



CARRERA DE DERECHO

ESTUDIO DE CASO

Previo a la obtención del título de:

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

Tema:

Caso Penal N.º 13283- 2018 – 00587 que, por abuso sexual, sigue la Fiscalía General del Estado, en contra de Z.L.G.C: “Parámetros de la presunción de inocencia para la efectiva valoración de la prueba”.

Autores:

Alcívar Falcones Junior Darío.

Cedeño Moreira Rosaida María.

Tutor:

Abg. Henry Villacís Londoño.

Cantón Portoviejo-Provincia de Manabí-República del Ecuador.

2019

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.

Alcívar Falcones Junior Darío y Cedeño Moreira Rosaida María, de manera expresan hacen la cesión de los derechos de autor y propiedad intelectual del presente trabajo investigativo: Caso Penal N°. 13283- 2018 – 00587 que, por abuso sexual, sigue la Fiscalía General del Estado, en contra de Z.L.G.C: “Parámetros de la presunción de inocencia para la efectiva valoración de la prueba”, a favor de la Universidad San Gregorio de Portoviejo, por haber sido elaborada bajo su patrocinio institucional.

Portoviejo, Septiembre 2019

Alcívar Falcones Junior Darío
C.C. 131079135-3
Autor.

Cedeño Moreira Rosaida María
C.C. 130995198-1
Autora.

ÍNDICE.

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTOR.....	II
INTRODUCCIÓN.....	4
MARCO TEÓRICO	6
1.1. Finalidad del Derecho Penal	6
1.2. El proceso penal y sus etapas.....	7
1.3. La fase de investigación previa.....	8
1.4. Principios rectores del proceso penal.....	10
1.5. Principio de objetividad	12
1.6. Presunción de inocencia.....	13
1.7. In Dubio Pro Reo	14
1.8. El nexo causal entre el hecho y el encausado	15
1.9. El delito de abuso sexual: elementos, configuración y pena	16
Análisis de caso	17
2.1. Hechos facticos	17
Conclusiones.....	44
Bibliografía.....	46

INTRODUCCIÓN

En los Estado denominados como garantistas de Derechos, es importante la aplicación de principios constitucionales en las diferentes materias del ordenamiento jurídico. Por otro lado, en materia penal coexiste un principio considerado fundamental orientado a precautelar los Derechos del investigado o procesado como lo es la Presunción de inocencia, principio constitucional que involucra diversos parámetros en su aplicación; pero todos tendientes a garantizar Derechos.

La no aplicación de los parámetros de la presunción de inocencia innegablemente; menoscaba Derechos y Garantías constitucionales, como principio regulador del procedimiento penal, ha de aplicarse en todas las fases y actuaciones por parte de la administración de justicia.

Por otro lado, en el caso N°. 13283- 2018 – 00587 motivo del presente análisis, se hace un enfoque de los parámetros de este principio en relación con la valoración de las pruebas, en razón de que, si en una investigación o procedimiento; las pruebas logran ser insuficientes, debe primar el estatus de inocente del encausado.

Lo más relevante del caso es que, vamos a fundamentar que la prueba, en su conjunto; se articula con el propósito de que el Juez pueda convencerse tanto de la existencia del hecho y sus circunstancias materia de la investigación, así como de la responsabilidad del procesado; acorde al artículo 453 del COIP, el Fiscal debe llegar a convencer al Juzgador (a); de que la prueba que presenta es suficiente para establecer los dos parámetros principales del delito: 1) la existencia o materialidad del hecho; 2) la

responsabilidad penal del enjuiciado, para con ello lograr que se imponga una pena que debe basarse en pruebas técnicas y científicas, lo que consideramos que en la presente causa no ha ocurrido.

Expondremos la obligación de los juzgadores examinar en conjunto todo el acervo probatorio para determinar los elementos que le acrecienten o resten credibilidad de un testimonio. Vamos a defender la idea de que en el caso analizado, no existe la materialidad de la infracción conforme a derecho, y al no existir aquello, nace la duda, misma que será aplicada en base al principio de lo más favorable al reo, siendo innecesario analizar la responsabilidad penal del acusado.

Del mismo modo, analizaremos las consecuencias jurídicas del actuar de los operadores de justicia, que son considerados garantistas; cuando no se aplican principios rectores del proceso penal como presunción de inocencia y In Dubio Pro Reo, dictando una sentencia condenatoria que vulnera los derechos del procesado.

MARCO TEÓRICO

1.1. Finalidad del Derecho Penal

Para muchos, la función del Derecho penal es solo castigadora, ello se desprende de que por medio de esta rama el Estado ejerce el poder castigados “*ius puniendi*”, si bien es cierto, este es uno de sus fines, sin embargo, considerar que es el único fin es una errada concepción.

Para el jurista Sainz, (1979)¹:

Es una rama que consigue resguardar; determinados valores básicos de la vida comunitaria: alcanza a regular el mando estatal de exigir a todos los ciudadanos que mantengan un comportamiento acorde con las normas; y de aplicar penas y medidas de seguridad a quienes contra aquellos valores atenten mediante hecho de una determinada intensidad (Sainz, 1982, pág. 46).

Analizando lo anterior, se observa que principalmente esta rama jurídica es preventiva más que castigadora, pues, ciertamente contiene en el cuerpo legal pertinente las conductas que son atentadoras de Derechos y de la vida en la sociedad, no es menos cierto que previene el cometimiento de esta conducta, pues, incluye una sanción como un elemento amenazante.

Por otro lado; parafraseando a Luzón (2013)²:

El derecho penal; es aquella rama del ordenamiento jurídico que contiene las normas impuestas bajo la amenaza de sanción. (...) Asimismo; logra concebirse como el conjunto de normas jurídicas que reglamentan en principio con pretensión de justicia la vida social de una comunidad (Luzón, 2013, pág. 45).

¹ Sainz, J. (1982). *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Bosch.

² Luzón, D. (2013). *Curso de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Universitas S.A.

Es importante registrar lo que ha expuesto el maestro Ferrajoli³, quien ostentó que uno de los fines más relevantes es la protección del débil frente al más fuerte, por ello la existencia del denominado garantismo penal, dice el experto: “El Garantismo consiste en tutelar aquellos valores o derechos fundamentales, en donde la satisfacción pese a estar contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador que legitima el derecho penal” (Ferrajoli, 2001, pág. 336).

1.2. El proceso penal y sus etapas

El proceso penal, es el juicio que procede en el momento en que Fiscalía; luego de realizar una indagación de un hecho delictivo denunciado, recoge todos los elementos con los que considera que la persona; ha sido participe de una infracción penal, o da inicio en los casos de infracciones flagrante.

Las etapas de los procedimientos; en materia penal; son iguales para todos los procesos, pues, en materia procesal está el proceso ordinario (general) y los procesos especiales (abreviado, directo). Suelen diferenciarse únicamente en la celeridad y la reunión de las etapas en audiencias.

Es importante recalcar, que el COIP establece tres denominadas Etapas, dejando fuera a la fase de investigación previa, sin embargo, esta la piedra angular del procedimiento, pues es aquí en donde se decide iniciar o no el proceso, estas etapas de hallan en el artículo 589 del COIP y son:

³ Ferrajoli, Luigi. (2001). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.

1. Etapa de Instrucción, Fiscal.
2. Etapa de Evaluación y preparatoria de juicio.
3. Etapa de Juicio (pág.222)⁴.

Cada una de las etapas contempladas en la normativa; cumple un fin específico, funciones que se originan al darse por terminada la fase investigativa, la primera de éstas surge con la convicción de fiscalía de que tiene todos los elementos probatorios para iniciarla, esto es la investigación previa donde ya formalmente, se formulan cargos.

Ya en la segunda etapa el ente estatal; en audiencia oral de acuerdo a lo actuado hasta ahí decide si emite su dictamen fiscal y con ello solicita el auto de llamamiento a juicio, o si por el contrario; se han desvanecido los elementos y solicita el sobreseimiento. La última de las etapas, es donde el procesado obtiene su fallo que puede ser condenatorio o absolutorio.

1.3. La fase de investigación previa.

Es una fase que; aunque no se contemple en la normativa como etapa del proceso, es de gran importancia, pues, aquí es donde se toma la decisión del agente investigador de iniciar o no la instrucción fiscal que es la etapa que da comienzo a un juicio penal. En lo principal esta fase, ha de estar sometida a principios constitucionales realcionado con el Fiscal y la persona investigada, estos principios son:

- Objetividad (Fiscal)
- Presunción de inocencia (Fiscal - Investigado)
- Mínima intervención penal (Fiscal)

⁴ Asamblea Nacional. (2014). “Código Orgánico Integral Penal”. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.

- Defensa (Investigado)

AL respecto de esta fase, el Dr. Ricardo Vaca; expone: “Es conocida como pre-procesal, se constituye 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, pág. 322)⁵.

La fase cumple con una finalidad específica, se encuentra fundamentada de forma legal en lo que dispone el artículo 580 COIP, que en lo primordial surge para el recogimiento de los elementos denominados de convicción, elementos que deben reunirse en aplicación a los principios mencionados de parte y parte, es decir, han de ser; de cargo y de descargo.

