



# **UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLÍVAR**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA CIENCIAS SOCIALES Y**

**POLÍTICAS**

**CARRERA DE DERECHO**

**ESTUDIO DE CASO PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE**

**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA**

**REPÚBLICA DEL ECUADOR**

**TEMA:**

“ESTUDIO DEL CASO N°06571-2020-01313, POR EL DELITO DE ABUSO SEXUAL EN EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTÓN RIOBAMBA, RESPECTO DEL EJERCICIO DE LA SUBSUNCIÓN LEGAL Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL, COMO GARANTÍA DE UNA ADECUADA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”

**Autora:**

ANDREA KATHERINE CORONEL DAHIK

**Tutor:**

Mgtr. JUAN CARLOS YANEZ CARRASCO

**Guaranda -Ecuador**


2021

**CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA**

Yo, Mgr. **Juan Carlos Yáñez Carrasco**, en calidad de Tutor del Estudio de Caso con modalidad de titulación contemplada legalmente en el Reglamento de la Unidad de Titulación de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas; designado mediante Resolución de Consejo Directivo, bajo juramento certifico: que la señorita Andrea Katherine Coronel Dahik, egresada de la Universidad Estatal de Bolívar, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas, Carrera de Derecho a cumplido los requerimientos del caso en lo que respecta al Análisis o Estudio de Caso previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales y Juzgados de la República, con el tema: “Estudio del caso N° 06571-2020-01313, por el delito de abuso sexual en el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, respecto del ejercicio de la subsunción legal y discrecionalidad judicial, como garantía de una adecuada administración de justicia” habiendo trabajado conjuntamente en el desarrollo del mismo con la investigadora constatando que el trabajo realizado es de autoría de la tutoriada por lo que se aprueba el mismo

Es todo cuando pueda decir en honor a la verdad, facultando a la interesada, hacer uso del presente, así como también se autoriza la presentación para la calificación por parte del Tribunal respectivo.

Atentamente,



Mgr. Juan Carlos Yáñez Carrasco

**Tutor**

## CERTIFICADO URKUND

Inicio x Recibidos (272) - jyanez@ueb.ec x D110135878 - PROYECTO FINAL x

secure.orkund.com/old/view/104988298-573785-861101#q1bKLVayio7VUSrOTM/LTMtMTsxLTIWymqgFAA==

Aplicaciones Cambridge LMS Simulador de crédito... Sistema de gestión... Recibidos (103) - jy... FORMACIÓN JURÍD... Facultad de Ciencia... Recibidos (681) - jy... Lista de lectura

**URKUND** Abrir sesión

Documento	Lista de fuentes Bloques															
PROYECTO FINAL ANDREA KATHERINE CORONEL DAHIK.docx (D110135878)	<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr><td><input type="checkbox"/></td><td>TESIS URKUND MA. ANGELES FLORES .pdf</td><td><input type="checkbox"/></td></tr> <tr><td><input type="checkbox"/></td><td>es mio el final.docx</td><td><input type="checkbox"/></td></tr> <tr><td><input type="checkbox"/></td><td>TESIS DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LOS DELITOS DE TRANSITO.docx</td><td><input type="checkbox"/></td></tr> <tr><td><input type="checkbox"/></td><td>final BRYAN ANTONIO BAZURTO OLAYA.docx</td><td><input type="checkbox"/></td></tr> <tr><td><input type="checkbox"/></td><td>GRUPO #10.docx</td><td><input type="checkbox"/></td></tr> </table>	<input type="checkbox"/>	TESIS URKUND MA. ANGELES FLORES .pdf	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	es mio el final.docx	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	TESIS DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LOS DELITOS DE TRANSITO.docx	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	final BRYAN ANTONIO BAZURTO OLAYA.docx	<input type="checkbox"/>	<input type="checkbox"/>	GRUPO #10.docx	<input type="checkbox"/>
<input type="checkbox"/>	TESIS URKUND MA. ANGELES FLORES .pdf	<input type="checkbox"/>														
<input type="checkbox"/>	es mio el final.docx	<input type="checkbox"/>														
<input type="checkbox"/>	TESIS DEBER OBJETIVO DE CUIDADO EN LOS DELITOS DE TRANSITO.docx	<input type="checkbox"/>														
<input type="checkbox"/>	final BRYAN ANTONIO BAZURTO OLAYA.docx	<input type="checkbox"/>														
<input type="checkbox"/>	GRUPO #10.docx	<input type="checkbox"/>														
Presentado 2021-07-04 22:13 (-05:00)																
Presentado por andycoro1987@gmail.com																
Recibido jyanez.ueb@analysis.orkund.com																
Mensaje PROYECTO FINAL ANDREA CORONEL DAHIK <a href="#">Mostrar el mensaje completo</a>																
0% de estas 48 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.																

0 Advertencias. Reiniciar Exportar Compartir

en el Tribunal de Garantías Penales  
con sede en el cantón Riobamba,  
respecto

del ejercicio de la subsunción legal y discrecionalidad judicial, como garantía de una adecuada administración de justicia"

habiendo trabajado conjuntamente en el  
desarrollo del mismo con la investigadora constatando  
que el trabajo realizado es de autoría de  
la tutoría por lo que se aprueba el mismo Es todo cuando pueda decir en honor a la verdad,  
facultando a la interesada, hacer uso del presente, así como también se autoriza la presentación para la calificación por parte  
del Tribunal respectivo. Atentamente,  
Mgtr. Juan Carlos Yáñez Carrasco Tutor  
Declaración de autenticidad de autoría Yo, Andrea Katherine Coronel Dahik,

ES 22:34 04/07/2021

*Juan Carlos Yáñez Carrasco*

**CEDULA DE IDENTIDAD Y NOTARIO**



### DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA

Yo, **Andrea Katherine Coronel Dahik**, egresada de la Carrera de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro de forma libre y voluntaria que el presente Estudio de Caso, con el tema: "Estudio del caso N° 05/01-2020-01313, por el delito de abuso sexual en el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, respecto del ejercicio de la subsunción legal y de los conflictos Judicial, como garantía de una adecuada administración de justicia" ha sido realizado por mi persona con la dirección de mi tutor el Mgtr. Juan Carlos Yáñez Carrasco, Docente de la Carrera de Derecho, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Estatal de Bolívar, por lo tanto, este es de autoría, dejando a salvo el criterio de terceros que son citados a lo largo del desarrollo del presente estudio jurídico y doctrinario del caso, en tal virtud eximo a la Universidad y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.




Atentamente,

Andrea Katherine Coronel Dahik


**Autora**



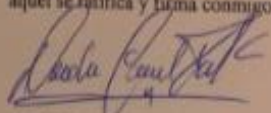
**Notaria Tercera del Cantón Guaranda**  
Msc. Ab. Henry Rojas Narvaez  
Notario





Nº ESCRITURA 20210201003P01093  
DECLARACION JURAMENTADA  
OTORGADA POR:  
ANDREA KATHERINE CORONEL DAHIK  
INDETERMINADA  
DI: 2 COPIAS  
L.L.  
Factura: 001-001-000009876



En la ciudad de Guaranda, capital de la provincia Bolívar, República del Ecuador, hoy día catorce de julio de dos mil veintiuno, ante mi Abogado HENRY ROJAS NARVAEZ, Notario Público Tercero del Cantón Guaranda, comparece la señora ANDREA KATHERINE CORONEL DAHIK divorciada, ocupación servicios independientes, domiciliada esta ciudad de Guaranda, celular 0961324309, correo electrónico e [andycoro1987@gmail.com](mailto:andycoro1987@gmail.com) por sus propios y personales derechos, obligarse a quien de conocerla doy fe en virtud de haberme exhibido sus documentos de identificación y con su autorización se ha procedido a verificar la información en el Sistema Nacional de Identificación Ciudadana, bien instruida por mi el Notario con el objeto y resultado de esta escritura pública a la que procede libre y voluntariamente, advertida de la gravedad del juramento y las penas de perjurio, me presenta su declaración Bajo Juramento declaran lo siguientes "Previo a la obtención del título de Abogada, manifiesto que el criterio e ideas emitidas en el presente trabajo de investigación titulado " ESTUDIO DEL CASO N°06571-2020-01313, POR EL DELITO DE ABUSO SEXUAL EN EL TRIBUNAL DE GARANTÍAS PENALES CON SEDE EN EL CANTON RIOBAMBA, RESPECTO DEL EJERCICIO DE LA SUBSUNCIÓN LEGAL Y DISCRECIONALIDAD JUDICIAL, COMO GARANTÍA DE UNA ADECUADA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA", es de mi exclusiva responsabilidad en calidad de autor". Es todo cuanto puedo declarar en honor a la verdad, la misma que la hago para los fines legales pertinentes. HASTA AQUÍ LA DECLARACIÓN JURADA. La misma que elevada a escritura pública con todo su valor legal. Para el otorgamiento de la presente escritura pública se observaron todos los preceptos legales del caso, leída que les fue al compareciente por mi el Notario en unidad de acto, aquel se ratifica y firma conmigo de todo lo cual doy Fe.

  
ANDREA KATHERINE CORONEL DAHIK  
C.C. 0201351285

  
AB. HENRY ROJAS NARVAEZ  
NOTARIO PUBLICO TERCERO DEL CANTON GUARANDA



## DEDICATORIA

*“No dejes nunca que las dudas secuestren tu corazón, ni que la incertidumbre te agobie”*

Agradezco a Dios por darme fortaleza a diario, mostrarme el camino, aunque en ocasiones no entienda sus designios, solo puedo aseverar que estos son perfectos, su injerencia es notoria al haber enviado a mi vida la mayor bendición y motor de mi vida para cumplir esta meta y todas las venideras, luz de mis ojos este logro te lo dedico a ti hijo mío, mi Joaqui, tú cambiaste mi vida y me enseñaste que los únicos límites nos lo ponemos nosotros mismos, y que cuando existe un amor tan grande como el que siento por ti, los límites no existen.

A mis padres Thelma y Clemente, quienes desde niña me mostraron con su ejemplo la determinación, convicción y fuerza que se necesita para alcanzar las metas y sueños, sin su apoyo nada de esto hubiera sido posible, por ayudarme a cada paso y confiar en que una decisión podía cambiarme la vida, por ser padres para mi hijo y brindarle su amor y apoyo en mis horas de ausencia para convertirme en una profesional.

A mi Mamita Nancita que toda la vida ha estado ahí para apoyarme, siempre llena de palabras de amor y sabiduría, apoyándome con la convicción de que en todo lo que me proponga lo voy a conseguir, siempre ha confiado en mí y siempre me ha dicho que estoy para hacer cosas maravillosas y gigantescas.

Y no podía faltar mi Papi Henry, que desde el cielo me da su bendición y guía, y sé que siempre tendré en mi corazón su amor y ejemplo.

Sin ustedes nada de esto sería posible y es por esta razón que esto va por ustedes y para ustedes, los amo con todo mi corazón.

¡Confía en Dios!

*Andrea Katherine*

## AGRADECIMIENTO

*“El futuro tiene muchos nombres. Para los débiles es lo inalcanzable. Para los temerosos, lo desconocido. Para los valientes es la oportunidad.”*

En este hermoso camino, tuve la dicha y la alegría de conocer personas maravillosas de las cuales he aprendido muchísimo, pero en especial hubo una persona a la cual le debo todo el ímpetu y las ganas de ser una excelente profesional, una persona que demostró desde el primer día principios, valores y una convicción inquebrantable de lo que es ser un profesional en esta prestigiosa carrera.

Desde la primera vez que lo escuche dije “Yo quiero ser como Él” ya que goza de toda mi admiración, confianza y respeto siempre dispuesto a guiarme, enseñarme el camino correcto y darme su mano como un Docente y un amigo.

Por estas razones quiero agradecer al Dr. MARCO VINICIO CHAVEZ TACO Mgtr, por su guía y por todo lo que ha aportado a mi vida como profesional y ser humano en cada peldaño de este camino tan hermoso. Dios lo bendiga siempre Sen Sei.

De la misma manera al Dr. JUAN CARLOS YANEZ CARRASCO, siempre presto a brindar su apoyo y conocimiento para tomar un camino adecuado en la formación profesional, mostrando altruismo y dedicación de su parte para alcanzar los objetivos estudiantiles, y ha sido un ejemplo para las decisiones de vida.

Infinitas gracias por tanto que han aportado a mi vida, siempre espero conservar esa gran amistad y tener el honor de llamarlos colega.

