, dicha investigación se ha de extender tanto a los medios de cargo como a los de descargo del incriminado. Es obligación del fiscal, conducir su investigación y actuar con objetividad incondicional, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado, entre sus facultades ha de comprobar mediante su averiguación, hipótesis fácticas que atenúen o excluyan responsabilidad penal argumentadas por la defensa técnica del imputado, con el objetivo de confirmarlas o descartarlas (Vaca, 2009).

En sentido de lo antes citado se tiene pues, que es exigido que el Fiscal en el desarrollo y amplificación de su investigación, observe todas las circunstancias que no solo se conjuren para acusar, sino que también debe de dar a conocer a la defensa elementos mínimos adoptados en la oportuna investigación fiscal, es decir, tiene que hacer observancia a los elementos de descargo, esa es la razón jurídica de la objetividad.

La objetividad tiene que ser entendida por el Fiscal el deber de profesionalismo en la investigación, pedir que se sea objetivo, es pedir que se sea profesional, es pedir que se respete la lealtad con la defensa, este profesional no ha de ocultar información valida que pueda de algún modo favorecer a la defensa de quien se está investigando.

Lo antedicho en razón de que como se ha venido indicando es obligación del agente revelar de modo adecuado los elementos de convicción de que dispone para que la defensa pueda prepararse apropiadamente y con ello poder desvirtuar las afirmaciones y elementos de convicción presentados por la contraparte (Vaca, 2009).

En toda le investigación, el Fiscal ha de comprometer su actuar con buena fe, respetando las reglas de un juego justo por así decirlo, con ello no vulnera ni derechos, ni principios constitucionales y procedimentales, como menciona Vaca (2009)[[24]](#footnote-24):

La Fiscalía debe actuar de buena fe durante todo el desarrollo del procedimiento evitando que las reglas de un juego justo, sean vulneradas. Para esto el fiscal, debe tener una personalidad férrea y estar bien formado, en lo humano, intelectual y académico, con sólidos principios éticos y morales, que le permitan realizar una investigación seria y objetiva, dejando a un lado las presiones y tentaciones que pudieren sobrevenir en el decurso de la investigación. Por todo esto se concluye que la objetividad significa profesionalismo, lealtad y buena fe, que deben ser aplicados por los representantes de la Fiscalía en los procesos penales que son de su conocimiento; si los fiscales, actuaran con profesionalismo, lealtad y buena fe, se emitirían dictámenes fiscales acordes a la realidad de los hechos, sin vulnerar los derechos de las partes más débiles de la relación procesal y con ello, los señores jueces de garantías penales también se verían obligados a dictar autos resolutivos y fallos más justos, que es lo que tanto espera y anhela la sociedad en general. Para que el fiscal actúe con objetividad, no debe tener ningún vínculo ni relación con el resto de sujetos procesales, para que el proceso lo lleve en forma diáfana, transparente e imparcial, de no ser así, el fiscal puede ser recusado por la parte que creyere que su actuación puede perjudicarle de alguna manera (Vaca, 2009, pág. 1)

Se vuelve a hacer énfasis de que en ninguna fase procesal o pre procesal el Fiscal en su investigación fue objetivo, en el caso Caso N° 13283-2017-00875, que por Abuso Sexual sigue el Estado, en contra de Marco Antonio Bendón Arteaga, desde la fase de investigación previa obvió la aplicación de este principio primordial, pues:

1.) Su función en la investigación no ha sido desvinculada de su subjetividad,

2) Su actuar ha respondido a intereses individuales, como lo es el acusar.

3.) Los criterios para iniciar la formulación han sido subjetivos y sencillamente retributivos.

4.) Solo consideró los escenarios y elementos de cargo y no las de descargo.

5) No ha mostrado de manera adecuada los elementos de convicción, por cuanto no eran suficientes.

6) Su actuar no fue de buena fe durante todo el desarrollo del proceso, puesto que a la fecha ha interpuesto recurso de apelación.

7) Obvia las reglas que se establecen para iniciar la formulación, que son las contenidas en el artículo 594 del COIP. Cabe mencionar que con su falta de objetividad también vulnera el principio de presunción de inocencia.