Una vez que se logran recabar todos estos elementos con la legalidad que amerita la investigación y con la ponderación de Derechos Constitucionales y aplicación de las normas procesales, Fiscalía trabaja para adecuar o no; el hecho investigado en la conducta de un delito tipificado, los posibles móviles; las circunstancias, grado de autoría, entre otros.

Un punto muy importante, es que en esta etapa, logra definirse de forma clara quien es el victimario y quien es la víctima del delito encuadrado a la conducta, de existir la comisión del delito, se tendrá claro a quien, y porque circunstancias formular cargos, emitir un dictamen y llevar a juzgamiento.

⁵ Vaca, R. (2009). *Manual de derecho Procesal penal*. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Los elementos de convicción:

Estos elementos, son las evidencias obtenidas de forma legal, que van a servir en todo el proceso como pruebas para demostrar la responsabilidad penal. Jurado (2014)⁶ explica:

Consiguen conformarse; que por las evidencias se consiguen en investigación inicial, o en el momento de la detención en los casos flagrantes, que logran que se reconozca; que se está en presencia de un delito; y por ello, se debe solicitar el enjuiciamiento del inculpado, razón por la cual; el legislador exige una debida fundamentación basada en los elementos de convicción. (pág. 1).

Analizando lo parafraseado, se tiene que; estos elementos, son testimonios, documentos, pericias, versiones, informes, que se recaban en esta fase, que los presentará Fiscalía, cuyo fin es la verificación de la constitución de un delito del hecho que ha venido indagando. En este sentido, resumiendo lo establecido en la ley, doctrina y jurisprudencia, sin funciones de la fase, aparte de recoger los elementos de convicción:

- a.) Corroborar y justificar, si la conducta que se ha indagado constituye delito.
- b.) Establecer, el porqué de la conducta, es decir, posible móvil, contextos.
- c.) Identifica quien es el agresor y su calidad.
- d.) Identifica con precisión la identidad de la víctima.
- e.) Comprueba la existencia del perjuicio ocasionado, o a su vez, lo desestima.

1.4. Principios rectores del proceso penal

⁶ Jurado, Alberto. (2014). *Qué son Elementos de Convicción?*. Recuperado: [10, agosto 2018]. Disponible en: [<http://www.alc.com.ve/elementos-de-conviccion/>].

El proceso en materia penal, como los demás procesos, se rige por una serie de principio enmarcado en el ámbito constitucional y procesal, la aplicación adecuada de estos principios logran una justa investigación, y posteriormente un justo proceso y se convierten en una garantía.

Los principios, son de inmediata aplicación, debido a la eficacia que le da al proceso, son las bases por las cuales, ha de guiarse los intervinientes del proceso, mas aun, Fiscalía y los operadores de justicia, con la aplicación e interpretación adecuada se podrán evitar atropellos, y se respetaran los derechos de los justiciables.

El Dr. George Sotomayor, (2016)⁷ a más de los principios que establece el COIP, publica que en proceso penal; gobiernan los siguientes:

Principio acusatorio.
Principio de legalidad
Principio de investigación
Principio de oficalidad.
Principio de dignidad humana:
Principio de investigación integral de la verdad.
Principio Omus probando. (pág. 26).

Remitiéndonos, ya al COIP, en el artículo 5 se hayan establecidos estos principios, entre los cuales se contemplan:

- Legalidad.
- Favorabilidad.
- Duda a favor del reo.
- Inocencia.
- Motivación.

⁷ Sotomayor, G. (2016). *Principios constitucionales y legales*. Quito: Lexcorp.

- Imparcialidad.
- Objetividad.

Estos son solo algunos, de los veintiún (21) principios que se plasman en el Código, de los cuales se hace un enfoque a la Objetividad, presunción de inocencia y duda a favor del reo, puesto, que están relacionados con el caso motivo del presente estudio de casos.

1.5. Principio de objetividad

Este, no es solo un principio procesal, es más relevante al ser un principio que posee un mandato expreso por la norma suprema como lo es la Constitución, en el Art. 194 y 195 logra implantarse como una facultad a la Fiscalía, en conexidad con otros dos principios como la presunción de inocencia y la mínima intervención penal.

Ortiz (2013)⁸ expone:

(...) Partiendo de la configuración general, por medio de la objetividad; como principio inherente de la fiscalía; éste se obliga a apegarse; a adquirir no solo los elementos de cargo en contra quien está investigando, sino que además; está se obliga de forma ineludiblemente; a obtener de la misma manera; los elementos de descargo que pudieran existir, los mismos que han surgido; de los eventos acontecidos en el proceso indagatorio que ha ejecutado. Lo aludido; involucra igualmente, que la medida que tome el Fiscal cuando termine su indagación, al, tiene que ser constitucionalmente objetiva. El Fiscal tiene prohibido actuar de manera arbitraria, su criterio siempre tiene que ser objetivo; y ello tiene que reflejarse en el resultado de las averiguaciones, ya sea que estos abonen a favor de la hipótesis inculpativa del imputado, o en contra de la misma. El Principio de Objetividad, en tal sentido, se halla hondamente unido y se explica en razón

⁸ Ortiz, Mario. (2013). *El Principio De Objetividad*. El nuevo proceso penal. Recuperado: [08, agosto 2019]. Disponible en: [<http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprosopenal/2013/12/07/el-principio-de-objetividad/>]

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).

Tomando las palabras de Martin Cerda (2011)⁹, La conducción de la investigación y posterior enjuiciamiento, la asume objetivamente Fiscalía: “Éste, efectúa la averiguación, con objetividad e imparcialidad, examina los hechos constitutivos de delito, los que; comprueben y acrediten la responsabilidad o inocencia de quien ha estado investigando”. (pág. 10).

1.6. Presunción de inocencia

Otro fundamental principio constitucional derivado al régimen procesal penal.

La Abg. Mónica Zúñiga¹⁰:

Quien esté siendo investigado; por alguna infracción, goza de la plena garantía de protección sus derechos; es decir; se le reconocen éstos, su inocencia, en tanto no exista una sentencia en firme, agotada de todo recurso, que exprese de manera declarativa, lo contrario”. (Zúñiga, 2017, pág.45).

En efecto, todos los casos que lleguen a conocimiento de la jurisdicción penal, deben resolverse en aplicación a este constitucional principio, y debe aplicarse en todas las etapas, iniciando en la indagación en los casos no flagrantes, la inocencia no se desvirtúa hasta un veredicto ejecutoriado.

⁹ Cerda San Martín, Rodrigo. (2011). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Editorial Grijley.

¹⁰ Zúñiga, M. (2017). *El Derecho a la Defensa En El Procedimiento Directo Sustanciado en el Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado: [19, julio 2019]. Disponible en: [<http://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2161/1/76583.pdf>].

La Corte Constitucional, como mayor órgano ponderaste de Derechos e interpretados de las normas constitucionales, es sus fallos relevantes imprime:

(...) En virtud del principio de inocencia, en el marco de un proceso penal, el imputado debe permanecer en libertad, como regla general. Sin perjuicio de ello, es aceptado que el Estado, solo como excepción y bajo determinadas condiciones, esté facultado para detener provisionalmente a una persona durante un proceso judicial aún inconcluso, con la atención de que la duración excesiva de la prisión preventiva origine el riesgo de invertir el sentido de la presunción de inocencia. c) Manifestó que en la audiencia de juzgamiento se dictó la sentencia de forma oral en la que no había caducado la prisión preventiva, esta decisión de manera verbal quedó consignada en el acta y los fundamentos y motivación no deben ser cambiados en el fallo que expedirá el tribunal, que debe ser firmado por los jueces que actuaron en la audiencia de juzgamiento y la sentencia debe de reunir los elementos y datos que señala el artículo 622 del Código Orgánico Integral Penal. d) Finalmente, consideró que es importante indicar el criterio de la jurisprudencia extranjera que el incumplimiento del plazo de emitir por escrito la sentencia no produce nulidad procesal y la nulidad de dicho acto procesal, es más en esta audiencia se ha indicado por parte de los miembros del tribunal que no se ha emitido la sentencia por cuanto hay pendiente la petición de la suspensión condicional de la pena. (pág. 6)¹¹.

La sentencia que se ha registrado, se refiere a la institución de la prisión preventiva, que esta; cuando no es dictada, tal como manda la Constitución, de última ratio, quebranta la esfera de la libertad de las personas, pues, al ser una medida privativa de un Derecho fundamental, no es una obligatorio que en todos los caso, sea solicitada por los fiscales, y por ende tampoco se dicta de manera injustificada por los operadores de justicia.

1.7. In Dubio Pro Reo

¹¹ Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. (2017). *Ficha de Relevancia Constitucional: expediente 0048-17-JH*. Recuperado: [19, julio 2019]. Disponible en: [<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/seleccion/seleccion/ficha.php?metodo=generarFichaHtml&caso=0048-17-JH>].