*Andrea Katherine*



**TEMA**

“Estudio del caso N° 06571-2020-01313, por el delito de abuso sexual en el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, respecto del ejercicio de la subsunción legal y discrecionalidad judicial, como garantía de una adecuada administración de justicia”

## ÍNDICE

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA .....	II
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
CERTIFICADO URKUND.....	III
DEDICATORIA .....	V
AGRADECIMIENTO .....	VIII
TEMA.....	IX
ÍNDICE.....	X
RESUMEN .....	XIII
GLOSARIO DE TÉRMINOS .....	XIV
INTRODUCCIÓN.....	XVIII
Capítulo I .....	- 1 -
<b>1. Planteamiento del caso a ser investigado .....</b>	<b>- 1 -</b>
<b>1.1. Presentación del caso.....</b>	<b>- 1 -</b>
<b>1.2. Objetivo del análisis o estudio de caso .....</b>	<b>- 5 -</b>
<b>1.2.1. Objetivo General .....</b>	<b>- 5 -</b>
CAPÍTULO II .....	- 7 -
<b>2. Contextualización del caso .....</b>	<b>- 7 -</b>
<b>2.1. Antecedentes del caso .....</b>	<b>- 8 -</b>
<b>2.2. Fundamentación teórica del caso .....</b>	<b>- 23 -</b>
<b>2.2.1. Derecho.....</b>	<b>- 23 -</b>
<b>2.2.1.1. Derecho Doctrinario.....</b>	<b>- 24 -</b>

2.2.2.	El Debido Proceso .....	- 24 -
2.2.3.	La subsunción legal.....	- 27 -
2.2.4.	La Discrecionalidad judicial .....	- 36 -
2.2.5.	Delito .....	- 42 -
2.2.6.	El Bien Jurídico Protegido .....	- 43 -
2.2.7.	Delitos contra la integridad sexual y reproductiva .....	- 44 -
2.2.7.1.	Abuso sexual .....	- 44 -
2.2.7.2.	El Bien Jurídico Protegido .....	- 45 -
2.2.7.2.1.	Bien Jurídico protegido en el abuso sexual .....	- 46 -
2.2.9.	La motivación .....	- 46 -
	Motivación expresa.....	- 47 -
	Motivación clara .....	- 47 -
	Motivación completa .....	- 48 -
	Motivación legítima .....	- 48 -
	Motivación lógica .....	- 49 -
2.2.9.1.	Falta de motivación de la sentencia .....	- 49 -
	Motivación Aparente .....	- 50 -
	Motivación insuficiente .....	- 51 -
	Motivación defectuosa .....	- 51 -
	Motivación excesiva .....	- 52 -
	El voto salvado .....	- 52 -
2.2.10.	Los medios de impugnación.....	- 53 -
2.2.11.	El ejercicio de la acción penal .....	- 65 -
2.2.11.1.	Ejercicio de Acción Penal Privada, como el procedimiento para seguir el delito de Estupro.....	- 65 -

<b>2.2.11.2. Ejercicio de Acción Penal Pública en el delito de Abuso sexual. ....</b>	<b>67 -</b>
CAPÍTULO III .....	- 78 -
<b>3. Descripción del trabajo investigativo realizado .....</b>	<b>- 78 -</b>
<b>3.1. Redacción del cuerpo del estudio de caso .....</b>	<b>- 78 -</b>
CAPITULO IV .....	- 80 -
<b>4. Resultados de la investigación realizada.....</b>	<b>- 80 -</b>
<b>4.1. Resultados de la investigación .....</b>	<b>- 80 -</b>
CONCLUSIONES.....	- 84 -
BIBLIOGRAFÍA .....	- 86 -

## RESUMEN

El trabajo de investigación que se pone a consideración del lector, constituye un análisis profundo respecto del ejercicio de la subsunción legal y discrecionalidad judicial, como garantía de una adecuada administración de justicia; dentro de un proceso penal en el cual se va a determinar derechos, responsabilidades y obligaciones a las personas implicadas en el mismo.

El caso estudiado, fue juzgado y sentenciado por el Tribunal de Garantías Penales del cantón Riobamba, sobre el delito de abuso sexual tipificado en el Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal “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”.

En el caso de estudio, el Tribunal de Garantías Penales del cantón Riobamba al realizar el ejercicio de la subsunción legal, encuentra que no se han cumplido con los elementos constitutivos del tipo penal del Art. 170 del COIP, por tanto dicta sentencia ratificando el estado de inocencia del procesado, la que fue apelada por fiscalía.

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, al conocer y resolver el recurso de apelación planteado, mediante voto de mayoría, sin motivar su decisión, revoca la sentencia recurrida y dicta sentencia condenatoria en contra del acusado recurriendo a la discrecionalidad judicial.

El voto salvado, por su parte, concuerda con el razonamiento del el Tribunal de Garantías Penales del cantón Riobamba y confirma la sentencia subida en grado

## GLOSARIO DE TÉRMINOS

**Acción Penal:** Es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional ante un hecho que la ley describe como delito. En consecuencia, este poder jurídico es común en el ejercicio de la acción penal del Ministerio Público y, en su caso, de la víctima. (Cabanellas 2011)

**Apelación:** (Procedimiento General) Recurso de derecho común (ordinario) de reforma o de anulación mediante el cual un litigante lleva el proceso ante una jurisdicción de grado superior.

Recurso que la parte cuando se considera agraviada por In resolución de un juez o tribunal, eleva a una autoridad judicial superior: para que, con el consentimiento de la cuestión debatida, revoque, modifique o anule la resolución apelada. Pueden apelar, por lo general, ambas partes litigantes. (Enciclopedia jurídica, 2020, <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/apelaci%C3%B3n/apelaci%C3%B3n.htm>)

**Competencia:** La competencia es la capacidad funcional genérica derivada de la ley que otorga el Estado a una institución administradora de justicia a una persona, para que pueda realizar los actos que le permite efectuar el mandato legal dentro del marco de sus funciones. (Cabanellas 2011).

**Condena:** Sujeto contra quien se ha pronunciado sentencia, bien sea en asunto civil o en causa criminal”. (Cabanellas 2011).

**Culpabilidad:** La culpabilidad, en Derecho penal, es el juicio de imputación personal, es decir, supone la reprochabilidad del hecho ya calificado como típico y antijurídico, fundada en el desacato del autor frente al Derecho por medio de su conducta, mediante la cual menoscaba la confianza general en la vigencia de las normas. El problema de la culpabilidad es central en el Derecho penal, por cuanto determina finalmente la posibilidad de ejercicio del ius puniendi”. (Klein 1984).

**Daño:** Consiste en que una persona (el sujeto activo del delito) provoca una destrucción o un menoscabo en una cosa ajena (mueble o inmueble) que disminuye su valor patrimonial económico”. (Cabanellas 2011).

**Debido proceso:** Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo en cuanto posibilidad de defensa y producción de pruebas (Enciclopedia jurídica, 2020, <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/debido-proceso-legal/debido-proceso-legal.htm>)

**Discrecionalidad judicial:** La discrecionalidad judicial, incluso dentro de un Estado Social de Derecho, implica una actividad jurídica de orden técnica, donde los jueces con las competencias que les son conferidas por el ordenamiento jurídico, solo se pueden inhibir de la aplicación de un precepto normativo al considerarlo antijurídico, y en ese sentido apoyar su punto decisorio en otro acápite normativo que permita, proporcionalmente, llegar a una decisión que no contrarié los principios del derecho del territorio donde se pretenda satisfacer la seguridad jurídica, a su vez esto se encuentra sometido al respectivo control judicial, para garantizar la legitimidad y legalidad propia de su actuación.(Florez, 2020).

**Doctrina:** “Conjunto de ideas, enseñanzas o principios básicos defendidos por un movimiento religioso, ideológico, político”. (Cabanellas 2011).

**Ejercicio de la Acción Penal Privada:** “Tiene una pretensión, cual es la de obtener la aplicación del Derecho Penal a través del proceso, y finalmente llegar a la imposición de la pena al responsable del delito, con lo que se estaría cumpliendo la pretensión punitiva”. (Klein 1984).



**Ejercicio de la Acción Penal Pública:** “La Fiscalía, ejercerá la acción penal pública cuando tenga los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de la infracción y de la responsabilidad de la persona procesada”. (COIP s.f.).

**Flagrancia:** “Se entiende por flagrancia a la detención de un individuo que es sorprendido y capturado justo en el momento que comete un delito. Flagrancia es una palabra que deriva del latín *flagrans*, que indica aquello que está ocurriendo justo ahora, que resplandece”. (Cabanellas 2011).

**Formulación de Cargos:** “Es el acto procesal, llevado a cabo por medio de una audiencia, con la presencia de todas las partes, incluido el imputado, el que lógicamente no puede faltar. Es el primer acto formal del proceso totalmente acusatorio en el que el imputado podrá ejercer su defensa material”. (Cafferata 2000).

**Jurisdicción:** “Es el poder de administrar justicia en un territorio, es la potestad pública de conocer y sentenciar los casos judiciales, dentro de su capacidad territorial”. (Cabanellas 2011).

**Prueba Documental:** “La oralidad, como tal está referida de manera fundamental al período de prueba. El debate probatorio es, por así decirlo, el corazón del juicio oral. En la audiencia de prueba se va a cumplir con los principios de inmediación, concentración y publicidad que caracterizan al proceso oral. La audiencia de pruebas debe ser dirigida personalmente por el juez, bajo sanción de nulidad”. (Jijón s.f.).

**Sentencia:** “Resolución de un juez o un tribunal con la cual se concluye un juicio o un proceso”. (Cabanellas 2011).

**Subsunción:** Operación lógica en que se establece una dependencia de especie a género o de hecho a ley, o de afirmación individual a afirmación general. El

razonamiento deductivo suele extenderse como una operación de este tipo, en que se va de lo general a lo particular.

En derecho, mas estrictamente, es la relación lógica de una situación particular, específica y concreta con la Previsión abstracta e hipotética de la ley (Enciclopedia jurídica, 2020, <http://www.encyclopediaturistica.com/d/subsunci%C3%B3n/subsunci%C3%B3n.htm>)

## INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República define al Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia, garantista de derechos; tiene una amplia connotación sobre los derechos consagrados, por tal motivo de existir conflictos que no pueden ser resueltos directamente por los miembros de la sociedad, la Constitución establece las normas y derechos bajo los cuales debe desarrollarse todo proceso judicial.

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal en el año 2014, en el Ecuador se genera una corriente totalmente nueva e innovadora que consiste en la implementación del sistema oral acusatorio, terminando con el excesivo protagonismo del juez en el sistema penal inquisitivo que trajo consigo violaciones sustanciales al debido proceso, pues el propio juez investigaba y juzgaba.

Cuando la conducta de una persona es ajena al comportamiento permitido por la ley, se inicia un proceso judicial penal, el cual tiene como fin principal la protección de los bienes jurídicos tutelados y que, por mandato constitucional, son respetados y protegidos tanto desde el derecho formal como material, sin embargo en muchas ocasiones la conducta que se juzga no se adecua a los parámetros previamente establecidos en la ley penal, de tal suerte que no se puede perfeccionar el ejercicio de la subsunción legal entonces el administrador de justicia debe aplicar la discrecionalidad judicial, lo que le permite subsanar los vacíos de la ley al momento de administrar justicia.

El desarrollo del presente estudio se basa en la forma en la cual el juzgador realiza la subsunción legal y la discrecionalidad judicial, como garantía de una adecuada administración de justicia a fin de evitar afectaciones a los derechos de los sujetos procesales.

## Capítulo I

### 1. Planteamiento del caso a ser investigado

“Estudio del caso N° 06571-2020-01313, por el delito de abuso sexual en el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba, respecto del ejercicio de la subsunción legal y discrecionalidad judicial, como garantía de una adecuada administración de justicia”

#### 1.1. Presentación del caso

<b>Caso Nro.</b>	06571-2020-01313
<b>Dependencia judicial:</b>	Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba.
<b>Instrucción Fiscal Nro.</b>	060101820100110 (254 fojas)
<b>Materia:</b>	Penal
<b>Líneas de Investigación:</b>	Criminología, ciencias forenses y seguridad ciudadana
<b>Tipo de delito:</b>	Abuso sexual
<b>Lugar:</b>	Provincia Chimborazo, cantón Riobamba.
<b>Denuncia (Noticia Críminis):</b>	Parte Policial
<b>Procesado o Sospechoso:</b>	Cujilema Quito Hernán Israel
<b>Sentencia:</b>	Condenatoria
<b>Año de la causa:</b>	2020
<b>Año de estudio:</b>	2021