# CONCLUSIONES

Del análisis primero se concluye que en el caso 13338 – 2016 - 00979, existió una falta de aplicación del principio de objetividad en todas las etapas del procedimiento penal, que inicio en la fase de investigación previa, lo que como consecuencia, al ser los elementos de convicción insuficientes se declare sentencia absolutoria.

El Estado mediante la Fiscalía imputan al procesado, basados en una investigación previa, en la cual los elementos de la investigación no identifican claramente quien es la victima de la acción penal, pues, como se recalca la denuncia se hace luego de que la hermana mayor de “Amy” la víctima le contara eventos a su madre.

La Fiscalía reúne elementos que no se vinculan en nada a lo establecido en los requisitos y reglas dentro del Código Orgánico Integral Penal para formular cargos e iniciar la etapa de instrucción. Como consecuencia de lo hasta hora manifestado, no se logra determinar la responsabilidad penal del sujeto activo sobre el hecho investigado por cuanto, la fiscalía no ha reunido los suficientes elementos en su investigación.

En el presente caso, como se lo ha explicado, únicamente el testimonio de “Amy” no ha sido corroborado por otros medios probatorios, por lo que no cumple con un estándar mínimo para llegar al convencimiento más allá de toda duda razonable de la existencia de los hechos materia de la infracción (acusada), ni de la responsabilidad penal del procesado, resultando insuficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste al acusado.

Le incumbe al Fiscal probar la culpabilidad del acusado, en este caso, las pruebas presentadas han sido contradictorias y no han sido suficientes para dictar sentencia condenatoria, pues, el Juez no estuvo convencido de la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.

Un punto importante de anotar en la conclusión es respecto del momento oportuno del informe psicológico, que como se evidencia en el presente caso fue desacreditado por el Psicólogo clínico del Consejo de la Judicatura, esta pericia fue solicitada por el Fiscal en la Fase de investigación, la pericia la realizó, Rosa del Rocío Posligua Ronquillo, Psicóloga Clínica de la Fiscalía del cantón Chone.

La pericia como consta en el expediente fue efectuada con el propósito de determinar si había afectación en la menor que al momento tenía 7 años, aquí el informe dice que la niña presentaba inmadurez cognitiva y presentaba impacto psicológico asociado a un cuadro compatible con el ZC61.5 del ECI10. En el informe imprime la perito que la menor le manifestó que el tío Marcos era la persona que la abusaba, que ella aplicó el test de credibilidad, dando como resultado que es creíble lo que la niña manifestó. Manifestó el perito, que la niña le relató que una sola vez le habían hecho algo, en la vagina, en la casa de sus abuelos, sin decirle a los cuantos años sucedió esto.

En el informe, menciona que ella con las preguntas que le hizo educe que la niña tenía 5 años cuando paso lo del supuesto abuso, en conclusión dice que la menor, tiene buenas relaciones interpersonales con los profesores, compañeros de la escuela, buen rendimiento escolar, se caracteriza por ser activa, alegre, que esto lo verificó y contrastó a través de la historia clínica y de la madre.

Menciona que no encontró síntomas de fracaso escolar en la menor, insomnio, masturbación, agresividad, precocidad sexual, cambios de humor; pero concluye de manera sosa que: ESTOS SIGNOS SON TÍPICOS DE MENORES ABUSADOS Y SON SÍNTOMAS QUE SE ENCUENTRAN EN LA MAYORÍA DE LOS CASOS.

Entonces, desde este informe que fue solicitada y emitido en el momento pre procesal oportuno como lo es la fase de investigación previa, la Fiscal debió solicitar, revisar, el contenido del mismo, pues, la Psicóloga de la Fiscalía indica una cosa y concluye otra, por ello al final, esta pericia e informe fue desacreditado de manera enérgica por otro perito acreditado por el Consejo de la Judicatura solicitado por la misma Fiscalía.

En conclusión, el procesado fue declarado inocente tanto en primera como en segunda instancia, si hubo o no un quebrantamiento a la seguridad jurídica, en el caso penal N° 13283-2017-00875, como razón que impidieron la adecuada administración de justicia, esto sucedió por la falta de objetividad. La falta de objetividad, vulnera derechos del procesado y principios constitucionales y procesales tales como, la presunción de inocencia.

# BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Ecuador. Registro Oficial Nº 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.

Bazantes, Washington. (2008). *El Proceso Penal desde las Víctimas*. Tesis Magistral. [En línea]. Consultado: [05, julio 2018], disponible en: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/424/7/T626-MDE-Bazantes-El%20proceso%20penal%20de%20las%20v%C3%ADctimas.pdf

Buompadre, Jorge. (s/f). *Abusos sexuales*. [En línea]. Consultado: [08, julio 2018]. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts.\_119\_a\_120\_abusos\_sexuales.pdf

Cerda San Martin, Rodrigo. (2011). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Editorial Grijley.

García Falconí, José. (2015).*Los sujetos procesales en el Coip*. [En línea]. Consultado: [05, julio 2018]. Disponible en: https://www.derechoecuador.com/los-sujetos-procesales-en-el-coip

García, Jorge. (2012). *La Instrucción Fiscal*. Revista judicial Derecho Ecuador. (en línea). Consultado 31 de julio del 2018. Recuperado de: http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2012/12/17/la-instruccion-fiscal

Jurado, Alberto. (2014). *¿Qué son Elementos de Convicción?*. [En línea]. Consultado: [06, julio 2018]. Disponible en: http://www.alc.com.ve/elementos-de-conviccion/

Luzón, Diego. (s/f). *Curso de Derecho Penal Parte General*. Madrid, España: Editorial Universitas S.A.

Ore, Arsenio. (2011). *Manual De Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Lima, Perú: Editorial Reforma.

Ortiz, Mario. (2013). *El Principio De Objetividad: El nuevo proceso penal*. [En línea]. Consultado: [08, julio 2018]. Recuperado de: http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprocesopenal/2013/12/07/el-principio-de-objetividad/

Párraguez, Luis. (2004). *Manual de derecho civil Ecuatoriano*. Loja: Editorial UTPL

Primera Sala Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XXIII. . [En línea]. Consultado: [08, julio 2018]. Disponible en: http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/176/176408.pdf

Serrano, Alfonso. (2008). *Derecho Penal, Parte Especial.* Madrid, España: Editorial Dykinson.

Serrano, Tatiana. (2009). *Análisis de las etapas del procedimiento penal*. [En línea]. Consultado: [05, julio 2018]. Disponible en: http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/883/1/p905.pdf

Smirnova Calderón. (2005). *Abuso sexual de menores*. [En línea]. Consultado: [08, julio 2018]. Disponible en: https://www.derechoecuador.com/abuso-sexual-de-menores

Vaca Andrade, Ricardo. (2001). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Vaca, Ricardo. (2009). *Manual de derecho Procesal penal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Vaca, Patricio. (2009). *La Objetividad Del Fiscal En El Sistema Penal Acusatorio.* [En línea]. Consultado: [25, julio 2018]. Recuperado de: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/974/1/T718-MDP-Vaca-La%20objetividad%20del%20Fiscal.pdf

Zavala Baquerizo, Jorge. (2006). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Guayaquil. Editorial Edino S. A.

# Anexos

Anexo 1. Actuariales

Anexo 2. Extracto audiencia de formulación de cargos

Anexo 3. Extracto audiencia de evaluación preparatoria a juicio (Auto de llamamiento)