Principio, entendemos, es aplicable cuando logra generarse una duda en el proceso, respecto de los hechos y las pruebas: Marina Balsells (2014)¹², en la revista en “el jurista” expone:

(...) El principio *in dubio pro reo*, es un principio del derecho penal; en base al cual; el Juez o Tribunal, a la hora de valoración y apreciación de la prueba, deberá actuar a favor del reo; en caso de que le resulten dudas acerca de la culpabilidad del acusado. Esto es, en caso de duda, la resolución judicial deberá ser favorable para el reo. En muchas ocasiones supondrá la absolución pero también puede suponer la no aplicación de circunstancias agravantes. (pág. 1).

De lo analizado, se tiene, que el principio a favor del reo, prohíbe a un operador de justicia, a que condene a un sujeto en juicio, cuando se ha generado una duda, luego de haber efectuado la revisión y valoración crítica de las pruebas presentadas en las causa.

1.8. El nexo causal entre el hecho y el encausado

El hecho delictivo, haciendo referencia al plano material, consigue integrarse; tanto con la conducta; como por el resultado y el nexo de causalidad entre ambos. Generalmente, la teoría consentida respecto del nexo de causalidad; no es otra que la que se le conoce y denomina “*conditio sine qua non*”; cuyo significado para Durán Díaz (2012)¹³ es:

La paridad de las condiciones, la cual, es enunciada bajo la expresión de qué; causa es el conjunto de condiciones, positivas o negativas, que concurren en la producción de un resultado; y forjándose estas condiciones como equivalentes; es decir, de igual valor dentro del proceso causal, cada una de ellas adquiere la

¹² Balsells, M. (2014). *Diferencias entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo*. Barcelona: El Jurista

¹³ Durán, E. (2012). *Manual de Derecho Procesal*. Quito: Edino

categoría de causa, puesto que si se suprime mentalmente una condición, el resultado no se produce. (pág. 1).

1.9. El delito de abuso sexual: elementos, configuración y pena

El COIP, en el art 170 detalla la conducta que conlleva este delito, el artículo encierra todos los elementos de la configuración de éste:

(...) 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, pág. 28).

De acuerdo al artículo transcrito literalmente, el Abuso sexual, como delito:

- No es consentido: Cometido primero, en contra de la voluntad de quien es la víctima, es decir, sin que el hecho sea consentido.
- La víctima es obligada.- Al estar fuera de su voluntad, en ella se ejecutan los actos sexuales, o se le obliga a que ella los realice sobre su cuerpo o en el cuerpo de otra persona.
- La pena depende de la edad de la víctima o de su capacidad intelectual, así cuando son menores de 14 es de 3 a 5 años, y cuando se trata de la agresión a quien no puede comprender la situación del hecho, o se le produzcan lesiones físicas o de otra índoles será de 5 a 7, si se trata de una menor de 6 años, la pena va de los 6 a los 10 años.

Hay que señalar, que este es un tipo de delito sexual, en el cual no logra producirse el acceso carnal de la víctima a su victimario, no por ello, deja de ser violenta.

Análisis de caso

2.1. Hechos facticos

El caso penal N° 13283- 2018 – 00587, parte de la investigación por parte de la Fiscalía, quien con un informe de un oficial de la DINAPEN inicia la instrucción fiscal por el presunto delito de abuso sexual. El informe lo realiza este oficial en razón de que una de las docentes de la escuela donde trabajaba el procesado le comunica que realizó una charla sobre bullying y acosos sexual, y que luego de terminada la charla se le acercaron tres estudiantes a decirle que ellos habían pasado por eso.

Orden cronológico:

Por sorteo, terminada la investigación el proceso recae en la Unidad Judicial Penal de Portoviejo. Con fecha martes 24 de julio del 2018, a las 09h30 aproximadamente, el Juez de dicha unidad dictó auto de llamamiento a juicio (en la misma audiencia de evaluación y preparatoria a juicio de forma oral), contra el ciudadano G.C.Z.L, por presumírsele autor directo del delito de abuso sexual, en perjuicio del adolescente de iniciales F.M.M.M.

El delito por que se lo llama a juicio tiene su fundamento legal en la tipificación del Art. 170, inciso 2do del COIP. Al procesado prisión preventiva en la formulación

de cargos, ratificándose la misma en las demás etapas del proceso. Como es un delito de carácter sexual, en el expediente se omiten los nombres de la presunta víctima y sus familiares.

Una vez ejecutoriado el Auto de Llamamiento a Juicio, fue remitido el proceso al Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Portoviejo provincia de Manabí; y, mediante el sorteo respectivo se designó a los jueces que integren el Tribunal que conozca la presente causa, correspondiendo al señor Abg. Eriko Navarrete Ballén M.Sc. (Juez de Tribunal y Ponente); el señor Abg. Byron Guillén Zambrano M.Sc. (Juez del Tribunal); y, la señora Abg. Ana Loor Falconí (Jueza del Tribunal), quien reemplaza a la señora Abg. Enny Zambrano Alcívar, quien se encontraba con licencia ante quienes, se tramitó la etapa de juicio de conformidad a lo dispuesto en el Art. 609 y siguientes del COIP.

Se avocó conocimiento de la causa por parte del Juez Ponente, con fecha jueves 2 de agosto del 2018, las 11h48, en donde se dispuso notificar a los señores Jueces que integran el Tribunal, así como a los sujetos procesales; y no habiendo excusas o recusaciones de ninguna naturaleza, desde el día jueves 25 de octubre del 2018, a partir de las 09h00, se instaló y desarrolló la audiencia reservada de juzgamiento en la presente causa, la misma que se suspendió a pedido de la Fiscalía General del Estado por no contar con testigos indispensables para demostrar su teoría del caso, disponiendo su reanudación el día lunes 29 de octubre del 2018, a las 14h30, en donde se resolvió la situación jurídica del procesado nombrado en líneas precedentes.

En la audiencia de juzgamiento, se contó con la presencia de los jueces que integran el Tribunal nombrados ut supra, asimismo compareció la señora Abg. Melissa

Mendoza Solórzano, Fiscal cantonal de Portoviejo; y, el procesado G.C.Z.L asistido jurídicamente por el señor Abg. Gorki González Quiroz, defensor privado.

En efecto, se escuchó las teorías iniciales y se evacuaron bajo los principios procesales los medios probatorios testimoniales, documentales y periciales, tanto de cargo como de descargo, asimismo se escucharon los alegatos finales, y luego de la deliberación correspondiente, el Tribunal procedió a pronunciar su decisión judicial de conformidad a lo prescrito en el Art. 619 del COIP, dándose a conocer oralmente la decisión por unanimidad de declarar la culpabilidad del procesado.

La Defensa del procesado, apela el fallo de primera instancia, la Sala delo Penal de la Corte Provincial, procedió a ratificar la inocencia, configurándose el problema jurídico habiendo criterios diferentes respecto de la materialidad y responsabilidad penal, principios aplicados y valoración de la prueba.

Teoría del caso de los sujetos procesales:

La Fiscalía al exponer su teoría del caso manifestó en lo principal: Que probaría conforme a derecho como el ciudadano Zambrano Loor, ha adecuado su conducta al tipo penal establecido en el Art. 170 inciso segundo del COIP, esto es, al delito de abuso sexual, esto toda vez, que cuando el ciudadano Zambrano Loor era docente de la escuela general Vicente Anda Aguirre, ubicada en esta ciudad de Portoviejo, en la parroquia Andrés de Vera, en la Av. América y calle Córdova en los períodos lectivos del 2014 al 2015, del 2015 al 2016, cuando el menor de edad de iniciales M.M.F.N., tenía entre 8 a 9 años respectivamente en cada periodo lectivo, procedía a abusarlo sexualmente, no solo a él sino a sus compañeros de clases.

Argumenta que; estos abusos sexuales consistían en tocamientos en su miembro viril, así como en besos de este profesor hacia los menores incluido el menor víctima en este caso, hechos que ocurrían en las instalaciones del colegio donde estos recibían clases, ya que el profesor se encerraba con estos menores para procurar estos abusos sexuales en contra de ellos.

La Fiscalía en esta audiencia con las pruebas testimoniales, periciales y documentales que presentará probará tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad penal del ciudadano Zambrano Loor, en la calidad de autor directo de la infracción y la Fiscalía en esta audiencia probará como de forma dolosa el ciudadano Zambrano Loor, lesionó el bien jurídico a la libertad sexual del menor de iniciales M.M.F.N.

La Fiscalía además en el desarrollo de la audiencia, con las pruebas que practicará desvanecerá el principio de inocencia que le asiste al ciudadano Zambrano Loor y les dará al Tribunal; la certeza del cometimiento de la infracción así como la responsabilidad del hoy procesado Zambrano Loor, en la calidad de autor directo.

Por su parte la defensa privada Zambrano Loor, expuso en lo medular: Que con los medios probatorios que se van a practicar en esta audiencia la Fiscalía no va a poder demostrar ni siquiera la materialidad de la infracción, mucho menos la responsabilidad penal del procesado, por lo tanto, solicita de conformidad al Art. 76 numeral 2 de la norma suprema se mantenga incólume a favor de su defendido el derecho y presunción de inocencia, porque va ser imposible que la Fiscalía rompa el estado de inocencia.