El presente estudio de caso, tiene su génesis en el parte policial No. 202000807121158608 emitido por los policías Cbop. POVEDA AGUAGALLO JAVIER MARCELO y Cbos. BAZANTEZ CAIZAGUANO MILTON HERNÁN, el 08

de octubre de 2020 a las 12h40 horas, pone en conocimiento que al encontrarse de servicio de patrullaje como móvil politécnica 1 en cumplimiento a la orden de servicio No. 2020-0651-P3-DR-SZCH.6, por disposición del ECU 911 avanzaron hasta la dirección Av. Canónigo Ramos y calle Teófilo Sánchez, a verificar una posible violación, una vez en el lugar a la altura de la calzada tomaron contacto con la señora MARTHA NOEMÍ GONZÁLEZ BONILLA de 36 años de edad quien supo manifestar que en el quinto piso donde reside supuestamente había sido objeto de violación su hija de 12 años de edad por un ciudadano que se encontraba en el departamento donde residen y que está arriba con el dormitorio con el esposo y su hijo, avanzaron hasta el departamento donde se había producido el hecho, una vez en el lugar la señora les manifestó que aproximadamente a la 08h00 de la mañana salieron todos los integrantes de la familia hasta sus diferentes lugares de trabajo, dejándole a su hija de nombres VALENTINA MACARENA VIZUETA GONZÁLEZ de 12 años, la cual tiene clases virtuales y al retornar aproximadamente a las 11h45 a su domicilio, y al verificar el dormitorio de la hija se percata que en el interior del mismo a la altura de la cama, se encontraban desnudos un ciudadano y su hija por lo que procede a pararse en la puerta evitando la salida de la hija y el ciudadano y procede a llamar por teléfono a su hijo y esposo, indicándoles que se vistan a su hija y al ciudadano, posterior el padre de la niña, señor FAUSTO ENRIQUE VIZUETA ROMERO procede a llamar al sistema del ECU 911, solicitando la colaboración policial. En el interior del dormitorio observaron sentado en la cama a un ciudadano quien se identificó con los nombres de CUJLEMA QUITO HERNÁN ISRAEL, quien manifestó que aproximadamente a las 09h00 de la mañana le había escrito su enamorada de nombres V.M.V.G., de 12 años que si podía acercarse a la casa ya que estaba sola para salir, por lo que pide permiso del trabajo y procede trasladarse a la vivienda, aproximadamente a las 11h30 recibe una llamada por

celular de la enamorada indicándole que si ya está cerca, por lo que le indica que esta por afuera de la dirección que le ha indicado procediendo a verle y a invitarle a subir hasta el departamento, dirigiéndose hasta el dormitorio en compañía de la niña, posteriormente se encontraban viendo Tv., y han procedido a sacarse las prendas de vestir en su totalidad encontrándose desnudos, por lo que posteriormente a unos minutos había llegado la progenitora de la niña quien les encuentra desnudos en el dormitorio ya que la puerta se encontraba semi abierta, posteriormente procede a hablarles indicándoles que se vistan, luego de unos minutos mientras se encontraba sentado en la cama agachado la cabeza recibía golpes en la cabeza y espalda sin saber quién le propinaba y observando que le salía sangre, hasta que llegó la policía, indica que no ha hecho nada ni ha pasado nada ya que veía la tv con ella. Procedieron a tomar contacto con el fiscal de turno para que los ayude con la designación del galeno de turno para realizar el chequeo médico, pues los progenitores no se encontraban tranquilos, posteriormente se trasladaron a la unidad de flagrancia para que sean valorados por un profesional de la fiscalía. Se procedió a la inmediata detención del ciudadano CUJLEMA QUITO HERNÁN ISRAEL de 18 años de edad, no sin antes darle a conocer sus derechos estipulados en la Constitución de la República del Ecuador artículo 77 numerales 3 y 4 por el presunto delito de violación, a la adolescente V.M.V.G., de 12 años, posterior a estos hechos el Dr. Diego Hernández , Agente Fiscal de Chimborazo, solicita se señale día y hora para que se lleve a cabo la audiencia de formulación de cargos, la cual se llevó a efecto el 09 de octubre del 2020 a las 14h19, en contra del procesado por un presunto delito de violencia sexual, en dicha diligencia la fiscal resuelve dar inicio a la instrucción fiscal estableciendo un plazo de duración de 30 días y se dictan las medidas cautelares establecida en el artículo 522 numerales 1 y 2 del Código Orgánico Integral Penal esto es la prohibición de ausentarse del país; y, la

obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe. También se dictaron las medidas de protección señaladas en el artículo 558 numeral 3 y 4 ibídem en favor de la presunta víctima, después de concluida la instrucción fiscal se solicita se fije día y hora para que se lleve a cabo la audiencia de evaluación y preparatoria juicio señalando el día 25 de noviembre de 2020 a las 08h30.

Fiscalía prosigue con la investigación, basándose en la determinación del acto punible y siendo el titular de acción penal; acusa al procesado basándose en los hechos anteriormente mencionados además presenta todos los elementos recabados tanto en la investigación previa como en la instrucción fiscal.

En primera instancia, después de recabar todas las pruebas y elementos de convicción necesarios con fecha 8 de febrero del 2021, las 12h04, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba emite sentencia ratificando el estado de inocencia del procesado.

Fiscalía, apela dicha decisión, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, con dos votos de mayoría y un voto salvado, emite sentencia condenatoria, aceptando el recurso de apelación y revocando la sentencia dictada el 8 de febrero del 2021, las 12h04 y en su lugar declara la culpabilidad de HERNÁN ISRAEL CUJILEMA QUITO, como autor del delito tipificado en el Art. 170 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el art. 42 numeral 1) literal a) ibidem, cuyas generales de ley obran del proceso ya que la valoración de la prueba testimonial presentada en juicio, se llegó a establecer la existencia del nexo causal Entre la infracción perpetrada y la responsabilidad del procesado en dicho ilícito, con base en hechos reales introducidos en legal y debida forma por parte de la fiscalía, y se impone la pena de SIETE AÑOS



DE PRIVACIÓN DE SU LIBERTAD que lo cumplirá en el centro Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de esta ciudad de Riobamba o donde las autoridades administrativas así lo dispongan, conforme el art. 56 del Código Orgánico Integral Penal, se le suspenden los derechos de ciudadanía por el tiempo igual al de la condena respecto del sentenciado. Se le impone al procesado la multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme al art. 70 numeral 9) del Código Orgánico Integral Penal, monto que deberá cancelar en el plazo de 12 meses. Se fija el pago de la cantidad de USD. 300 que el señor Hernán Israel Cujilema Quito deberá pagar a la madre de la víctima, adolescente V.M.V.G. como reparación económica, en el plazo de tres meses una vez ejecutoriada la sentencia.

En el presente trabajo de investigación, se abordará el ejercicio de la subsunción legal y discrecionalidad judicial por parte de los jueces que intervinieron en la sustanciación del proceso, como garantía de una adecuada administración de justicia.

## **1.2. Objetivo del análisis o estudio de caso**

### **1.2.1. Objetivo General**

Estudiar el delito de abuso sexual, respecto del ejercicio de la subsunción legal y discrecionalidad judicial, como garantía de una adecuada administración de justicia.

### **1.2.2. Objetivos específicos**

- Determinar la importancia de la aplicación del ejercicio de la subsunción legal y discrecionalidad judicial, como garantía de una adecuada administración de justicia.
- Identificar el proceso de motivación por parte del órgano jurisdiccional, en la aplicación de los principios que rigen el derecho al debido proceso penal.

- Analizar si la resolución judicial de segunda instancia, en el presente caso constituye una verdadera garantía o afectación a los derechos del acusado.

## CAPÍTULO II

### 2. Contextualización del caso

En el caso estudiado, se puede establecer que de los medios probatorios aportados durante la sustanciación del proceso, se desprende que la menor presuntamente afectada por la acción del agente activo de la infracción, ha sido enfática en señalar que no se dieron caricias, manoseos, tocamientos corporales, sino que únicamente le tocó la cintura, sumándose conforme la atestación de su hermano Cristian Becerra al revisar el Facebook de ella, que la misma menor fue quien insistió que acuda a su casa el procesado lo que desvirtúa que este tenía proyectado el cometimiento del ilícito acusado lo que es coherente con lo que sucedió, pues no se ha demostrado que la actividad a realizar iba a ser física o fisiológicamente distinta del acceso carnal síquicamente se dio un acto lúbrico incompleto, ni emergió alguna finalidad del agente no es el acceso, caso en el cual al no alcanzarse el resultado pretendido, se tendría el delito de acceso carnal o violación en el grado imperfecto.

Sin embargo, el momento de resolver la apelación, el tribunal de alzada, comete una afectación al derecho del procesado, pues sin realizar un mayor análisis dicta sentencia condenatoria revocando el fallo de primer nivel, sin ningún razonamiento jurídico, pues la Sala solamente se limita a decir que los elementos facticos incorporados al expediente procesal, han sido determinantes para llegar a la certeza necesaria que se ve reflejada en el pronunciamiento, sujeto rigurosamente a las normas del debido proceso de tal manera que existe primero la certeza del cometimiento de la infracción y luego la responsabilidad del procesado en el ilícito.

Es deber fundamental del juez aplicar exclusivamente el derecho vigente, subsumiendo el hecho con la norma jurídica. Es función de los jueces la realización

efectiva del derecho en el caso concreto que le corresponde resolver, conjugando los enunciados normativos con los presupuestos fácticos del tipo.

La subsunción, en el mundo del derecho, es la aplicación de normas jurídicas a casos particulares o casos concretos, desde teorías como las del silogismo jurídico de Engisch (2004), se pretende que el derecho sea un sistema omnicomprensivo donde las normas jurídicas, en términos lógicos, equivalen a enunciados generales que se subsumen en los casos o hechos particulares que reportan las propiedades relevantes descritas en el supuesto de hecho de la norma jurídica general.

El término discrecionalidad judicial, por su parte, se usa para designar a la libertad de la cual goza el administrador de justicia al momento de dar forma y contenido a su decisión sobre un caso en concreto, sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando nos referimos a la discrecionalidad, hablamos del margen de libertad que el Derecho le concede al juez para que pueda dictar sentencia, entre todas las posibles decisiones o entre el diferente alcance que tiene la decisión del caso. Entonces la discrecionalidad, significa que las sentencias dictadas por los jueces, no vienen únicamente establecidas de forma previa enteramente, por fallos emitidos en casos anteriores, jurisprudencia o el sistema jurídico; pues la realidad de cada caso hace que la discrecionalidad judicial, en mayor o menor medida, le concede márgenes para que su decisión se funde entre alternativas diversas, pero siempre compatibles todas y cada una de ellas con el sistema jurídico.

## **2.1. Antecedentes del caso**

Mediante: “**PARTE POLICIAL No. 202000807121158608** emitido por los policías Cbop. POVEDA AGUAGALLO JAVIER MARCELO y Cbos. BAZANTEZ CAIZAGUANO MILTON HERNÁN, el 08 de octubre de 2020 a las 12h40 horas, pone en conocimiento que al encontrarse de servicio de patrullaje como móvil politécnica 1

en cumplimiento a la orden de servicio No. 2020-0651-P3-DR-SZCH.6, por disposición del ECU 911 avanzaron hasta la dirección Av. Canónigo Ramos y calle Teófilo Sánchez, a verificar una posible violación, una vez en el lugar a la altura de la calzada tomaron contacto con la señora MARTHA NOEMÍ GONZÁLEZ BONILLA de 36 años de edad quien supo manifestar que en el quinto piso donde reside supuestamente había sido objeto de violación su hija de 12 años de edad por un ciudadano que se encontraba en el departamento donde residen y que está arriba con el dormitorio con el esposo y su hijo, avanzaron hasta el departamento donde se había producido el hecho, una vez en el lugar la señora les manifestó que aproximadamente a la 08h00 de la mañana salieron todos los integrantes de la familia hasta sus diferentes lugares de trabajo, dejándole a su hija de nombres VALENTINA MACARENA VIZUETA GONZÁLEZ de 12 años, la cual tiene clases virtuales y al retornar aproximadamente a las 11h45 a su domicilio, y al verificar el dormitorio de la hija se percata que en el interior del mismo a la altura de la cama, se encontraban desnudos un ciudadano y su hija por lo que procede a pararse en la puerta evitando la salida de la hija y el ciudadano y procede a llamar por teléfono a su hijo y esposo, indicándoles que se vistan a su hija y al ciudadano, posterior el padre de la niña, señor FAUSTO ENRIQUE VIZUETA ROMERO procede a llamar al sistema del ECU 911, solicitando la colaboración policial. En el interior del dormitorio observaron sentado en la cama a un ciudadano quien se identificó con los nombres de CUJLEMA QUITO HERNÁN ISRAEL, quien manifestó que aproximadamente a las 09h00 de la mañana le había escrito su enamorada de nombres V.M.V.G., de 12 años que si podía acercarse a la casa ya que estaba sola para salir, por lo que pide permiso del trabajo y procede trasladarse a la vivienda, aproximadamente a las 11h30 recibe una llamada por celular de la enamorada indicándole que si ya está cerca, por lo que le indica que esta por afuera de la dirección que le ha indicado procediendo a verle y a

invitarle a subir hasta el departamento, dirigiéndose hasta el dormitorio en compañía de la niña, posteriormente se encontraban viendo Tv., y han procedido a sacarse las prendas de vestir en su totalidad encontrándose desnudos, por lo que posteriormente a unos minutos había llegado la progenitora de la niña quien les encuentra desnudos en el dormitorio ya que la puerta se encontraba semi abierta, posteriormente procede a hablarles indicándoles que se vistan, luego de unos minutos mientras se encontraba sentado en la cama agachado la cabeza recibía golpes en la cabeza y espalda sin saber quién le propinaba y observando que le salía sangre, hasta que llegó la policía, indica que no ha hecho nada ni ha pasado nada ya que veía la tv con ella. Procedieron a tomar contacto con el fiscal de turno para que los ayude con la designación del galeno de turno para realizar el chequeo médico, pues los progenitores no se encontraban tranquilos, posteriormente se trasladaron a la unidad de flagrancia para que sean valorados por un profesional de la fiscalía. Se procedió a la inmediata detención del ciudadano CUJLEMA QUITO HERNÁN ISRAEL de 18 años de edad, no sin antes darle a conocer sus derechos estipulados en la Constitución de la República del Ecuador artículo 77 numerales 3 y 4 por el presunto delito de violación, a la adolescente V.M.V.G., de 12 años.