Anexo 4. Extracto audiencia de Juicio

Anexo 5. Sentencia

1. Luzón, Diego. (s/f). *Curso de Derecho Penal Parte General.* Madrid, España: Editorial Universitas S.A. [↑](#footnote-ref-1)
2. Párraguez, Luis. (2004). *Manual de derecho civil Ecuatoriano*. Loja: Editorial UTPL [↑](#footnote-ref-2)
3. Serrano, Tatiana. (2009). *Análisis de las etapas del procedimiento penal*. [En línea]. Consultado: [05, julio 2018]. Disponible en: http://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/883/1/p905.pdf [↑](#footnote-ref-3)
4. Bazantes, Washington. (2008). *El Proceso Penal desde las Víctimas*. Tesis Magistral. [En línea]. Consultado: [05, julio 2018], disponible en: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/424/7/T626-MDE-Bazantes-El%20proceso%20penal%20de%20las%20v%C3%ADctimas.pdf [↑](#footnote-ref-4)
5. García Falconí, José. (2015).Los sujetos procesales en el Coip. [En línea]. Consultado: [05, julio 2018]. Disponible en: https://www.derechoecuador.com/los-sujetos-procesales-en-el-coip [↑](#footnote-ref-5)
6. Asamblea Nacional. (2014). “*Código Orgánico Integral Penal”.* Ecuador. Registro Oficial Nº 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A. [↑](#footnote-ref-6)
7. Vaca Andrade, Ricardo. (2009). *“Manual de derecho Procesal penal”.* Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. [↑](#footnote-ref-7)
8. Jurado, Alberto. (2014). ¿*Qué son Elementos de Convicción?*. [En línea]. Consultado: [06, julio 2018]. Disponible en: http://www.alc.com.ve/elementos-de-conviccion/ [↑](#footnote-ref-8)
9. Asamblea Nacional. (2014). *“Código Orgánico Integral Penal”*. Registro Oficial Nº 180. Ecuador Gráficas Ayerve C. A. [↑](#footnote-ref-9)
10. García, Jorge. (2012). *La Instrucción Fiscal*. Revista judicial Derecho Ecuador. (en línea). Consultado 31 de julio del 2018. Recuperado de: http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/procedimientopenal/2012/12/17/la-instruccion-fiscal [↑](#footnote-ref-10)
11. Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Nº 180. Ecuador: Gráficas Ayerve C. A. [↑](#footnote-ref-11)
12. Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Nº 180. Ecuador: Gráficas Ayerve C. A. [↑](#footnote-ref-12)
13. Ortiz, Mario. (2013). *El Principio De Objetividad.* El nuevo proceso penal. [En línea]. Consultado: [08, julio 2018]. Recuperado de: http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprocesopenal/2013/12/07/el-principio-de-objetividad/ [↑](#footnote-ref-13)
14. Ore, Arsenio. (2011). *Manual De Derecho Procesal Penal.* Tomo I. Lima, Perú: Editorial Reforma. [↑](#footnote-ref-14)
15. Cerda San Martin, Rodrigo. (2011). *El Nuevo Proceso Penal.* Lima: Editorial Grijley. [↑](#footnote-ref-15)
16. Buompadre, Jorge. (s/f). *abusos sexuales.* [En línea]. Consultado: [08, julio 2018]. Disponible en: http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/arts.\_119\_a\_120\_abusos\_sexuales.pdf [↑](#footnote-ref-16)
17. Primera Sala Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII. *.* [En línea]. Consultado: [08, julio 2018]. Disponible en: http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/176/176408.pdf [↑](#footnote-ref-17)
18. Smirnova Calderón. (2005). *Abuso sexual de menores.* [En línea]. Consultado: [08, julio 2018]. Disponible en: https://www.derechoecuador.com/abuso-sexual-de-menores [↑](#footnote-ref-18)
19. Zavala Baquerizo, Jorge. (2006). *Tratado de Derecho Procesal Penal.* Tomo II. Guayaquil. Editorial Edino S. A. [↑](#footnote-ref-19)
20. Vaca Andrade, Ricardo. (2001). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Volumen II. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones. [↑](#footnote-ref-20)
21. Serrano, Alfonso. (2008). *Derecho Penal, Parte Especial.* Madrid, España: Editorial Dykinson. [↑](#footnote-ref-21)
22. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Penal. (2008). *Sentencia Casación N° 18455*. Colombia. [↑](#footnote-ref-22)
23. Vaca, Patricio. (2009). *La Objetividad Del Fiscal En El Sistema Penal Acusatorio.* [En línea]. Consultado: [25, julio 2018]. Recuperado de: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/974/1/T718-MDP-Vaca-La%20objetividad%20del%20Fiscal.pdf [↑](#footnote-ref-23)
24. Vaca, Patricio. (2009). *La Objetividad Del Fiscal En El Sistema Penal Acusatorio.* [En línea]. Consultado: [25, julio 2018]. Recuperado de: http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/974/1/T718-MDP-Vaca-La%20objetividad%20del%20Fiscal.pdf [↑](#footnote-ref-24)