Medios de pruebas presentados en la audiencia por la fiscalía

La Fiscalía solicitó como prueba testimonial, se llame a rendir su testimonio, a las siguientes personas: (i) PAOLA MONSERRATE MORRILLO QUIIJE [Policía de la DINAPEN] (ii) MARÍA MELISSA PALMA KUFFO [Profesora de la Unidad Educativa Vicente Anda Aguirre]; (iii) LCDA. NARCISA DOLORES CEDEÑO ROLDÁN [Lcda. en Trabajo Social]; (iv) B.N.M.M. [Madre de la Víctima, la Fiscalía desistió de su testimonio] (v) Reproducción y Lectura del Testimonio Anticipado de la víctima de iniciales F.M.M.M. [Víctima].

Desarrollo de la prueba testimonial solicitada por la fiscalía.

El Tribunal, bajo los principios dispositivo, de inmediación y contradicción dispuso que la actuario del despacho llame a declarar a los siguientes testigos: 1.- El testimonio de la señora PAOLA MONSERRATE MORRILLO QUIIJE, quien luego de ser juramentada, en lo principal indicó:

Que es Policía Nacional, agente investigativa de la DINAPEN en el Distrito Portoviejo, que sus funciones son las de realizar investigaciones mediante las delegaciones judiciales y fiscales que reciben; la Fiscalía le muestra a la testigo un informe de investigaciones el cual reconoce por constar su firma y rúbrica en el mismo; refirió que esta delegación fue recibida en las oficinas de la DINAPEN para realizar las investigaciones de un presunto delito de acoso sexual donde se realizaron varias entrevistas y se realizaron verificaciones de datos del presunto sospechoso.

Señaló que en las diligencias investigativas que se realizaron en el presente caso en el presunto delito de acoso sexual fueron las siguientes: Mediante la delegación lo que hacen es verificar la base de datos de la DINAPEN para ver si existe alguna otra documentación ingresada que les coincida con los datos del presunto sospechoso, en este caso.

Se realizaron las verificaciones y se obtuvieron como datos que existen dos documentos más por parte de la Fiscalía de Violencia N° 1 y otra por la Fiscalía de Violencia de Género N° 2, por presuntos delitos también de acosos sexual en contra del señor Zambrano Loor.

También se realizó la verificación en el sistema informático de la Policía Nacional del Ecuador cuya base la manejan en la Policía Nacional, en donde se verificaron los datos del señor Zambrano Loor, los antecedentes, si existían agresiones, direcciones en el cual se encuentran en el presente informe que si ha tenido antecedentes.

Se verificó también a través de la página del Ministerio de Justicia porque como existe una por flagrancia, una detención en los antecedentes, se verificó que en el buscador de visitas con los datos del señor Zambrano Loor, en el cual existía fechas actuales dentro de las investigaciones que se recibió visitas en el Centro de Rehabilitación de Bahía de Caráquez, por lo que, también se avanzó hasta el Centro para verificar donde se le entregan notificaciones al ciudadano dándole a conocer de las investigaciones que estaban realizando, en este caso, por su parte, se le entregó una notificación que fue recibida con puño y letra y que se adjunta también a la presente; se

entrevistó en este caso con la madre del adolescente la señora B., a la cual se le dio a conocer por medio de una llamada telefónica para que se acerque a la DINAPEN.

En las oficinas de la Dinapen se conversó con la señora y ella manifestó que se enteró de esto a través de una llamada telefónica que le realizaron de la escuela Vicente Anda Aguirre, para comunicarle que su niño había manifestado que había sido víctima de un presunto delito de acoso sexual (Abuso Sexual, 2018).

¿Cómo se enteró la mamá? porque la profesora da una charla de los que son delitos sexuales y después de esta charla los niños comienzan a comunicar que ellos han pasado por esta situación, cuando los niños comentan esto la profesora le da a conocer a las autoridades.

En este caso, a una Directora encargada y ella pidió colaboración a una Licenciada que es del Departamento del DECE, ella colaboraba en esta escuela dos días a la semana, con lo que analiza la información que le da la profesora, conversa con los niños, le manifestaron lo sucedido y ella hace un informe y da a conocer y a través de este informe se realizan las investigaciones.

Se hizo también una verificación del lugar donde presuntamente ocurrieron los hechos, esto es en la escuela que también consta en el informe, que está el aula donde presuntamente había ocurrido, están las versiones de las profesoras de nombres María Melissa Palma Kuffó, que es quien da la charla de los delitos sexuales y se encuentra una entrevista de la Licenciada Narcisa Dolores Alcívar Roldán, quien es la del Departamento del DECE.

Agregó que, la señora Narcisa Alcívar Roldán indicó que los niños le habían manifestado que el profesor les daba dinero para que se dejen tocar, o se dejen manosear, que esto solo pasaba con los niños, que a las niñas las sacaba de las aulas y solo dejaba a los niños, por lo que igual comunicó a las autoridades y realizó el informe.

Afirmó que la persona de la escuela que toma contacto con la madre del niño víctima es la profesora del curso Melissa Palma Kuffó, que es quien realiza la charla y ella comunica a la Licenciada y le llaman a la escuelita para comunicarle; la testigo explica las fotos de su informe al Tribunal indicando que se realiza una verificación de la unidad Vicente Anda Aguirre, que por lo que después del terremoto no está como antes era, solamente las partes que quedaron, esta es la parte externa y esta la parte interna donde está el aula dónde presuntamente había ocurrido el delito y está ubicada en la avenida América y Córdova, justamente a los lados de un gimnasio está en un esquinero, justo donde está el semáforo está la escuelita; precisó que este reconocimiento fue el 21 de noviembre del año 2017

Explicó que dentro de las investigaciones **no pudo verificar** si el señor Galo o Zambrano Loor, trabajaba dentro de la institución; agregó que cuando se acercó a la unidad educativa **ya no se encontraba la Licenciada encargada a quien le dieron a conocer el caso**, se encontraba el Licenciado Diego Cedeño, él era el Director y en ese entonces estaba de viaje y se encontraba una Licenciada encargada, pero, que él sí tuvo conocimiento y que igual se le había comunicado el trámite que tenía que realizarse y él indicó que el señor Zambrano si fue docente de esa escuelita.

Añadió que dentro del sistema informático de la Policía Nacional están las opciones de antecedentes si ha tenido detenciones, si han sido flagrantes o si existen alguna orden de captura las que se encuentran aquí en el informe son las de un historial de detenciones que realizaron por una detención flagrante por una causa de atentado contra el pudor y queda también en lo que es antecedentes, no registra ordenes de captura.

La Fiscalía le muestra a la testigo la ampliación del informe que realizó en donde reconoce su firma y rúbrica, manifestando que es un parte que se da a conocer a la autoridad en el cual se le había notificado a la señora B.M., que es la mamá de la víctima en este caso, y que ella no pudo dar la versión y se pidió a la DINAPEN que se le haga una versión en la Fiscalía y como ella no podía seguir asistiendo de pronto y tenía otras ocupaciones se pidió a la Dinapen de que se le haga una versión, un tipo de entrevista, en la cual manifestaba como se enteraba que a través de una llamada que le hicieron de la escolita y de que ella iba a prestar toda la colaboración necesaria para realizar las investigaciones. Ante el contra examen respondió:

Que en la policía lleva trabajando 8 años, 4 meses y 6 años en la DINAPEN, que es agente investigador, que realizó un curso de especialización en la ciudad de Quito de protección de la niñez y adolescencia; precisó que se realizó una verificación del lugar de los hechos, que ingresó a la escuela, pero no a todas las aulas, solo se tomó la parte donde presuntamente ocurrieron los hechos y esa escuela tenía 3, 4 aulas las que estaban visibles, por lo que del problema del terremoto ya no estaba completa la escuela como era antes; cuando fue solo existían 3 aulas, pero en la verificación que se encuentra en el informe solo está el aula donde presuntamente ocurrieron los hechos; señaló que actualmente es séptimo año, que no preguntó cuántos profesores existen en la escuela, no investigó cuántos profesores existieron en la escuela en los años que supuestamente se cometieron los hechos, porque no le supieron dar esa información, solo se indicó que el señor Zambrano si fue docente en años anteriores donde presuntamente había ocurrido ese hecho, **no le dijeron en que año** (Abuso Sexual, 2018).

Se entrevistó con el Director actual, el Licenciado Diego Cedeño. Ante el redirecto respondió que no tiene conocimiento como estaba constituida la escuela antes del terremoto, pero sabe que era de dos plantas y esta edificación estaba solamente la parte de abajo, pero lo del problema del terremoto, el Licenciado indicó que estaban utilizando solo las aulas que tenían y que estaban en trámite de reconstrucción, pero, solo lo que se fijó está en el informe.

El testimonio de la señora MARÍA MELISSA PALMA KUFFÓ, C, quien luego de ser juramentada, en lo principal indicó:

Que es docente en general hace 5 años y docente de la escuela General Vicente Anda Aguirre hace dos años; refirió que del presente caso es que el año pasado tenía un grupo de los séptimos año de educación básica, el cual, ocurrió una situación en la que su grupo tenía una charla con la señora del DECE (Departamento Estudiantil) sobre el acoso y el abuso sexual, cuando ella terminó su charla reforzó lo que le habían explicado sobre este tema, en la cual, ellos comenzaron a reunirse con ella y redujeron algunos temas, uno de los chicos les comentó que ellos habían tenido un maestro en los años anteriores, que ellos sentían que habían sido abusados por él, ella lo que hizo fue ser una receptora de lo que ellos habían comentado. (Abuso Sexual, 2018).