La FISCALÍA PROVINCIAL DEL CHIMBORAZO, FISCALÍA DE ADOLESCENTES INFRACTORES 1 DE RIOBAMBA, por encontrarse de turno avoca conocimiento del acto urgente por el cometimiento de una presunta infracción contenida en el Código Orgánico Integral Penal. El art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador prescribe “La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a

los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. El art. 282 del Código Orgánico de la Función Judicial prescribe: A la Fiscalía General del Estado le corresponde: 1. Dirigir y promover, de oficio o a petición de parte, la investigación pre procesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes, en casos de acción penal pública; de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el Juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal; ... el Art. 583 del Código Orgánico Integral Penal “Actuaciones fiscales urgentes.- En los casos de ejercicio público o privado de la acción en que se requiere obtener, conservar, preservar evidencias o impedir la consumación de un delito, la o el fiscal podrá realizar actos urgentes y cuando se requiera autorización judicial se solicitará y otorgará por cualquier medio idóneo como fax, correo electrónico, llamada telefónica, entre otros, de la cual se dejará constancia en el expediente fiscal”, . Con los antecedentes expuestos, se dispone la práctica de las siguientes actuaciones: PRIMERO: Oficiese al Ing. Roberto Nájera Coordinador (E) de la UAPI de la Fiscalía del Chimborazo a fin de que se sirva agendar la pericia de Reconocimiento Médico Ginecológico a V.M. Vizuete González, el día 08 de octubre de 2020, a las 13h30, para lo cual se designa a la Dra. Daniela Criollo perito debidamente acreditada por el Consejo de la Judicatura quien podrá posesionarse hasta momentos antes de la pericia y deberá presentar su informe a la brevedad posible por ser un hecho flagrante; SEGUNDO: Oficiese al Ing. Roberto Nájera Coordinador (E) de la UAPI de la Fiscalía del Chimborazo a fin de que se sirva agendar la pericia de Reconocimiento Médico Ginecológico a CUJILEMA QUITO HERNAN ISRAEL, el día 08 de octubre de 2020, a las 14h30, para lo cual se designa a la Dra. Daniela Criollo perito debidamente acreditada por el Consejo de la Judicatura quien podrá posesionarse hasta momentos antes de la pericia y deberá presentar su informe a la brevedad posible



por ser un hecho flagrante. TERCERO: Notifíquese a la Defensoría Pública con las diligencias dispuestas de conformidad con lo establecido en el art. 76 numeral 7 de la Constitución, en concordancia al inciso quinto del art. 585 numeral 2 del COIP, art. 282 numeral 3 del Código Orgánico de la Función Judicial a fin de garantizar el derecho a la defensa de los intervinientes en la investigación.

La Fiscalía solicita se sirva señalar Audiencia de Formulación de cargos, acorde a lo dispuesto en el Artículo 591 del Código Orgánico Integral Penal: “Instrucción.- Esta etapa se inicia con la audiencia de formulación de cargos convocada por la o el juzgador a petición de la o el fiscal, cuando la o el fiscal cuente con los elementos suficientes para deducir una imputación.”. (COIP, 2014, art. 591)

En base al oficio N.-PFH-FEVG1-0917-2020-002762-O, de fecha 19 de noviembre de 2020, suscrito por la Dra. Silvana Odila Vinueza Fiscal de Género 1 de Chimborazo, en atención al mismo y a lo dispuesto en el art. 600 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, se convoca a la Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio para el día 25 de noviembre de 2020, a las 08h30. El juzgador ha escuchado los alegatos de los sujetos procesales y dispone sea declarado la validez procesal, Fiscalía acusa al procesado por ser el autor directo del delito de violación, como elementos probatorios que la Fiscalía ha presentado tenemos:

Prueba documental:

- Informe de atención de incidente remitido por el ECU911, fs. 70 a 73.
- Copia certificada de la partida de nacimiento del menor V.M.V.G.
- Se presentará en audiencia de juzgamiento el acta de testimonio anticipado del menor V.M.V.G., la misma que será leída por el señor secretario del Tribunal fs. 126 y vlt.

- Se presentará el cd en el cual consta el testimonio anticipado del menor V.M.V.G., mismo que se reproducirá en la correspondiente audiencia de juzgamiento. Fs. 127.
- Testigos:
- MARTHA NOHEMI GONZALEZ BONILLA, con c.c. 0603959354 domiciliada en las calles Canónigo Ramos y Teófilo Sáenz.
- VIZUETA ROMERO FAUSTO ENRIQUE, con c.c. 060320133-1 domiciliado en las calles Canónigo Ramos y Teófilo Sáenz.
- BECERRA GONZALEZ CRISTIAN JAVIER, con c.c. 0605111897 domiciliado en las calles Venezuela y Carabobo.
- POVEDA AGUAGALLO JAVIER MARCELO, con c.c. 0603594722 domiciliado en a quien se le notificará mediante oficio a la sub zona Nro. 6 de Chimborazo, mail comparecencias\_@dgp-polinal.gov.
- BAZANTEZ CAIZAGUANO MILTON HERNAN, con c.c. 0603665845 domiciliado en a quien se le notificará mediante oficio a la sub zona Nro. 6 de Chimborazo, mail comparecencias\_@dgp-polinal.gov.
- Peritos:
- Dra. DANIELA CRIOLLO, (valoración ginecológica y valoración médica) quien se le notificará en el edificio de la fiscalía provincial de Chimborazo departamento UAPI- CH ubicado en la Avenida Miguel Angel León y José Veloz esquina.
- PSC. CL. CARMIÑA MONTOYA, (valoración psicológica) quien se le notificará en el edificio de la fiscalía provincial de Chimborazo

departamento UAPI- CH ubicado en la Avenida Miguel Angel León y José Veloz esquina.

- LIC. MARIELA SEGURA, (valoración psicológica) quien se le notificará en el edificio de la fiscalía provincial de Chimborazo departamento UAPI- CH ubicado en la Avenida Miguel Angel León y José Veloz esquina.
- SGOS: JORGE CARRAZCO BUENAÑO, quien realizó la diligencia de Reconocimiento del lugar de los hechos a quien se le notificará en criminalística de la Policía de Chimborazo.
- SGOS: ADELA VALLEJO DURAN, quien realizó la diligencia de Reconocimiento del lugar de los hechos a quien se le notificará en criminalística de la Policía de Chimborazo.
- SGOP FABIAN RENE PINGOS TORRES, quien realizó la diligencia de Reconocimiento del lugar de los hechos a quien se le notificará en criminalística de la Policía de Chimborazo.
- SGOS FREDDY VILEMA VILLA, quien realizó la pericia de audio y video a quien se le notificará en criminalística de la Policía de Chimborazo.
- Ing. Carolina Rivadeneyra, a quien se le notificará en la Fiscalía Provincial de Pichincha – Departamento de ADN y a quien su testimonio se receptorá mediante video conferencia.
- Ing. Lorena Vallejo, a quien se le notificará en la Fiscalía Provincial de Pichincha – Departamento de ADN y a quien su testimonio se receptorá mediante video conferencia.

- En la defensa del procesado, se solicitaron los siguientes elementos probatorios:
- Prueba documental:
- El informe de valoración psicológica emitido por la Dr. Carmita Montoya, psicóloga clínica.
- El informe psicológico pericial emitido por la Dr. Carmita Montoya, psicóloga clínica.
- La certificación conferida por el Director Distrital de Chimborazo del Ministerio de Agricultura y Ganadería, de la que consta que la Comunidad Chilcal Pucará, obtuvo su personería jurídica a través de acuerdo Ministerial No. 090, con fecha 18 de febrero de 1990
- Libreta escolar otorgada por la Escuela Héroe Suarez, de la parroquia Quimiag, canton Riobamba, provincia de Chimborazo.
- Certificado conferido por el señor Carlos León Presidente de la Comunidad Chilcal Pucará, en la cual certifica que el señor Cujilema Quito Hernán Israel, es miembro pasivo de la comunidad.
- Resolución No. 403-UGDIH-DDCH-20520 emitida por la Dirección Distrital de Chimborazo del Ministerio de Agricultura y Ganadería, de la cual se aprueba la directiva de la Comunidad Chilcal Pucará.
- Informe de la diligencia d entorno social emitido por la Lic. Mariela Segura Msc. Practicado a Hernán Israel Cujilema Quito.
- Informe de la diligencia d entorno social emitido por la Lic. Mariela Segura Msc. Practicado a Valentina Macarena Vizueta González.
- Prueba testimonial:

- Peritos;
- Dra. Carmiña Montoya, perito encargada de realizar la valoración psicológica y el informe psicológico pericial, en la presente causa quien será notificada en la Fiscalía provincial de Chimborazo a través del departamento pertinente.
- Lic. Mariela Segura, Msc., perito encargada de realizar la diligencia de entorno social, en la presente causa a Valentina Macarena Vizuela González y Hernán Israel Cujilema Quito; quien será notificada en la Fiscalía provincial de Chimborazo a través del departamento pertinente.
- Testigos;
- Se recepte el testimonio del señor Hernán Israel Cujilema Quito.

En primera instancia, después de recabar todas las pruebas y elementos de convicción necesarios con fecha 8 de febrero del 2021, las 12h04, el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Riobamba emite sentencia ratificando el estado de inocencia del procesado.

#### **Motivación de la sentencia del Tribunal Penal**

7. Es necesario resolver las cuestiones primarias planteadas por la defensa del encartado. 7.1. La defensa del acusado sostuvo que el testifical anticipado (f. 3) no se puede considerar por cuanto aparece otro nombre, revisado el atestiguamiento anticipado se refiere dos hechos; a) EN el encabezamiento como en las primeras líneas aparecen los nombres correctos de la víctima V.M.V.G., incluso se hace alusión en las líneas 10 y 11 que acuerde con su representante legal señora Martha Noemí González Bonilla, sin embargo, en la línea 13 aparece un error en personal referirse a MJTY que en nada afecta el contenido de ese testimonio, pues por lo reflexionado es irrefragable

que se trata de la víctima; b) la defensa ha sido insistente en la identidad indígena de su protegido para lo cual se presentó los respectivos recaudos, situación que de ser oportuna se considerara para la aplicación del principio de interculturalidad en esta causa. c) La defensa ha planteado la existencia del error de tipo, en nuestra legislación sustantiva penal en el Art. 28. 1 el legislador al desarrollar esta figura dice: “No existe infracción penal cuando, por error o ignorancia invencibles debidamente comprobados, se desconocen uno o varios de los elementos objetivos del tipo penal. Si el error es vencible, la infracción persiste y responde por la modalidad culposa del tipo penal, si aquella existe. El error invencible que recae sobre una circunstancia agravante o sobre un hecho que califique la infracción, impide la apreciación de esta por parte de las juezas y jueces.”. El error del tipo se da cuando habiendo tipicidad objetiva, falta o existe falso consentimiento de los elementos precisados por el tipo objetivo, determinar la existencia del dolo. Dolo es querer y aceptar la realización del tipo objetivo, cuando no se sabe que se está cayendo en una tipicidad objetiva. El error de tipo puede implicar error o ignorancia. El error es el conocimiento falso o equivocado acerca de algo, la ignorancia es falta de conocimiento sobre algo. El Art. 26 del Código Orgánico Integral Penal establece que actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta de conformidad con lo que hemos mencionado en líneas anteriores nuestra ley penal establece los elementos estructurales del delito de abuso sexual , sobre el Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal son a) un acto de naturaleza sexual, atendiéndose este como cualquier acción lujuriosa ejecutada físicamente en el cuerpo del sujeto pasivo, como caricias , manoseos y tocamientos corporales obscenos que el sujeto activo hace ejecutar a su víctima; b) ausencia de propósito directo de llegar a la cópula pues de darse esta o un principio de la ejecución del delito tentado, desaparecería esta figura delictiva o se quedaría prendida

dentro de la tentativa de violación; y, c) Sin el consentimiento de la persona púber o con el consentimiento del impúber, En este caso la menos ha sido enfática en señalar que no se dieron caricias, manoseos, tocamientos corporales que únicamente le toco la cintura, sumándose conforme la atestación de su hermano Cristian Becerra al revisar el Facebook de ella, que la misma fue quien insistió que acuda a la casa el procesado lo que desvirtúa que este tenía proyectado el cometimiento del ilícito acusado lo que es coherente con lo sucedido , pues no se ha demostrado que la actividad a realizar iba a ser física o fisiológicamente distinta del acceso carnal y que síquicamente se dio un acto lubrico incompleto ni emergió alguna actividad del agente no es el acceso, caso en el cual al no alcanzarse el resultado pretendido. Se tendría el delito de acceso carnal o violación en grado imperfecto. En cuanto a la acción incriminada, la doctrina señala que el acto sexual realizado con toda claridad presenta dos eventualidades típicas que el agente soporte o que realice un acto de la naturaleza referida; así el acto libidinoso puede ser ejecutado sobre el cuerpo de la víctima o, por oposición, esta puede ejecutar los mismos actos en la persona del agresor que en esta causa no se ha demostrado “En la primera hipótesis, la victima soporta en su cuerpo los actos sexuales. En la segunda, los realiza contra su voluntad, bien en su propio cuerpo, bien en el cuerpo del sujeto activo” (Pabón Parra 2005)...(.)... DECIMO SEGUNDO. CONCLUSIÓN. Por lo expuesto este Tribunal, conforme al razonamiento precedente, concluye que el acusado HERNAN ISRAEL CUJILEMA QUITO no cometió un delito, es decir no infringió el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por un tipo penal (tipicidad) y cuya acción se le atribuye como autor (culpabilidad) del tipo penal establecido en el Art. 170 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal.

Fiscalía, apela dicha decisión, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo, con dos

votos de mayoría y un voto salvado, emite sentencia condenatoria, aceptando el recurso de apelación y revocando la sentencia dictada el 8 de febrero del 2021, las 12h04 y en su lugar declara la culpabilidad de HERNÁN ISRAEL CUJILEMA QUITO, como autor del delito tipificado en el Art. 170 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el art. 42 numeral 1) literal a) ibidem, cuyas generales de ley obran del proceso ya que la valoración de la prueba testimonial presentada en juicio, se llegó a establecer la existencia del nexo causal Entre la infracción perpetrada y la responsabilidad del procesado en dicho ilícito, con base en hechos reales introducidos en legal y debida forma por parte de la fiscalía, y se impone la pena de SIETE AÑOS DE PRIVACIÓN DE SU LIBERTAD que lo cumplirá en el centro Privación de Libertad de Personas Adultas en Conflicto con la Ley de esta ciudad de Riobamba o donde las autoridades administrativas así lo dispongan, conforme el art. 56 del Código Orgánico Integral Penal, se le suspenden los derechos de ciudadanía por el tiempo igual al de la condena respecto del sentenciado. Se le impone al procesado la multa de veinte salarios básicos unificados del trabajador en general, conforme al art. 70 numeral 9) del Código Orgánico Integral Penal,, monto que deberá cancelar en el plazo de 12 meses. Se fija el pago de la cantidad de USD. 300 que el señor Hernán Israel Cujilema Quito deberá pagar a la madre de la víctima, adolescente V.M.V.G. como reparación económica, en el plazo de tres meses una vez ejecutoriada la sentencia.

**Motivación de la sentencia de mayoría de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo**

NOVENO. DECISION JUDICIAL. Con los testimonios rendidos en la etapa de juicio, se ha probado en forma directa la participación del procesado n el hecho denunciado, la adolescente de 12 años, el día 8 de octubre de 2021, a las 11h10 mas o



menos al encontrarse sola llama al procesado Israel Cujilema Quito, con el fin de que le ayude con las tareas, aprovechando el procesado que se encontraba sola, para abusar de la menor, tocándole su cuerpo y desnudarse al igual que ella y entrar en la cama desnudos, faltándole su integridad personal, quien se encontraba en total estado de vulnerabilidad por su corta edad y al estar sola. Violentando de esta manera el Art. 66 numeral 3 literales a) y b) de la Constitución, que ella tiene derecho a vivir en una sociedad en donde se respete la integridad física, psíquica y sexual y libre de violencia, además por pertenecer a un grupo vulnerable merece mayor consideración y protección de acuerdo al Art. 81 *Ibíd*em y 1 y 5 del Código de la Niñez el día indicado el procesado violentó el derecho de la víctima a su integridad personal, afectando en su vida; en el grado de autor conforme el Art. 42 del COIP, ha incurrido en el delito de abuso sexual, tipificado en el Art. 170 inciso segundo, porque la víctima tenía 12 años conforme consta del certificado digital de datos de identidad, ha nacido el día 5 de diciembre del año 2007, por lo que la haberse aprobado de manera contundente y haberse cumplido con el nexo causal que señala el Art. 455 del COIP, se encuentra que es responsable del delito el ciudadano Hernán Israel Cujilema Quito. El procesado actuó con voluntad y consciencia, al respecto sobre la voluntad y consciencia. Al respecto sobre la voluntad y consciencia. Es evidente que el procesado se aprovechó de las condiciones personales de la víctima que implica indefensión, desventaja y vulnerabilidad, para el cometimiento del ilícito establecido el Art. 170 inciso segundo del COIP, que señala: “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 siete a diez años”

**Motivación del voto salvado de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo**

En mi condición de ponente y sustanciador fui el único en revisar el expediente íntegro y escuchar el dispositivo magnetofónico a pesar de haber puesto el expediente a disposición de los restantes miembros del Tribunal de Apelación. Lugo del análisis jurídico, surgen evidentes contradicciones que no permiten asumir convencimiento pleno respecto a la hipótesis acusatoria en contra del encausado. Así tenemos que la adolescente en el testimonio anticipado rendido en las diferentes entrevistas persiste en indicar que entre ella y el encausado quien es su enamorado no ha ocurrido nada, que aquel le toco la cintura y que no pasó mucho tiempo que estaban solos hasta que legó su madre y les encontró por lo que les reclamó. Que la adolescente jamás le dijo su edad a su enamorado y que se concurrieron por medio del Facebook. Que el día de los hechos le envió mensajes pidiéndole que vaya a su departamento, que estaba sola. Aquella información ha sido ratificada por la madre de la adolescente quien refiere que luego que llego al departamento y encontró a su hija con un hombre, a quien hasta ese entonces no lo conocía. Bajo ningún argumento corresponde el pretender atribuir la responsabilidad de la víctima al inobservar su deber de auto tutela y no generar una situación de riesgo mediante las llamadas insistentes a su enamorado que vaya a su departamento, pues estaba sola. Aquello por cuanto por la condición de adolescente de la víctima no tiene plena capacidad y consciencia para decidir respecto a temas que

comprometan su indemnidad sexual. Empero de aquello el actuar de la víctima, constituye un elemento conducente a determinar que el encausado Cujilema Quito Hernán, el día de los hechos no asistió al departamento de su enamorada de manera deliberada y con la firme intención de aprovechar que aquella se encontraba sola para tomar ventaja de tal situación y menguar la indemnidad sexual de la víctima. Además, tenemos en el acervo probatorio los testimonios rendidos por el padre y hermano de la adolescente víctima quienes en forma concordante han manifestado que su hija y hermana respectivamente, ha manifestado tener 19 años de edad; así se verifica en el informe pericial referente a la cuenta de Facebook, a nombre de la adolescente víctima, en donde consta el año de nacimiento en el año 2001, en donde hace constar como estudiante de la ESPOCH. Además, el padre, madre y hermano de la presunta víctima refieren que aquella es de contextura alta, , delgada , cabello largo y aparenta tener 18 años de edad. Aquel elemento es sustancial para determinar si la probanza es conducente a generar convencimiento sobre la hipótesis acusatoria, en la especie la realización de los actos de naturaleza sexual en contra de la voluntad del sujeto pasivo de la conducta antijurídica. Pues no podemos afirmar como probado un hecho sin tener el sustento probatorio respectivo y aquello ocurre en la presente causa, pues se acusa el cometimiento de un hecho de naturaleza sexual en contra de una víctima de 12 años de edad, lo cual no ha sido fehacientemente justificado y superado la duda pues la propia víctima, sus familiares y el encausado manifiestan que la víctima aparenta tener 19 años de edad, que su apariencia física e información personal genera confusión. En la misma línea argumentativa, tenemos que la anamnesis desarrollada ante la Psicóloga Clínica Carminia Montoya la víctima reitera que entre el encausado y ella no ocurrió nada, que cada uno de manera libre se retiró la ropa y en ese momento llegó su madre y les llamó la atención mediante reclamos. Que luego el padre y el hermano de la adolescente le han

agredido al encausado mediante golpes de puño, causándole lesiones en la cabeza y el cuerpo. Para reafirmar el criterio jurídico de la decisión disidente, este juzgador, de manera objetiva concluye, que de la valoración y análisis de los elementos incriminatorios no se evidencia indicios sobre la existencia del hecho antijurídico tipificado y sancionado en el Artículo 170, inciso dos del Código Orgánico Integral Penal, esto es, Abuso sexual, no se evidencia jurídicamente indicios para determinar el nexo de causalidad entre el acto antijurídico y el presunto agente activo, en base a hechos reales introducidos a través de los medios legítimos y no en conjeturas acorde o establecido en el artículo 455 del COIP.

## **2.2. Fundamentación teórica del caso**

El análisis del caso elegido como objeto de estudio, necesariamente debe realizarse a la luz de la doctrina y conceptualizaciones de los términos jurídicos con el cual tienen relación.

### **2.2.1. Derecho**

Para entender el derecho doctrinario, se debe partir del concepto de derecho (López, 2018, p. 35) El derecho se puede definir de diferentes maneras, la idea inicial que se puede dar de él es que consiste en un conjunto de normas jurídicas que tienen como propósito regular la vida del ser humano que vive en sociedad.

Los fines del derecho se ven enmarcados en varios aspectos como la seguridad, el ordenamiento jurídico que responde a la ineludible necesidad de un régimen estable, a la eliminación de cuanto signifique arbitrariedad. Normas claramente determinadas y cuyo cumplimiento se encuentra cabalmente garantizado por los mecanismos establecidos por la propia normativa.

La justicia, en cambio, con relación al derecho, es la adaptación de la conducta del hombre a las exigencias de su propia naturaleza social. Como virtud, la justicia es –

según explica Santo Tomás-, el hábito según el cual, alguien, con constante y perpetua voluntad, da a cada uno de su derecho. Y se entiende por “suyo” en relación con otro todo lo que le esta subordinando el bien común que relata al conjunto organizado de las condiciones sociales gracias al cual la persona humana puede cumplir su destino natural y espiritual.

Es la forma de ser del ser humano en cuanto el hombre vive en comunidad. Abundancia necesaria para el mantenimiento y desenvolvimiento de nuestra vida corporal, paz, virtud para el alma, son fines que ha de cumplir la acción gubernamental para realizar el bien común. (Echandia, 1985, p. 533).

#### **2.2.1.1. Derecho Doctrinario**

Partiendo de estos puntos se entiende como derecho doctrinario, relativa a las diferentes cuestiones jurídicas que plantea la organización y contenido del ordenamiento jurídico, que puede estudiarse sobre todo a través de la enorme cantidad de literatura jurídica que existe. Es una fuente material del derecho, tiene una indudable transcendencia en el ámbito jurídico. En el siglo XIX se resalta la importancia del trabajo y la doctrina de los juristas según lo menciona (Savigny 1779).

La doctrina estudia los manantiales de donde brota el derecho: investiga el papel histórico y las relaciones existentes entre las diversas fuentes; esclarece el significado de las normas y elabora, para entender en toda su extensión, el significado de los modelos jurídicos. (Lastra, 2005, p. 45)

#### **2.2.2. El Debido Proceso**

El autor (Galeas, 2002) menciona taxativamente que:

El debido proceso consagrado en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, reconoce a las personas el derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones, como un derecho civil fundamental por su gran

trascendencia social para que las personas como seres sociales desenvuelvan su actividad en un ambiente de seguridad y se sientan protegidos por el Estado cuando en sus múltiples interrelaciones sociales tanto con los demás asociados como con los órganos, dependencias e instituciones del poder público, surjan controversias por conflicto de intereses o por cualquier otra causa. (Galeas, 2002, p. 27).

La Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 76, establece las garantías del debido proceso:

“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.

f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.

g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.

i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.

j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos (Constitución de la República del Ecuador [CRE], 2008).

Cabe destacar que el derecho que gozan las personas es arte primordial en el estudio, aquellos establecidos en la Constitución de la República (2008) en su artículo 66 numeral 3 que menciona: “El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.” y numeral 9 “El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.”

### **2.2.3. La subsunción legal**

Partiendo de que el derecho se lo considera como un ejercicio lógico por excelencia, abordaremos el tema de la subsunción legal.

En la aplicación de normas jurídicas a casos particulares o casos concretos, desde teorías como las del silogismo jurídico de Engisch (2004), se pretende que el derecho sea un sistema omnicomprensivo donde las normas jurídicas, en términos lógicos, equivalen a enunciados generales que se subsumen en los casos o hechos particulares que reportan las propiedades relevantes descritas en el supuesto de hecho de la norma jurídica general. (Agudelo, 2017, p. 24).

En lo que se refiere entonces a la aplicación de la subsunción, es precisamente necesario el partir de normas jurídicas preexistentes al caso concreto en el cual se deben aplicar, para poder realizar el proceso lógico de encuadrar el hecho suscitado a lo que taxativamente dispone la norma legal, ejercicio lógico en el cual la norma jurídica vigente se convierte en el enunciado o premisa general en la cual debe caber o encuadrarse perfectamente el hecho particular que está siendo sometido a conocimiento de los administradores de justicia.



El uso de un enunciado de subsunción cumple una doble finalidad: i) Opera de acuerdo con una lógica deductiva, como la operación mediante la cual se declara que un hecho jurídicamente relevante se adecúa a la norma jurídica que lo determina. ii) Opera como herramienta de identificación o pertenencia de un elemento a su sistema. En el caso del derecho, bajo el uso de un enunciado de subsunción se declara al ser una norma jurídica general aplicable a un caso particular, que dicha norma hace parte del sistema jurídico en términos de validez donde, el operador judicial en el momento de determinar solución normativa hace un examen de la aplicabilidad de la norma jurídica en cuestión, presentándose como criterio primigenio de aplicabilidad de las normas jurídicas su validez y, si esta es válida, es por lo tanto, una norma jurídica que hace parte del sistema jurídico. (Agudelo, 2017, p. 24).

Se deja perfectamente establecido que el uso de la subsunción parte de un hecho esencial que es el cumplir dos funciones perfectamente definidas, esto es por una parte funciona acorde a la lógica deductiva, adecuando el hecho a lo previamente establecido en la norma jurídica; y, por otro lado se entiende a la subsunción como una herramienta con la cual se establece la pertenencia de un elemento a un sistema, obviamente en el ámbito del derecho, precisamente el administrador de justicia al momento de aplicar la resolución acorde a la disposición de la norma legal respecto del hecho que está juzgando, parte de un primer criterio o consideración de que la norma jurídica que se aplica es perfectamente válida para resolver el hecho, pues su validez nace de su propia pertenencia al andamiaje jurídico que impera en el estado.