Agregó que; **eso no lo dijeron con ella**, sino que lo dijeron totalmente con el grupo, no fue individual, sino que lo dijeron en el aula, solamente 3 jóvenes fueron aquellos que tuvieron la confianza de comunicar a través del aula todo lo que ellos habían pasado; precisó que las iniciales de los niños eran: J.L.M.; J.M.; y M.M., uno de ellos cuando ella estaba comentando que ellos no deben dejarse tocar, ni sentir miedo en decirlo, porque ellos como ya iban al colegio su inquietud era de que iban a tener compañeros más grandes y todo eso, y que no porque ellos eran más pequeños iban a dejarse abusar de los compañeros más grandes y uno de ellos dijo de que eso le había

pasado, de que el anterior maestro le había tocado, que había sido abusado por él y otro reafirmó de que había dicho que había sido tocado; señaló que.

(...) Solo dijeron el maestro anterior de ella, no se conocía quien era el maestro anterior, porque cuando ella llegó ese maestro no estaba ya ahí, que cuando llegó a la institución era nueva; afirmó que una vez que se enteró del hecho su primer accionar fue comunicar esto a la Directora encargada, porque en ese caso del Director no estaba presente, la señora del DECE también ya había terminado sus labores y ella ya se había ido, por eso, comunicó esto primero verbalmente a la Directora encargada y al siguiente día lo pasó por escrito al directora encargada y también al Director que acababa de venir de sus vacaciones, luego de esto, se comunicó a la señora del DECE, quien hizo el seguimiento del debido procedimiento; señaló que el año pasado lectivo era 2017-2018, que la señora del DECE era la señora Dolores, pero ya no trabaja en la escuela, ella iba dos veces por semana porque tenía otras instituciones y daba charlas a diferentes grados y apoyo académico, chicos que tenían una dificultad ella los ayudaba, ella no trabajaba de planta en la escuela Vicente Anda Aguirre, solo llegaba dos veces a la semana; añadió que cree que ella trabajaba de planta en la escuela Roosevelt (Abuso Sexual, 2018).

La Fiscalía le muestra la versión rendida ante el agente de la DINAPEN a la testigo la misma que la reconoce por constar su firma y rúbrica en el mismo, en donde indica que las iniciales de los menores son: M.M.F.N.; M.S.J.L. y M.M.J.A..

Con relación al niño de iniciales M.M.F.N., él fue el que comenzó a comunicarse con ella, o sea, él fue el primer niño que habló y le dijo de que el anterior maestro los besaba en la boca y que una vez le dejó el labio hinchado, también él comunicaba que le había comunicado eso a la mamá, pero la mamá no había hecho nada.

Explicó que según lo acordado por el Ministerio de Educación ella no podía comunicarse con los padres, sino que lo hizo la señora del Departamento del DECE, ella cuando se comunicó con estos padres de estos niños, ellos se acercaron al siguiente día y como lo dijo la señora del primer niño, ella ya estaba más o menos enterada lo que

había pasado y los otros padres ellos no sabían nada, ahí fue cuando se les comunicó; resaltó que la madre del niño de iniciales M.M.F.N., ella sabía de qué el anterior maestro lo habían besado al niño, porque este le había comentado eso, **pero, no sabían que los había tocado, ni cuánto tiempo hubo este tipo de actos hacia ellos,**

Ante el contra examen respondió:

Que sí estudio psicología en la universidad porque le dieron talleres e hizo seminarios en psicología, **pero su carrera no es de psicología**, explicó que puede determinar lo que siente la persona porque al momento de cómo habla de temor así, no determinar lo que sienten, pero, ver la manera en que se expresa y por la manera de expresarse puede percibir esa situación, pero si, se entiende lo que siente alguien; explicó que manifiesta esto bajo el parámetro de que ellos cuando hablaron con los padres, pero no le consta que hablaron con los papás, pero los padres al siguiente día que vinieron a la charla una de ellas le había dicho que su hijo ya le había contado, entonces uno había hablado con la mamá, que no recuerda la fecha de la charla porque fue el año pasado, cuando se enteró de estos supuestos hechos ya tenía unos meses ahí en la escuela Vicente Anda Aguirre, recibió a esos alumnos lo que corría del año lectivo; no sabía si los niños le habían comunicado al Director sobre estas anomalías, ni tampoco conoce si les habían comunicado de este hecho a los papás. (Abuso Sexual, 2018).

El testimonio de la señora LCDA. NARCISA DOLORES ALCÍVAR ROLDÁN, en lo principal indicó:

(...) Que es de profesión Lcda. en Trabajo Social desde hace 7 años, refirió que sus funciones eran como DECE (Departamento de Consejería Estudiantil), que laboraba en la escuela Roosevelt, pero, después el Ministerio de Educación le solicitó que diera asistencia y apoyo a la escuela General Vicente Anda Aguirre, en dicha escuela apoyaba 2 horas a la semana y como dice la Juntas Protectoras del Ministerio de Educación se dirigió a dar las charlas, su trabajo es dar charlas de acoso, de bullying, de diferentes temas, entonces procedió a realizar su trabajo como lo dice la Ley, que dio estas charlas en el periodo 2017-2018, en la escuela Vicente Anda Aguirre, en donde daba a todos los cursos, una semana avanzaba tres cursos y luego a la siguiente semana tres más y habían siete cursos; explicó que ella dio charlas de acoso escolar, los niños piensan que solamente acoso escolar es que un compañero le pegue, ellos no conocían lo que era un abuso, y

les explicó lo que es un abuso sexual, lo que es una violencia física y lo que es una violencia psicológica, entonces ellos se quedaron impactados porque les explicó que significaban todas estas clases de violencia, que no solamente era física, sino que hay diferentes tipos de violencia; precisó que al momento que salía de los cursos, porque cuando fue el terremoto se cayó, ella se sentaba recuerda en la vereda en una sillita, y la tutora al siguiente día le llama informándoles que 3 niños le contaron que habían sido abusados, le dijo que tenía que hacer un informe, para ella poder realizar su informe de hecho de violencia como lo dice la Junta y el protocolo del Ministerio de Educación; agregó que la tutora se llama Melissa y el segundo apellido era Kuffó; explicó que cuando ellos tienen conocimiento de un presunto delito sexual sus rutas primero es detectar, hacer la intervención, el seguimiento y por último es la derivación, en el presente caso las rutas fueron aplicadas inmediatamente, la profesora le indicó mediante un informe y ella inmediatamente procede a realizar su hecho de violencia así como lo dice la ley con su respectiva derivación a Fiscalía; añadió que ya no tomó contacto con los niños, no puede hacer eso porque eso tiene que hacerlo la Fiscalía, no puede revictimizar a los niños. (Abuso Sexual, 2018).

Afirmó que cuando conoció del caso, tomó contacto con los padres inmediatamente les llamó y les hizo firmar una acta para que ellos tengan conocimiento, porque los niños la habían buscado, habían hablado con ellos y confiaron en la profesora y le comentaron todo a ella, solo recuerda a un padre que es el señor Jorge Luis Molina y el otro DECE de apoyo quedó el seguimiento que le haría a los niños, eso ya quedó con su otra compañera que le entregó todos los expedientes siempre que ella sale le da a la otra compañera para que realice el respectivo procedimiento y apoyo hacia ellos.

Precisó que cuando ella se enteró del presunto delito sexual inmediatamente llamó a los padres y al siguiente día fue a entregar el informe del hecho de violencia y además el Rector no estaba, estaba de vacaciones, estaba una rectora encargada, le hizo firmar y se dirigió a Fiscalía con su compañera la psicóloga educativa a entregar la documentación.

Especificó que un niño J.M., manifestó que solo intentaba besarle los labios, eso decía el informe de la profesora, no recuerda a los otros dos niños, pero, ellos decían que era un profesor que ya no trabaja en la escuela que les dio cuando ellos se encontraban en 5to año de básica y que ya habían pasado mucho tiempo; aseveró que ella no conoció a este profesor porque ella trabajó en el 2017 como apoyo.

La Fiscalía le muestra un documento a la testigo el informe de las investigaciones que realizó la Cabo Paola Morrillo, donde consta su versión rendida en la DINAPEN en donde reconoce su firma y rúbrica, indicando que las iniciales de los 3 niños que se acercaron a la profesora Melissa son: M.M.; M; y M.S., que tenían 13 años de edad; que los nombres del profesor que referían a la tutora eran Zambrano Loor.

Ante el contra examen respondió:

(...) Que ella si fue a la Fiscalía a dar versión, la llamaron el mes pasado y dijo lo mismo que tiene en su informe de hecho de violencia, ese informe lo envió a la Fiscalía y al Distrito; la defensa le muestra nuevamente la versión a la testigo, indicando que no fue un abogado al momento de la versión, que no recuerda que estuvo la Fiscal, que la versión solo la firman el Cabo de la Policía y ella; que el reporte de los datos se los dio la tutora, porque ella es como la madre de los niños, ella es la que tiene los datos; aclaró que la tutora es la profesora quien le dio los datos, ella solo es DECE, que ella conoció de estos hechos porque la tutora le dio a conocer, que ella no pudo informar en que año lectivo dio clases el señor Galo Cecilio, eso lo dijeron los niños.

La reproducción y lectura del testimonio anticipado del adolescente víctima de iniciales F.M.M.M.,

En lo principal indicó:

P.- Me podrías decir tus dos nombres y tus dos apellidos? R.- F.M.M.M. P.- Cuántos años tiene? R.- 11 años. P.-en que escuela estudias? R.- En la General Vicente Anda Aguirre. P.- Me puedes contar si es que ha ocurrido algo en el

establecimiento donde tu estudias? R.- Ya, ese profesor nos besaba a todos, pero algunos no, no sé si es que le gustaba algunos, pero a algunos no. P.- A quién te refieres cuándo dices ese profesor? R.- A Galo Zambrano. P.- Galo Zambrano que materias les daba? R.- Todas. P.- En qué año fue tu profesor? R.- Yo fui en 4to y duró hasta el 5to. Ya en 6to no estaba. P.- Era profesor suyo o de otro grado? R.- De nosotros, era profesor de mí. De todos los de mi grado. P.- Cuándo usted se refiere a que lo besaba en que parte de su cuerpo lo besaba? R.- En la boca. P.- Solamente lo besaba o de pronto toco alguna parte de su cuerpo. R.- Siempre quería coger el pene. Siempre cogía. P.- Alguna vez ustedes los estudiantes o usted le tocó alguna parte del cuerpo de él? R.- No le toque ninguna parte. P.- Cuándo usted me detalla que el profesor les besaba la boca, donde ocurría esto? R.- en el grado. Les mentía a los q estaban allí, les decía vengan a ayudarme a arreglar estas hojas. Y luego llamaba a otro, después a otro. P.- El profesor les hizo algún tipo de amenaza a los estudiantes o a usted? R.- Dijo así q iba a pasar esto. Pero no sé qué cosa iba a pasar. P.- De pronto algún ofrecimiento les ofrecía algo. R.- A todos nos ofrecía pero yo no aceptaba. Los otro que tampoco. P.-que les ofrecía? R.- Dinero. P.- Cuántas veces ocurrió aquello, una o más?. R.- Bastantes veces, como unas 50 siquiera. P.- Esto que me estás contando ahorita a mí, usted le contó a alguien en la escuela. R.- A la profesora yo le mentí, dice mi mami que no me ponía atención por lo que recién había pasado con mi hermano, había fallecido, pero yo solo le decía que me quite de la escuela, que me molestaban, pero eso no era, era por eso del profesor. P.- Cuándo usted dice que le mintió a la profesora exactamente a que se refiere usted con eso que dice que le mintió?. R.- Le mentí que yo le había dicho a mi mami. Ahí fue que yo conté que nos hacía esto el profesor, pero ahí ya le dije a la profesora. Le dije a mi mami que me sacara de la escuela porque aquí ya me molestaban no sé qué y mi mami no me ponía atención. Yo le decía que me sacaran porque me molestaban pero eso no era, era por lo del profesor. P.- Cómo se llama me puedes recordar tus nombres? R.- F.M. P.- Y tus apellidos?. R.- M.M. P.- Cuántos años me dijo que tenía?. R.- Once, en mayo cumplo los doce. P.- Hace cuánto tiempo tienes estudiando en la escuela Ana Aguirre?. R.- 4 años. P.- Desde que año estudia en esa escuela?. R.- Desde cuarto. P.- Antes de ir a esa escuela donde estudiaba?. R.- No me acuerdo, creo que era en la informática. Carita de Ángel no me acuerdo bien. P.- Actualmente quién es su profesor? R.- Profesora Melisa Palma actualmente. P.- Hace que tiempo le da clases la profesora Melisa a usted? R.- Desde 6to. P.- Me podría especificar en qué año estas actualmente? R.- Ahora estoy en séptimo. P.- Y la profesora Melisa le da a usted? R.- Sí. P.- Desde cuándo? R.- Desde 6to. P.- O sea desde el año pasado? R.- Sí. P.- Alguna vez usted le contó a la profesora sobre lo ocurrido con el profesor?. R.- Si le conté a la profesora hace 2 meses o 1 mes. P.- Ella le recomendó algo a usted, le indicó algo? R.- No. (Abuso Sexual, 2018).

Pruebas documentales por parte de Fiscalía

Como pruebas documentales la Fiscalía presentó:

- (i) Parte policial suscrito por la señora Cbos. de Policía Paola Morrillo Quijije, agente de la DINAPEN, donde consta la versión de la señora B.N.M.M.;
- (ii) Informe Policial elaborado por la señora Cbos. de Policía Paola Morrillo Quijije, agente de la DINAPEN;
- (iii) Denuncia presentada en la Fiscalía de Delitos Sexuales por el señor Ing. Carlos Centeno Mero, en su calidad de Director Distrital de Educación 13D01;
- (iv) Informe de Hecho de Violencia realizado por la señora Dolores Alcívar Roldán (personal del DECE) [fjs. 113-114];
- (v) Certificado Biométrico del ciudadano Zambrano Loor, emitido por la Coordinación Zonal 4 del Registro Civil, Identificación y Cedulación de Manabí-Santo Domingo, agencia Portoviejo [fjs. 115-116];
- (vi) Partida de Nacimiento del menor de iniciales F.M.M.M.; (vii) Acta de Testimonio Urgente de la víctima de iniciales F.M.M.M, Acta Resumen de Testimonio Urgente, CD (Abuso Sexual, 2018).

Estas pruebas fueron puestas a consideración de la defensa privada del procesado para que ejerza el derecho de contradicción, las mismas que fueron objetadas, principalmente los documentos, entre ellos el informe porque NUNCA fue sustentado por la persona que lo suscribe, ni siquiera se establece los nombres de las personas que lo hacen, nadie acudió a sustentar dicho informe.

Se evidencia de lo registrado la violación del Art. 454 del COIP, numeral 6; la denuncia no puede ser admitida como prueba, así como copias simples, porque se viola el Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República.

Medios probatorios presentados en la audiencia por la defensa privada

El testimonio del procesado Zambrano Loor. Este Tribunal, quien en audiencia decidió acogerse al derecho constitucional del silencio. Como medios probatorios

presentados en la audiencia constan: Anunció como prueba las sentencias de Corte Nacional.

Calificación jurídica del delito acusado:

En el marco teórico, se ha hecho una breve reseña de la calificación jurídica del delito de abuso sexual contemplado en el COIP, el bien jurídico tutelado que vulnera que es la libertad e indemnidad sexual, esta última concebida por la doctrina como:

Más que la libertad del menor o incapaz, libertad que irrecusablemente; no llega a existir en estos casos, se procura, en el caso del menor, dar protección a su libertad futura, o en otras palabras, la normal evolución; y desarrollo de su personalidad, para que; cuando se llegue a la adultez, pueda decidir en libertad; su proceder sexual; y, en el caso del incapaz, evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales (Muñoz, 2012, pág. 385).¹⁴

Como se advierte del estudio del tipo penal antes transcrito, el abuso sexual, se da cuando en contra de la voluntad del sujeto pasivo (víctima) se ejecutan actos de naturaleza sexual en el cuerpo de la víctima o se le obliga a realizarlos en el cuerpo del sujeto activo (victimario), indudablemente sin que exista penetración, pues en éste último caso estaríamos ante un delito de violación.

En tal virtud, le correspondía a al Tribunal de primera instancia, valorar, analizar, y razonar los medios de pruebas practicados para poder llegar a la decisión final, que era la de declarar la culpabilidad del procesado o ratificar su estado de inocencia.

¹⁴ Muñoz, F. (2012). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Jurista Editores.

Fundamentos del tribunal de primer nivel para declarar la culpabilidad.

La existencia material de la infracción, se transforma en requisito básico, que necesita ser demostrado en la audiencia de juzgamiento, esto es, que el hecho; con las características típica y antijurídica; se verificó en la realidad, en otras palabras, que el hecho efectivamente sucedió, esta existencia de la infracción, logra constituirse por los elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal, ello bajo el principio constitucional de legalidad, mismo que se implanta en la Norma superior como una garantía del debido proceso.

De lo antedicho, es obligación del Juzgador efectuar la verificación de los hechos, es decir, comprobar si los hechos que han sido introducidos al proceso; mediante los distintos medios de prueba, han logrado constituir una conducta penalmente relevante; situando en peligro un bien, o produciendo resultados lesivos, descriptibles y demostrables, y que lleguen a ajustarse a los elementos que integran el tipo penal.

En el caso, el principal argumento para declarar la culpabilidad del Señor Zambrano ha sido que tras la no existencia de testigos en este tipo de delitos, se acogerá al 100% lo testificado por el menor, ya que, este se convierte en el único testigo directo de ocurrido.