El enfoque analítico del derecho ha sido relacionado a dos tradiciones, una que vincula los problemas del derecho, de manera recurrente, al lenguaje natural en el cual se encuentran formuladas las normas jurídicas; y otra, que

goza de mayor rigor académico, que vincula para el derecho, aparte de una dimensión semántica, otras dimensiones sintácticas y pragmáticas, partiendo de las obras de cabecera de los lógicos del círculo de Viena. Es así como, iniciando con el segundo Wittgenstein, el mundo puede resumirse en hechos, por ser estos: todo el mundo. De esta forma, se parte, por necesidad, de una lógica de la acción que precede a la lógica de las normas, y a la construcción coherente del derecho como un sistema de correlación entre casos y soluciones, presentes en un universo de casos y un universo de soluciones maximales. Desde luego, para la teoría jurídica y la denominada lógica de las normas, ha persistido históricamente el problema sobre la posibilidad de existencia de una disciplina lógica para las normas, considerando que estas no vienen formuladas en lenguaje descriptivo, sino en lenguaje prescriptivo, y por lo tanto, sobre las cuales no proceden juicios de verdad o falsedad. Para ello, se ha pensado en la lógica de normas: i) como una lógica de la satisfacción normativa, ii) como una lógica carente de veracidad, cuya complejidad puede ser solucionada a través de una lógica de las proposiciones normativas, y iii) como una lógica de la estructura interna de las normas jurídicas, o lógica deóntica. Es así como, desde el año 1951, con la publicación del texto “Deontic Logic”, para la revista Mind de la Universidad de Oxford, del profesor Von Wright, quien fue discípulo de Wittgenstein, nace una tradición según la cual existen formas plausibles de relacionar tipos de lógica en: i) la creación y elaboración del derecho, donde sobresale la disciplina de la técnica legística, ii) la aplicación del derecho, sobre la cual se resaltan las disciplinas de la lógica del raciocinio jurídico, la teoría de la argumentación jurídica y la tópica jurídica, y iii) algunas lógicas divergentes a la lógica clásica, a partir de las cuales es posible interpretar el lenguaje y

funcionalismo del derecho, como la lógica difusa, la lógica paraconsistente y la inteligencia artificial, donde por ejemplo sobresale la disciplina de la informática jurídica. (Agudelo, 2017, p. 52-53).

Entonces nos encontramos con una situación a la cual el derecho debe hacer frente por un lado la construcción de la norma parte de la necesidad social de regular acciones o actividades que de forma recurrente se presentan en el devenir de una sociedad para lo cual se necesita una estructuración lógica de las normas, pues la ley no viene redactada en lenguaje descriptivo, es decir no se describe a los hechos pues imposible adelantarse a la descripción de cada hecho que se pueda presentar en una sociedad, sino que la norma se encuentra redactada en un lenguaje prescriptivo, es decir que regula la consecuencia de haber incurrido en la acción previamente establecida por la norma jurídica, por lo que no cabe sobre ellas la disputa de verdad o falsedad de las mismas; en este sentido precisamente se ha concebido a la lógica para la elaboración de las normas legales como una lógica de aplicación suficiente para la elaboración normativa, la cual no acepta la discusión de verdad de la norma, cualquier conflicto puede ser remediado a través de la lógica de las proposiciones normativas; y esta es una lógica de la estructura interna de las normas jurídicas.

Desde luego, la intencionalidad en la construcción de un sistema jurídico formal, carente de lagunas, incoherencias e inconsistencias, corresponde a la visión sistemática del derecho, construida a partir de modelos lógicos. La noción sistemática primigenia del derecho se vislumbra como un sistema completo, sobre el cual, de acuerdo a la tesis de la determinación normativa, las respuestas jurídicas para los casos se encuentran, todas, predeterminadas en el sistema jurídico, superponiendo la idea de que, en ciertas ocasiones, el intérprete de la norma no es capaz de extraer las consecuencias jurídicas a los casos, o

soluciones normativas. En sentido contrario, la tesis indeterminista del derecho, que aboga por un sistema jurídico incompleto, arroja una complejidad adicional para la teoría jurídica y la lógica de las normas, como es el problema de la discrecionalidad judicial ante la falla de subsunción frente a casos difíciles. La hipótesis de solución útil para evitar el margen de discrecionalidad en las decisiones judiciales, viene dado con una teoría integralista del derecho, que supone la aplicación de principios frente a casos carentes de normatividad, y que dan lugar a actuación discrecional. Pese a ello, para la lógica de las normas, la inclusión de nuevos elementos normativos superiores a las normas — principios— pone en la penumbra la función clasificatoria de los elementos del sistema jurídico, que se realiza con el mecanismo de subsunción. (Agudelo, 2017, p. 53).

En todo caso se pone de manifiesto la imposibilidad de construir un sistema jurídico que carezca de lagunas o vacíos al momento de regular de forma efectiva todos los aspectos que pretende abarcar en una sociedad de tal suerte que nos encontramos frente dos corrientes, la una que pone de manifiesto al sistema legal como completo, que cuenta con todas las respuestas jurídicas para los casos; y otra posición que contempla la ya mencionada insuficiencia de la norma que pone en manos del criterio del juez la discrecionalidad judicial cuando se presentan casos en los cuales es imposible la subsunción por falta o insuficiencia de la ley, obviamente el propio sistema normativo de contemplar previamente los principios bajo los cuales debe operar la discrecionalidad judicial, a fin de evitar excesos u omisiones por parte del juzgador buscando siempre garantizar de forma efectiva los derechos de los justiciables y que no queden estos a merced de un mero criterio del administrador de justicia.

La forma de aplicar la solución normativa a los casos, corresponde a los denominados enunciados de subsunción, en donde, mediante un simple silogismo deductivo se subsume una norma jurídica de carácter general a un caso de tipo particular. Históricamente, se debe el nacimiento de los enunciados de subsunción a las escuelas formalistas del derecho, y desde luego a Kelsen y su “teoría pura del derecho”, donde este llega a la conclusión de que internamente las normas jurídicas se equiparan a un juicio hipotético donde la realización de un hecho—lógica de la acción— es la condición de aplicación de una norma jurídica —lógica deóntica—. Siendo así, encuentra Kelsen que la forma de aplicación de normas jurídicas, ocurre de manera similar al principio de causalidad de las ciencias naturales, sobre el cual determina una denominación jurídica: “principio de imputación”, que en tiempos modernos se constituye como el silogismo de aplicación de normas jurídicas a casos concretos o enunciados de subsunción. Dicho modelo, que es mostrado a lo largo de estas páginas, se erige como el arquetipo de sistema jurídico de los profesores Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, quienes son receptores directos en América Latina de la lógica de la acción y la lógica deóntica desarrollada por Von Wright. (Agudelo, 2017, p. 53-54).

Precisamente se pone a consideración la forma en la cual se deben solucionar los casos en los cuales debe aplicarse la subsunción, en este caso se debe tener presente a los denominados enunciados de subsunción, para esto a través de un silogismo deductivo el cual se subsume a una norma legal siempre en casos particulares. Esto ocurre de una forma similar a lo que es el principio de causalidad que se aplica en otras ciencias como en las ciencias naturales, obviamente en el ámbito jurídico se llama principio de imputación.

Sin embargo, las críticas al formalismo jurídico, y por lo tanto, al modelo de aplicación de normas a casos concretos, demuestran la imposibilidad de subsunción frente a los tipos de casos difíciles, desarrollados por la teoría jurídica. Pese a ello, no deja de afirmarse que frente a casos fáciles, persiste el uso de enunciados de subsunción. En este punto, es mandatorio relacionar las funciones que cumple la subsunción para los sistemas jurídicos. Se concluye que a través del uso de los enunciados de subsunción: i) se declara una norma jurídica aplicable, en relación a sus criterios de aplicabilidad como lo demuestra el desarrollo del presente, ii) al ser una norma jurídica declarada aplicable, y simultáneamente, al hacer un control de validez sobre esta, se estima como perteneciente al sistema jurídico, por lo que: iii) los enunciados de subsunción cumplen con una función clasificatoria de los elementos que pertenecen al sistema jurídico —normas jurídicas—, como sistema formal. (Agudelo, 2017, p. 54).

Dentro de la realidad que nos presenta el mundo del derecho, se encuentran casos en los cuales aunque se pretenda, es imposible realizar el ejercicio de la subsunción, de tal manera que en estos casos, como queda dicho, se procede con la discrecionalidad judicial, en los otros casos, en los cuales es factible realizar el proceso de subsunción, se debe realizar en base a lo que se denomina como enunciados de subsunción, es decir que la norma jurídica exista previamente, dicha norma sea aplicable por ser parte del andamiaje jurídico que rige en el estado, siendo estos enunciados de subsunción los que clasifican los elementos que pertenecen a la ley.

Entonces, de acuerdo al desarrollo de esta interpretación analógica, cuando en un sistema formal su método efectivo no es capaz de clasificar cada uno de sus elementos, se califica, según el matemático Kurt Gödel, como un

sistema indecidible. Y extendiendo dicha interpretación, el método efectivo para los sistemas jurídicos, viene dado en los enunciados de subsunción, pero, con apoyo de las tesis indeterministas, los casos difíciles y los distintos tipos de lagunas, se demuestra que el derecho, a través de su método efectivo, no es capaz de clasificar los elementos pertenecientes a este, concluyendo la posibilidad de adjetivar indecidibilidad parcial para los sistemas jurídicos formales. (Agudelo, 2017, p. 54-55).

Sin embargo como se ha dicho en líneas anteriores, siempre existe la posibilidad de realizar el proceso de subsunción todos los casos que se presenten, de hecho ya en la práctica existe una considerable proporción de casos en los cuales no es factible el realizarlo, de tal suerte que ante esta situación, no solamente se demuestra la insuficiencia del método para poder clasificar los elementos del hecho dentro de los establecidos en la ley, lo cual solamente nos muestra los vacíos o lagunas que existen en los sistemas legales, lo que se denomina como la indecidibilidad parcial de la ley.

La concepción analítica del derecho, que partió de la aplicación de los elementos de la lógica formal y la lógica axiomático-deductiva al derecho, correspondió en su época a la pretensión e ideal de coherencia para los sistemas jurídicos en general, tras haber existido sistemas jurídicos propicios para las contradicciones normativas, y toda una amalgama de normas jurídicas heterogéneas. Pese a ello, en la actualidad persisten sistemas jurídicos incoherentes que ponen en jaque a la concepción deductivista de los sistemas jurídicos, haciendo en este caso uso de la lógica formal para detectar los problemas lógicos del lenguaje jurídico. Adicional a ello, a través del problema lógico-matemático del teorema de la incompletitud y la predicación de

indecidibilidad para los sistemas formales no recursivos, se halla otro defecto lógico para los sistemas jurídicos deductivos. (Agudelo, 2017, p. 55).

La realidad jurídica pone en evidencia la realidad actual que nos muestra que aún existen sistemas jurídicos en los cuales se usa la tradicional lógica formal a fin de solucionar los problemas que conllevan las trabas que propone el lenguaje jurídico al momento de aplicarse a la solución de los casos sometidos a al conocimiento de la administración de justicia.

La posibilidad de predicar indecidibilidad para los sistemas jurídicos parte de unos presupuestos básicos, que por necesidad lógica cada uno de ellos conduce a otro: el problema se origina desde el análisis del método efectivo que emplea el derecho para identificar cada uno de sus elementos —los elementos del universo de casos y del universo de soluciones— implícito en el uso de los enunciados de subsunción como arquetipo de razonamiento judicial propio de la concepción formalista del derecho. Luego, aparecen en la teoría jurídica circunstancias de imposibilidad de subsunción —lagunas de conocimiento y de reconocimiento— que demuestran como el sistema jurídico, a través de su método efectivo no es capaz de identificar hechos, normas y principios propios del mismo sistema; situación que puede llevar al intérprete a pensar en el derecho como un sistema necesariamente incompleto y que no responde de manera unívoca, al menos no frente a casos difíciles. (Agudelo, 2017, p. 55-56).

Entonces, al existir casos en los cuales por su propia naturaleza o por la condición de los hechos que se están juzgando presentan la imposibilidad real en proceder a un proceso de subsunción, y teniendo en consideración la necesidad que existe de aplicar la ley conforme a derecho, se procede con la denominada discrecionalidad judicial, valiéndose de la argumentación jurídica a fin de cumplir con



el requisito de la debida motivación que necesariamente deben contener las resoluciones judiciales para verse revestidas de validez y sea factible su aplicación.

A su vez, la existencia de casos difíciles por obligación remite al juez a la necesidad de justificar la interpretación hecha de las normas y de los hechos en los casos concretos, viéndose reflejada la teoría de la argumentación jurídica como teoría de la motivación de las decisiones judiciales. Sin embargo, tratándose de casos difíciles no basta con el modelo de justificación interna, silogismo jurídico o enunciado de subsunción, sino que como lo mostraba Jorge Luis Rodríguez en la “tesis débil” de la concepción deductivista, deben explorarse lógicas que complementen el modelo de aplicación formal del derecho. Es allí donde sobresale el uso de la tópica jurídica, que en conexidad con la tesis de Ronald Dworkin exigirá el uso de los denominados razonamientos dialecticos —propio de la actividad filosófica— frente a casos difíciles, o al menos como lo demuestra la práctica en materia constitucional. Sin embargo, ello no quiere decir que los enunciados de subsunción y el arquetipo de la lógica formal deban dejar de ser empleados en la decisión judicial, pues en la actualidad, los casos fáciles aún son resueltos por los jueces a través de un silogismo jurídico. (Agudelo, 2017, p. 56).

#### **2.2.4. La Discrecionalidad judicial**

La discrecionalidad alude a la libertad que el juez dispone a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho, en cuanto sea compatible con los principios previamente establecidos en la ley, pues en la misma norma legal se establecen los parámetros bajo los cuales el juez puede disponer de esta libertad, siempre de conformidad al ordenamiento jurídico.

Por tanto, cuando afirmamos que tal discrecionalidad existe en algún grado, queremos decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. Así pues, si hay discrecionalidad significa que al juez las soluciones de los asuntos que decide no le vienen dadas y predeterminadas enteramente, al cien por ciento, por el sistema jurídico, sino que éste, en medida mayor o menor, le deja espacios para que escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas ellas con el sistema jurídico (García Amado, 2006, p. 153).

En el caso de la discrecionalidad judicial, nos encontramos ante la posibilidad de su aplicación cuando la propia norma legal le concede esta facultad de manera expresa al administrador de justicia, para que en casos determinados por la propia ley, la resolución será emitida por el juzgador atendiendo a su sana crítica, por otra parte, se aplica la discrecionalidad judicial cuando nos encontramos ante un caso de insuficiencia de la norma, en este caso el juez debe resolver de acuerdo a los principios que establece la norma con auxilio de la lógica y la argumentación jurídica.

Tal cesión de espacios decisorios al juez, semejante campo para su decisión discrecional, puede deberse a dos causas: o bien a que las mismas normas hayan querido expresamente remitir al juez la fijación de la pauta decisoria, caso por caso, como cuando son esas mismas normas las que dicen que en un determinado asunto el juez fallará discrecionalmente, decidirá en equidad, etc.; o bien a que las normas jurídicas, prácticamente todas, están hechas de un material lingüístico que es por definición poroso, abierto, indeterminado en alguna medida, por lo que siempre pueden aparecer casos cuya solución resulte dudosa o equívoca a la luz de dichas normas, debiendo el juez concretarlas y completarlas por vía de interpretación o integración. En lo que

sigue atenderemos principalmente a esta última causa posible de discrecionalidad judicial. (Castañeda, 2016, p. 12)

Es necesario tener presente que a pesar de que existe la necesidad de discrecionalidad judicial, no siempre se la admite, pues es claro que esta tiene algunos aspectos tanto positivos como negativos que deben considerarse, pues por un lado la libertad del juez de decidir sobre la base de su convicción y atendiendo a su criterio ante la imposibilidad de realizar el proceso de subsunción y por otra parte la posibilidad de caer en la arbitrariedad del criterio del juez que de atenta contra los derechos de los sujetos procesales.

Durante mucho tiempo, como veremos, se admitía con dificultad que el juez pudiera disponer de campo para sus discrecionales opciones, aun dentro de los márgenes que la ley deje abiertos por razón de su materia prima, el lenguaje. Y hoy algunas influyentes teorías del Derecho vuelven al rechazo de la discrecionalidad. Pero, entretanto, ha ido quedando claro que la libertad que los jueces pueden usar en su labor tiene dos manifestaciones, una positiva y admisible, la otra negativa y rechazable. La primera recibe el nombre de discrecionalidad y, repetimos, alude a aquella medida de libertad decisoria del juez que resulta inevitable e ineliminable de su cometido, por causa de los caracteres mismos que posee la materia prima de las normas, el lenguaje ordinario. La segunda, que se debe combatir, se denomina arbitrariedad. (Castañeda, 2016, p. 13)

Efectivamente, cuando nos referimos a la arbitrariedad, es claro que no toda resolución emitida con aplicación de la discrecionalidad judicial puede ser tachada de arbitraria, pues para ello esta resolución ostenta algunas características propias como son el vulnerar los principios o parámetros que la propia norma le atribuye para la

aplicación de la discrecionalidad por otro parte la norma no puede determinar de forma absoluta la solución a todos los casos posibles en los cuales deba aplicarse, existiendo incluso la posibilidad de que para varios casos similares exista la posibilidad de soluciones diferentes de entre las cuales el administrador de justicia pueda verse obligado a decidir.

Una decisión judicial es arbitraria cuando el juez decide libremente, sí, pero concurriendo todas o alguna(s) de las siguientes situaciones:

Vulnera las pautas decisorias que el sistema jurídico le fija para el caso, en lo que dichas pautas tengan de claras y terminantes. Conviene aquí hacer una muy elemental aclaración. Que ninguna norma general y abstracta sea capaz de determinar al cien por cien la solución de todos los casos que prima facie se le puedan someter, que respecto de cualquier norma pueda haber casos dudosos cuya solución no es clara y para los que quepan, con igual respeto de las normas, soluciones diversas entre las que el juez tenga que optar, no significa que a veces no haya casos claros y tipifica como delito el robo que se realice valiéndose de armas, cabría discutir si un palo o un puñal de juguete con apariencia real son o no son armas a tales efectos, con lo que respecto de esos casos puede pensarse que el juez puede elegir entre el sí y el no, en función de cómo interprete el término “arma” que en la norma figura; ahora bien, nadie en su sano juicio dudaría de que si el ladrón se vale de un fusil perfectamente real, cargado y montado para disparar, el robo acontece mediante el uso de un arma, pues no cabe razonablemente, en modo alguno, negarle a dicho fusil tal condición.”...

Así que el juez que dijera que ese fusil no es un arma estaría incurriendo en arbitrariedad, pues nada hay más arbitrario que la negación de la perfecta evidencia...” (García Amado, 2006, p. 153). (Castañeda, 2016, p. 14).

El administrador de justicia debe motivar de forma debida sus fallos de tal suerte que es la motivación la que reviste de validez su decisión, pues en el caso de no hacerlo o si esta motivación carece de fundamento ya sea lógico, jurídico o legal o incluso son contrarias a ellas, y se basan en apreciaciones personales de acuerdo a sus creencias religiosas, políticas o morales, estos fallos son netamente arbitrarios pues lejos de cumplir con el cometido de la discrecionalidad jurídica, lo que se ha hecho es cometer una arbitrariedad.

Cuando el juez no da razón ninguna de su fallo o cuando su motivación del mismo contiene razones puramente inadmisibles, ya sean por absurdas, antijurídicas o incompatibles con los requerimientos funcionales del sistema jurídico. Un juez que, por ejemplo, fundamentara expresamente su fallo en cosas tales como una revelación divina, los contenidos de una determinada religión, los postulados de un determinado partido político, sus gustos particulares o su personal sentido de la justicia estaría incurriendo en arbitrariedad en este sentido, tanto o más que el que se abstiene de motivar su fallo. (Castañeda, 2016, p. 14)

Se debe tener presente que la discrecionalidad jurídica en su esencia no es mala, pues lo que busca es auxiliar a la aplicación no solo de la ley sino de la justicia pues no puede dejarse de resolver ningún asunto sometido al conocimiento de la administración de justicia por insuficiencia de la norma al momento de resolverlo, al contrario, la discrecionalidad se la debe tomar como una herramienta que complementa la actividad

del administrador de justicia a fin de cumplir a plenitud con su rol de mantener la paz y equilibrio social, o de ser el caso, restablecerlo.

Después de estas precisiones conceptuales, puede quedarnos claro que la discrecionalidad judicial no necesariamente es mala (aunque hay doctrinas, como vamos a ver, que tratan de evitarla por completo), y muchos creemos, en todo caso, que es inevitable. Por el contrario, la arbitrariedad ha de perseguirse siempre, es el antivalor judicial por excelencia. Sentado esto, podemos ya realizar un pequeño repaso histórico y comprobar qué doctrinas han negado y niegan la discrecionalidad judicial y cuáles la han presentado como inevitable. (Castañeda, 2016, p. 14)

Entonces queda claro que la potestad de la cual gozan los jueces, para al momento de resolver usar la discrecionalidad jurídica, debe ser correctamente administrada, pues se puede caer en la arbitrariedad de la decisión cuando esta sea atentatoria a los principios jurídicos que establece la propia norma, o cuando los motivos que llevan al administrador de justicia a pronunciar el fallo en un sentido determinado son contrarios al sistema jurídico vigente, fundándose en aspectos personales del juez tales como religión, ideología política u otros similares; y, cuando el fallo carece de motivación o esta es completamente contraria a los principios que rigen la normativa legal.

La libertad que los jueces pueden usar en su labor tiene dos manifestaciones, una positiva y admisible; la otra negativa y rechazable. La primera recibe el nombre de discrecionalidad y, repetimos, alude a aquella medida de libertad decisoria del juez que resulta inevitable e ineliminable de su cometido, por causa de los caracteres mismos que posee la materia prima de las normas, el

lenguaje ordinario. La segunda, que se debe combatir, se denomina arbitrariedad. Una decisión judicial es arbitraria cuando el juez decide libremente, sí, pero concurriendo todas o alguna(s) de las siguientes notas:

- Vulnera las pautas decisorias que el sistema jurídico le fija para el caso, en lo que dichas pautas tengan de claras y terminantes.
- Se demuestra que lo que guía la elección del juez son móviles incompatibles con el sistema jurídico que aplica y con su función dentro de él, como interés personal, afán de medro, propósito de notoriedad, venalidad, miedo, prejuicios sociales o ideológicos, etc.
- Cuando el juez no da razón ninguna de su fallo o cuando su motivación del mismo contiene razones puramente inadmisibles, ya sean por absurdas, antijurídicas o incompatibles con los requerimientos funcionales del sistema jurídico; es decir según su personal sentido de la justicia. (Castañeda, 2016, p. 5)

### **2.2.5. Delito**

Conducta típica, antijurídica y culpable constitutiva de infracción penal. (Cuello Calon s.f.) define el delito como una acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena. (Zanera s.f.) Considera que delito es la acción u omisión que castigan las leyes penales, es la conducta definida por la ley.

Partiendo tanto del fin perseguido como de la idea inspiradora. Podemos reunir las definiciones en dos grandes grupos: a) definiciones perjudicas o condicionantes de las legislaciones; b) definiciones dogmáticas, referidas a una legislación positiva.

Dentro de las primeras, distinguimos las que tienen una fundamentación filosófico-jurídica, de las que responden a un enfoque puramente sociológico o naturalista el derecho natural alcanza su nivel más alto en nuestra ciencia a través de la definición de (Echandia 1985) formulada en éstos términos: “ infracción de la ley del estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultantes de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso”.

#### **2.2.6. El Bien Jurídico Protegido**

El bien jurídico protegido es otro punto trascendental de estudio es así que (Muñoz, 2019, p. 90) Enuncia: “La norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, en los individuos, que se abstengan de dañar esas condiciones elementales”, no obstante, aquello la finalidad protectora de la norma penal ha sido duramente criticada:

El mito del bien jurídico protegido o tutelado, que se racionaliza con la teoría imperativista del derecho, presupone aceptar la eficacia protectora del poder punitivo consagrada de modo pretendidamente deductivo, según el cual, si una norma prohíbe una acción que lo lesiona, es porque lo tutela o protege y, por ende, al no poder prohibir resultados la pena adquiere un sentido policial preventivo.

Se trata de una premisa que consiste en un juicio falso: las normas protegen o tutelan bienes jurídicos. Este juicio, al verificarse la operatividad del poder punitivo, al menos en la mayoría de los casos, resulta con un valor de verdad falso. (Zaffaroni, 2000, p. 486)

Ahora bien, esas “condiciones elementales mínimas para la convivencia” son lo que se ha dado en llamar “bienes jurídicos”, a los que puede conceptualizar como:



“aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social” (Muñoz, 2019, p. 91).

Por manera que existe, una doble acepción de bien jurídico: una como concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad, pero no es, en modo alguno, un concepto legitimante del poder punitivo (de lege lata ni de legeferenda). Por ello no debe confundirse el uso limitativo del concepto de bien jurídico con su uso legitimante, dado que este último termina acuñando un verdadero concepto legitimante diferenciado, que es el pretendido bien jurídico tutelado. (Zaffaroni, 2000, p. 486)

### **2.2.7. Delitos contra la integridad sexual y reproductiva**

La sección cuarta del Código Orgánico Integral Penal, menciona los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, para entenderlo de una manera más adecuada, son todos aquellos delitos que vulneran la libertad sexual y reproductiva de una persona, es decir, su libertad para decidir sobre su cuerpo, su sexualidad y si tener hijos, cuántos, en qué momento y con quién.

La normativa nacional e internacional toma en cuenta a los niños, niñas y adolescentes como grupos de mayor vulnerabilidad en estos casos, para precautelar la evolución y desarrollo normal de su personalidad.

#### **2.2.7.1. Abuso sexual**

El abuso sexual se encuentra tipificado en el Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal:

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 siete a diez años.

Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años. (COIP, 2014, art. 170).