Lo antedicho, no se niega, en efecto, el testimonio de la víctima es prueba hábil, en consecuencia es prueba hábil e idónea y efectivamente consigue desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado, lo que se discute es la aplicación de

las pericias médicas, de carácter técnicos que corroboren la declaración de la víctima, pues, solo así, se consigue valorar su fiabilidad y credibilidad.

En el presente caso, bajo el argumento de que; no se puede analizar indistintamente la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del procesado, sino que al contrario, esta debe ser estructurada desde un argumento lógico concatenando con cada una de las circunstancias fácticas que rodean el caso traído a sede este Tribunal por la Fiscalía.

Para el Tribunal, el testimonio anticipado rendido por el niño de iniciales F.M.M.M., de 11 años de edad al momento de los hechos (según la copia de partida de nacimiento que consta a fs. 118 de autos, nació el día 08 de septiembre del 2006), es revelador; pues, objetivamente pese a su corta edad señaló hechos que tienen una secuencia lógica y un engranaje de detalles, que permiten inferir razonablemente que estamos ante un testimonio que goza de persistencia, credibilidad y coherencia, señalando en su léxico infantil , que su profesor Zambrano Loor, cuando le daba clases en la escuela le besaba en la boca y siempre le quería coger el pene, (lo que el Tribunal deduce se trata de su escuela General Vicente Anda Aguirre, lugar donde el niño estudiaba, como lo señaló su maestra Melissa Palma Kuffó, persona ante la cual el niño mientras tenían una charla sobre el acoso y el abuso sexual que dicha maestra estaba reforzando, varios de los chicos le comentaron que ellos habían tenido un maestro en los años anteriores, y del cual sentían que habían sido abusados por él.

Siguiendo su análisis el Tribunal señala:

.... que las iniciales de los menores son: M.M.F.N.; M.S.J.L. y M.M.J.A.; que con relación al niño de iniciales M.M.F.N., (víctima en esta causa) él fue el que

comenzó a comunicarse con ella, o sea, que él fue el primer niño que habló y él le dijo de que el anterior maestro los besaba en la boca y que una vez le dejó el labio hinchado, manifestando que le había comunicado eso a la mamá, pero la mamá no había hecho nada), lo que además se encuentra corroborado a través del informe de investigaciones donde consta el croquis del lugar de los hechos elaborado por la señor Cbos. de Policía Paola Morrillo Quijije. (...) Se encuentra comprobada la responsabilidad penal del procesado Zambrano Loor, como la persona que realizaba actos de naturaleza sexual en contra de la indemnidad de la víctima F.M.M.M. Como se advierte de los testimonios antes expuestos, el ciudadano Zambrano Loor, docente de la víctima F.M.M.M., le obligó a involucrarse en actividades de carácter sexual, perpetradas por una persona que además de superarle en edad, gozaba de una posición de confianza por ser parte su profesor y como la persona que le daba clases en la escuela General Vicente Anda Aguirre, donde estudiaba la víctima... (Abuso Sexual, 2018)

Como hecho probados, para el Tribunal, el profesor si daba clases en la mencionada escuela, en los períodos lectivos del 2014 al 2015, del 2015 al 2016, **(Fiscalía ni si quiera presentó documentos que acrediten al acusado como profesor, mucho menos profesor de la escuela, y menos aún profesor en el año 2014 donde sucedió el supuesto abuso)**. A este Juzgador no le queda duda que efectivamente existió el delito de abuso sexual en el menor de iniciales F.M.M.M., cuyo autor es el procesado.

El argumento final del fallo escrito, expresa que el procesado, por su parte no ha logrado desvirtuar la prueba de cargo que existe en su contra, como ha sido estudiada y analizada ut supra, porque además no presentó ninguna prueba que pueda alcanzar una duda en estos Juzgadores; además no se observa ningún tipo de resentimiento o ánimo espurio que tenga la víctima de iniciales F.M.M.M., en contra del procesado.

La defensa alegó en este caso, que el testimonio anticipado del menor claramente indica que le mintió a su mamá, señalando que como se puede creer en un testimonio de una persona que efectivamente le miente a la madre y que con tal antecedente podría mentirle al resto, y que por eso el testimonio del menor debió ser corroborado con una pericia técnica científica; ante esto, este Tribunal manifiesta; que la propia víctima supo explicar en su testimonio anticipado que le mintió a la mamá cuando indicó:

...que a su profesora le mintió, dice su mami dice que no le ponía atención por lo que recién había pasado con su hermano, había fallecido, pero solo le decía que le quite de la escuela, que le molestaban, pero eso no era, era por eso del profesor, que se refiere que le mintió que él le había dicho a su mami. Ahí fue que le contó que nos hacía esto el profesor, pero ahí ya le dijo a la profesora, le dijo que le sacara de la escuela porque aquí ya le molestaban, pero eso no era, era por lo del profesor...

Con esa transcripción, se desecha esta alegación de la defensa, sin más argumentos, y resuelve declara la culpabilidad, es decir, no se ha utilizado nign parámetro en la valoración de las pruebas tendientes a la presunción de inocencia, ni por parte de Fiscalía al iniciar su investigación, ni por parte del Juzgador al emitir su fallo.

Consideraciones finales del análisis

De los elementos probatorio

En primer lugar los elementos probatorios que se han aportado en este caso así como principios fundamentales que rigen al proceso penal como lo son el In Dubio Pro Reo y presunción de inocencia, los que se considera se han visto afectado por parte de Juez y fiscalía en esta primera instancia.

De la idea a defender

La idea a defender, basada en los hechos suscitados en el caso es que se han vulnerado estos principios por insuficiencia de las pruebas, pues a criterio de estos investigadores, la Fiscalía no ha podido demostrar la existencia del nexo causal entre el hecho y el encausado.

Primero, en el presente caso las pruebas que ha presentado la fiscalía no llevaron al convencimiento de la comprobación conforme a derecho de la materialidad de la infracción y la responsabilidad penal del acusado, la causa se encuentra en apelación y por ello el recurso debería ser aceptado.

En la audiencia de Juzgamiento fiscalía dijo que entre otras cosas iba a probar y no probó:

- a. Los presupuestos del delito de abuso sexual
- b. Que el señor era profesor de la escuela a la fecha de los hechos.
- c. La adecuación de la conducta al tipo.
- d. Que a la fecha, efectivamente el era profesor y el menor de iniciales MMFM, era su alumno y que aquí se había producido un abuso.

Estos eran los hechos a probar, es decir, la Fiscalía tenía que probar que en el año 2014 el señor Galo Cecilio Zambrano Loor. La fiscalía solo presentó la investigación de un agente investigador de la DINAPEN, presentó a la directora de la escuela recién en el año 2017, que no era directora de la escuela en el periodo 2014,

cuando comenzó el supuesto abuso, de la Sra. Dolores Alcívar Roldán que trabajaba en el DS y que supuestamente tuvo entrevista con los menores, ninguna de las dos son peritos, solo son testigos supuestamente de oído.

La sentencia señala que el menor como es común en este tipo de delitos ha quedado afectado y traumatado, cuando aquí no se ha efectuado ningún tipo de pericia psicológica que acredite que el relato del menor tenga similitud para acreditar estos hechos, es decir que el testimonio de la víctima por sí solo no puede constituir un valor de prueba, tienen que haber otras pruebas periféricas que acrediten lo aseverado por el menor.

El Sistema valorativo de la prueba en base al convencimiento del juzgador, ya que en lo referente a esto, el COIP apuesta por un cambio de sistema de valoración, que se basa en el convencimiento del juez más allá de toda duda razonable. Esto implica que la prueba ya no es de certeza y que puede constituirse en prueba técnica o científica que pueda llevar al juez al convencimiento de la existencia del delito y la culpabilidad del procesado.

La prueba, en su conjunto, se articula con el propósito de que el Juez pueda convencerse tanto de la existencia del hecho y sus circunstancias materia de la investigación, así como de la responsabilidad del procesado; acorde al artículo 453 del COIP, el fiscal debe llegar a convencer al juez de que la prueba que presenta es suficiente para establecer tanto la existencia del hecho, así como de la responsabilidad del procesado, para la imposición de una pena que debe basarse en pruebas técnicas y científicas, lo que en la presente causa NO ha ocurrido.

Es evidente que no se ha comprobado el elemento constitutivo del abuso sexual en el menor, F.M.M.M, la existencia material de la infracción requisito básico, que necesitaba ser demostrado en el juicio, con la intención de justificar que el hecho típico y antijurídico tuvo verificación en la realidad, es decir, que el hecho efectivamente sucedió, pues esta existencia de la infracción, debe ser constituida en elementos objetivos, normativos y subjetivos del tipo penal, en razón del principio de legalidad, como garantía del debido proceso en el Art. 76 numeral 3 de la Constitución, en concordancia con el Art. 5.1 del COIP.

En Efecto, si bien es cierto que el testimonio de la víctima constituye una prueba directa, capaz de lograr romper el principio de inocencia, sin embargo, siempre el testimonio debe ir acompañado de datos que lo corroboren, pues caso contrario, el tomarlo como única prueba de materialidad y responsabilidad del procesado, sería tornar al juicio penal en una mera formalidad que terminaría inevitablemente en una sentencia condenatoria.

Es así, que es obligación de los operadores de justicia; examinar en conjunto todo el acervo probatorio, para determinar los elementos que le acrecienten o resten credibilidad de dicho testimonio.

En el testimonio del menor, no existe coherencia y su detalle es indeciso, narra situaciones que luego las contradice, en especial que fueron prácticamente todos los niños abusados por el profesor, y resulta que es el único menor que presenta la denuncia, y que Fiscalía además no llamó a rendir versiones ni testimonios a ninguno de los

compañeros de grado que a decir del menor víctima fueron también agredidos por el profesor, y no solo una vez sino como cincuenta veces como así lo detalla el menor al rendir su testimonio anticipado.

Dice además, que el si le contó a la profesora de lo sucedido, pero que ella (la profesora) no le dijo nada, cuando el menor empieza su narración indica o da a entender que la profesora le sugirió que el supuesto abuso tiene que contarle a su mamá, y que a su vez esta no le prestaba atención; madre que tampoco compareció a colaborar con el caso, menos aún a rendir testimonio.

No se justificó con ninguna prueba periférica la afectación que habría tenido el menor, resultando para este caso muy importante que se haya practicado una pericia psicológica por un profesional legalmente acreditado al Consejo de la Judicatura y este a su vez hubiera indicado su afectación o trastorno.

Tampoco rindió testimonio la madre del menor supuestamente afectado, también prueba importantísima para contrarrestar o aparejar el testimonio anticipado de la víctima. Fiscalía tampoco tomó contacto con los otros menores supuestamente afectados por el profesor y que a su vez según el testimonio que rindió la víctima fueron sus compañeros.

Fiscalía tampoco llamo a declarar a la Directora encargada para que corrobore lo indicado por el menor y la Agente de la DINAPEN, también indica la testigo que todo fue comunicado a la madre del menor, a quien Fiscalía por intermedio de cualquier medio debía haber tomado su versión y llevarle al Tribunal a rendir su testimonio.

Fiscalía no acreditó con prueba documental ni siquiera la calidad de profesor del supuesto agresor, ni tampoco la calidad de alumno de la supuesta víctima. En esta línea argumentativa, el testigo de oídas, es aquel testigo que relata hechos que no han percibido por sus propios sentidos y que sólo conocen por el dicho de otras personas.

Sus declaraciones podrán estimarse como base de una presunción judicial, pero es válido el testimonio de oídas cuando el testigo se refiere a lo que oyó decir a alguna de las partes, en cuanto de este modo se esclarezca o explique el hecho de que se está tratando.

Este testimonio, también denominado indirecto o de referencia, acredita el relato que otro hizo respecto de un suceso, pero no su veracidad. Y aunque esto no implica que deba ser rechazado, hace necesario estudiar cada caso en particular, para analizar de manera razonable su credibilidad, de acuerdo con las circunstancias personales y sociales del testigo, así como las de la fuente de su conocimiento, pues no presenció el desarrollo de los sucesos y, por ende, no existe un real acercamiento al hecho que se pretende verificar.

Por otra parte, las pericias médico-legista y psicológica, son los medios adecuados para probar la violencia ejercida en la persona de la víctima y las secuelas psíquicas, las mismas que se pueden manifestar en forma corporal, psicológica o moral; esto es, la evidencia puede manifestarse a través de la materialidad corpórea de la víctima; de las lesiones no corpóreas, de orden psicológico, que afectan a su actitud; y de naturaleza moral, que vulneren las convicciones de la persona.

En el caso analizado, **no existe la materialidad de la infracción conforme a derecho, y al no existir aquello, nace la duda, misma que será aplicada en base al principio de lo más favorable al reo**, siendo innecesario analizar la responsabilidad penal del acusado.

Sin embargo de lo antedicho, tampoco se evidencia la aplicación de este otro principio que es de carácter constitucional y de inmediata aplicación, para el eficaz ejercicio de los Derechos, y para la verdadera justicia. No se ve establecido en el caso, el umbral de suficiencia, sobre el cual el operador de justicia, poseerá el parámetro que lo lleven a declarar un hecho por probado, de tal forma, no permite determinar cuándo la presunción de inocencia ha sido superada.

Además, al no establecerse los parámetros sobre los cuales el operador de justicia tiene que contrastar su decisión de tener por probado un hecho, este estándar de prueba que se ha utilizado en el caso, logra convertirse en incompatible con el fin de la búsqueda de la verdad que le cabe al proceso.

Por último, al no establecerse parámetros de la presunción, la motivación escasea, el Juzgador, no logra dar las razones claras del porque ha declarado la culpabilidad, y de por qué se vio superada la presunción de inocencia, abriendo una puerta a la arbitrariedad.

Conclusiones

En el presente caso, los medios probatorios aportados por la Fiscal de ninguna forma cumplen con los requisitos básicos expuestos, es decir no existe una variedad de elementos que conlleven a una sola y lógica verdad procesal en relación a la responsabilidad del señor Zambrano Loor en el hecho por el que ha sido juzgado; y por el contrario, la prueba evacuada genera claras dudas en el Tribunal sobre la existencia de un nexo causal entre el hecho y el encausado.

La duda es el producto de una actividad judicial, que es diferente a que se ponga en duda la premisa mayor de la presunción que protege al ciudadano procesado, es de la duda surgida de la falta de prueba de cargo, o, que de la aportada no tienen la capacidad de lograr la demostración del imputado que delinquirió, que lleva implícita una actividad mínima de los acusadores, en este caso no se aplica y en base a esta duda se debió absolver.

El caso, que fue puesto en conocimiento de la Sala de lo Penal en apelación, logro que se revoque la sentencia por insuficiencia de pruebas, y por las consideraciones que estos investigadores hemos realizado, es decir, porque no se han respetado los parámetros de la presunción de inocencia para la efectiva valoración de la prueba.

Los De este modo, el juzgador como aplicador de la ley, que en este caso es el Código Orgánico Integral Penal, ha de cumplir con todo y cada uno de los parámetros que el mismo le flanquea, pues si esta se excede, o no se aplica, el operador de justicia logra convertirse en el principal generador de inseguridad jurídica.

Los parámetros de la presunción de inocencia que han sido vulnerados en el caso, son respecto de las pruebas presentadas por fiscalía, se ha dictado sentencia condenatoria acogiendo un informe del cual la Fiscalía no había efectuado la investigación.

La sentencia se basa, en el testimonio del menor, el mismo que no fue sometido a ninguna valoración que corrobore dicho testimonio, le dice que si a este testimonio porque como es menor debe creérsele, aun cuando se ha probado que el menor tiende a mentir.

Es verdad que, no todas las conductas logran encajarse dentro de los parámetros de aplicabilidad de la presunción, pero si encajan conductas como estas, en donde un hecho no ha sido probado, por las características del delito, de los hechos, era susceptible de ser referidas a un juicio de inocencia.

Bibliografía

- Asamblea Nacional. (2014). “*Código Orgánico Integral Penal*”. Ecuador Gráficas Ayerve C. A.
- Balsells, M. (2014). *Diferencias entre el derecho a la presunción de inocencia y el principio in dubio pro reo*. Barcelona: El Jurista
- Cerda San Martín, Rodrigo. (2011). *El Nuevo Proceso Penal*. Lima: Editorial Grijley.
- Durán, E. (2012). *Manual de Derecho Procesal*. Quito: Edino
- Ecuador. Corte Constitucional del Ecuador. (2017). *Ficha de Relevancia Constitucional: expediente 0048-17-JH*. Recuperado: [19, julio 2019]. Disponible en: [<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/seleccion/seleccion/ficha.php?metodo=generarFichaHtml&caso=0048-17-JH>].
- Ferrajoli, Luigi. (2001). *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Jurado, Alberto. (2014). *¿Qué son Elementos de Convicción?*. Recuperado: [10, agosto 2018]. Disponible en: [<http://www.alc.com.ve/elementos-de-conviccion/>].
- Luzón, D. (2013). *Curso de Derecho Penal Parte General*. Barcelona: Universitas S.A.
- Muñoz, F. (2012). *Derecho Penal Parte Especial*. Lima: Jurista Editores.
- Ortiz, Mario. (2013). *El Principio De Objetividad*. El nuevo proceso penal. Recuperado: [08, agosto 2019]. Disponible en: [<http://blog.pucp.edu.pe/blog/nuevoprocesopenal/2013/12/07/el-principio-de-objetividad/>]
- Rodríguez-Pinero, M. (2006). *Carga de la prueba y presunción de inocencia en el proceso de despido*. Bogotá: Temis.
- Sainz, J. (1982). *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*. Barcelona: Bosch.

- Sotomayor, G. (2016). *Principios constitucionales y legales*. Quito: Lexcorp.
- Suarez, G. (1980). *Las nuevas relaciones laborales, y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Pirámide.
- Vaca, R. (2009). *Manual de derecho Procesal penal*. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Zúñiga, M. (2017). *El Derecho a la Defensa En El Procedimiento Directo Sustanciado en el Código Orgánico Integral Penal..* Recuperado: [19, julio 2019]. Disponible en: [http://repositorio.pucesa.edu.ec/bitstream/123456789/2161/1/76583.pdf].