#### **2.2.7.2. El Bien Jurídico Protegido**

El bien jurídico protegido es otro punto trascendental de estudio es así que (Muñoz, 2019, p. 90), enuncia: “La norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo, en los individuos, que se abstengan de dañar esas condiciones elementales”, no obstante, aquello la finalidad protectora de la norma penal ha sido duramente criticada:

El mito del bien jurídico protegido o tutelado, que se racionaliza con la teoría imperativista del derecho, presupone aceptar la eficacia protectora del poder punitivo consagrada de modo pretendidamente deductivo, según el cual, si una norma prohíbe una acción que lo lesiona, es porque lo tutela o protege y, por ende, al no poder prohibir resultados la pena adquiere un sentido policial preventivo. Se trata de una premisa que consiste en un juicio falso: las normas protegen o tutelan bienes jurídicos. Este juicio, al verificarse la operatividad del poder punitivo, al menos en la mayoría de los casos, resulta con un valor de verdad falso. (Zaffaroni, 2000, p. 486)

Ahora bien, esas “condiciones elementales mínimas para la convivencia” son lo que se ha dado en llamar “bienes jurídicos”, a los que puede conceptualizar como:

“aquellos presupuestos que la persona necesita para la autorrealización en la vida social” (Muñoz, 2019, p. 91).

Por manera que existe, una doble acepción de bien jurídico: una como concepto indispensable para hacer efectivo el principio de lesividad, pero no es, en modo alguno, un concepto legitimante del poder punitivo (de lege lata ni de lege ferenda). Por ello no debe confundirse el uso limitativo del concepto de bien jurídico con su uso legitimante, dado que este último termina acuñando un verdadero concepto legitimante diferenciado, que es el pretendido bien jurídico tutelado. (Zaffaroni, 2000, p. 486)

#### **2.2.7.2.1. Bien Jurídico protegido en el abuso sexual**

El bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual, se protege el libre ejercicio de la sexualidad de las personas y, en los casos de abuso sexual en contra de menores de edad, ampara su corporalidad y el desarrollo de su personalidad sin intervención de terceros.

#### **2.2.8. Elementos del tipo Penal**

En cuanto a los elementos del tipo penal, el delito de abuso sexual está tipificado en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, los elementos del tipo penal son:

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.

#### **2.2.9. La motivación**

La motivación, es la explicación de los motivos que han servido de fundamento para que el administrador de justicia pronuncie un fallo, esta motivación debe reunir ciertos requisitos, es decir debe ser: expresa, clara, completa, legítima; y, lógica.

### **Motivación expresa**

El administrador de justicia, cuando pronuncia su decisión, tiene la obligación de exponer los argumentos que le han llevado a sustentar su fallo, en esta motivación debe necesariamente decir como los hechos juzgados se ajustan a la norma jurídica, o al derecho o jurisprudencia que aplica al momento de resolver.

Esto tiene que ver con el hecho de que el Juez al momento de emitir su fallo debe señalar los fundamentos que motivaron su tesis, indicando su argumentación con relación al caso que se está decidiendo, no puede decir simplemente, me remito a la sentencia o a cierta doctrina. (Gárate, 2019)

### **Motivación clara**

En lo que se refiere a la claridad de la sentencia, esta al momento de ser redactada debe ser clara y perfectamente inteligible, no solamente por un profesional del derecho sino por la gente común, que son los dueños del proceso, los sujetos procesales, de tal suerte que esta sentencia en su redacción no debe dejar lugar a dudas ni a doble interpretación, se debe entender perfectamente, para lo cual debe redactarse en un lenguaje sencillo que permita entender perfectamente lo que el juez transmite, incluso en pro de esta sencillez en la redacción de la sentencia se debe evitar el uso de alocuciones latinas que son de difícil o nula comprensión por quienes no son adentrados en el estudio del derecho.

Se debe tener en cuenta que la sentencia no va a leer únicamente el profesional del Derecho, sino también las partes procesales, por lo tanto, lo que se va a transmitir por parte del Juez debe ser comprensible y no dar lugar a dudas, para lo cual se debe utilizar un lenguaje sencillo que permita la comprensión de quienes leen. Los Juristas recomiendan que no se deba utilizar palabras incomprensibles por ejemplo locuciones latinas, o palabras en un

idioma distinto, que causen dificultad al momento de leer el fallo. (Gárate, 2019).

### **Motivación completa**

El juzgador al momento de pronunciar sentencia o resolución, debe abordar todos los puntos que han sido materia del proceso, esta valoración debe necesariamente referirse de forma completa a los medios probatorios aportados dentro del juicio, tanto en lo que refiere a su valoración, exclusión y a su rechazo como elemento de convicción al momento de resolver, obviamente la verdad procesal debe ajustarse a la realidad procesal aunque no siempre sea así.

Es decir, no debe dejar por fuera nada, esto se constituye a través de la valoración de las pruebas dejando claro su admisión o exclusión, como también se debe dejar sentado y de forma clara la razón por la que se rechaza la prueba. Lo ideal es que la verdad procesal coincida con la realidad de los hechos y con la verdad material. (Gárate, 2019).

### **Motivación legítima**

En lo que a la legalidad de la motivación se refiere, esta radica en la legitimidad de los medios probatorios que le han servido de fundamento, precisamente el administrador de justicia es quien realiza la valoración de la prueba, la cual debe haberse actuado conforme a la norma vigente.

Para que sea legítima debe la prueba ser legal y válida. El juez es quien hace la valoración de la prueba y esta debe ser en forma total y no a medias, pues la verdad a medias es falsedad. Solo la prueba debidamente actuada, esto es aquella que se ha pedido, presentado y practicado de acuerdo con la ley, hace fe en juicio. (Gárate, 2019).

### **Motivación lógica**

Al ser el ejercicio del derecho una aplicación de los principios lógicos por excelencia, obviamente el proceso de razonamiento que realiza el juez para resolver un proceso, es un ejercicio lógico, que le permite al juez llegar a una conclusión que se expone a través de la motivación del fallo.

Los principios lógicos son los que guían el correcto razonamiento. Este último aspecto lógico conlleva a los cuatro elementos anteriores por lo tanto se afirma que sin lógica no puede existir lo demás. (Gárate, 2019).

#### **2.2.9.1. Falta de motivación de la sentencia**

Sin embargo se debe tener presente, que si bien el requisito de la motivación es fundamental para la validez de un fallo judicial, se encuentra con cierta frecuencia resoluciones o sentencias, en los cuales se ha omitido este requisito esencial, de tal manera que el juez no expone los fundamentos de su resolución, sin embargo no siempre se encuentra una falta de motivación por esta causa, sino que se encuentran otras causas para que se omita el requisito de motivación de un fallo, esto es el que la resolución presente aparentemente motivación, pero en el fondo no existe, por otro lado puede suceder que la motivación que el juez presenta no alcanza a completar los requisitos de la lógica aplicable a la motivación para justificar las resolución que ha tomado, y finalmente la motivación puede fundarse en normas que no existen en el ordenamiento jurídico, o en normas que no se aplican al caso que está siendo juzgado.

La falta de motivación se da al momento de tomar una decisión, el Juez no señala los motivos que tuvo para hacerlo, es decir, no realiza una justificación de las razones de hecho y de derecho que lo llevaron a tomar esa decisión. Pero la falta de motivación no solo se

remonta a no realizar la justificación, existen ciertos vicios que afectan la falta de motivación.

Una motivación defectuosa. No se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo sujeto. La defectuosa motivación puede darse por varias causas:

- aparente motivación
- insuficiente motivación y
- defectuosa motivación.

Es así como estos vicios, son agrupados en esta clasificación, porque en ellos se da una ausencia parcial en elementos que son indispensables en la justificación de la decisión para entender ésta completa y acorde a los lineamientos que se han impuesto como contenido indispensable de la motivación por la Jurisprudencia y la doctrina. (Gárate, 2019).

### **Motivación Aparente**

En el caso de la motivación aparente, la sentencia o resolución, en un primer momento cuenta con argumentos que sustentan la decisión tomada, sin embargo no soportan un análisis más profundo, es decir son razones que aparentan fundamentar el fallo pero no lo hacen.

A esta motivación aparente se la denomina también como falsa motivación, esto porque el juzgador solamente cita doctrina y jurisprudencia sin referirse a la norma jurídica aplicable al caso.

También es conocida como falsa motivación. No basta con citar normas, doctrina y jurisprudencia para justificar una motivación, pues tal remisión puede

ser incompleta al faltarle una fundamentación legal, e incluso lógica. Se pueden encontrar sentencias que a primera vista, se entiendan motivadas, sin embargo, como se mencionó, ésta justificación resulte meramente aparente y al analizarse no pueda sostenerse que la sentencia está fundada, pues se pueden indicar normas que justifiquen la decisión y además puede existir una conclusión, pero que falten los términos en los cuales se de aplicación a dichas normas en el respectivo caso, además de las razones por las cuales se extrae la conclusión, y no se realice una actividad crítica de los hechos, sólo existiendo una remisión genérica a los mismos que no basta como sustento de la sentencia. (Gárate, 2019).

### **Motivación insuficiente**

La motivación de la decisión del juez es insuficiente cuando nos encontramos con que la motivación no se ajusta a los principios de la lógica al momento de fundamentar el fallo.

Se presenta cuando se vulneran los principios lógicos de la razón suficiente. El Juez aplica en mayor medida el principio de razón suficiente cuyo objeto es el obrar por una parte y pensar por otra. (Gárate, 2019).

### **Motivación defectuosa**

En lo que se refiere a la motivación defectuosa, esta situación puede darse por motivos específicos:

1. Cuando la decisión se toma con normas inexistentes o inconstitucionales;
2. Cuando la norma innovada para decidir no es aplicable al caso y
3. Una defectuosa valoración de la prueba. (Gárate, 2019).



### **Motivación excesiva**

En el caso de existir una motivación excesiva en el fallo judicial, este también se constituye en un defecto de la decisión del juez, pues en el momento de su lectura hace que la razón de la decisión judicial no se pueda identificar de forma clara.

Se puede decir que el exceso de la motivación es un vicio, en cuanto, en la decisión sobran justificaciones y razones sobre la misma y siendo así se hace más difícil identificar la ratio decidendi de la sentencia. (Gárate, 2019).

### **El voto salvado**

El voto salvado, es un instituto jurídico que permite a los jueces de un tribunal el poder disentir de la resolución que han tomado los otros miembros del tribunal, pues en los tribunales las decisiones se toman por mayoría, en las cuales los jueces que toman la decisión deben argumentar el por qué de la misma, en este mismo sentido el juez que salva su voto, debe manifestar las decisiones que le han llevado a disentir de la decisión de mayoría.

El salvamento de voto que se denomina voto particular en los Estados Unidos, voto salvado o voto disidente en otros países, hace parte de la dinámica práctica en las corporaciones judiciales.

Mediante la Sentencia se pone fin al proceso, ella es obligatoria en lo que resuelve, se adopta por mayoría de votos en la respectiva Corte y en ella se consigna lo que la Corte como tal ha decidido en determinado caso. En el futuro será ese, el fallo de la Corte y ya no el proyecto o la ponencia de uno de sus Magistrados.

Pero no siempre se adoptan los fallos por unanimidad, es decir, con el acuerdo de todos los integrantes de la Corporación en el mismo sentido, hay

casos especialmente debatidos en los que alguno o algunos de los jueces se apartan de la decisión mayoritaria.

El salvamento de voto, voto salvado o voto disidente es el documento en el que se consignan las razones por las cuales la minoría discrepa o no comparte la decisión adoptada, se diferencia de la aclaración de voto porque esta consigna las razones por las cuales uno o varios de los jueces -aunque están de acuerdo con la Sentencia en su parte resolutive- no comparten los motivos en que se fundan.

Los salvamentos y las aclaraciones de voto tienen mucha importancia pues no son pocos los casos en que de tanto repetir y repetir una posición jurídica se logra cambiar o hacer que evolucione la jurisprudencia. (Hernández, 2014)

#### **2.2.10. Los medios de impugnación**

Los medios de impugnación o también llamados remedios procesales, son institutos jurídicos creados con el fin de poder resolver o remediar posibles errores cometidos por el administrador de justicia al sustanciar y resolver un juicio, es decir, su fin es poder solucionar posibles errores del juzgador de tal forma que, dentro de lo posible, se reduzca al mínimo la posibilidad de que se produzca un error al sustanciar o resolver un proceso.

Precisamente los remedios procesales complementan el derecho a la tutela judicial efectiva, pues una parte del ejercicio de este derecho precisamente es la posibilidad de poder apelar o impugnar las decisiones del administrador de justicia, que se considera han afectado los intereses o derechos de los sujetos procesales.

Los medios de impugnación son mecanismos procesales a través de los cuales las partes en un proceso pueden pedir la revisión de las resoluciones

judiciales dictadas, pretendiendo su modificación o anulación. Su objetivo principal es el de minimizar el error judicial. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende la facultad de invocar los medios de impugnación previstos por la ley; esto quiere decir que el legislador no está obligado a establecer medios de impugnación pero que, una vez establecidos, la denegación injustificada del acceso a estos instrumentos de tutela vulnera el derecho constitucional. (Álvarez, s/f).

#### **2.2.10.1. La apelación**

La apelación, es un medio de impugnación vertical, es decir que se presenta ante un juez jerárquicamente superior de aquel que dictó el fallo, con el fin de que sea este quien decida sobre los fundamentos que el sujeto procesal ha esgrimido con el fin de que se revoque la sentencia o auto recurrido.

A este respecto cabe decir que el derecho a apelar se encuentra contemplado en nuestra Constitución de la República en su artículo 76, como una parte esencial del derecho al debido proceso.

Por ello, este derecho a recurrir del fallo, forma parte del debido proceso legal, derecho constitucional que se halla consagrado en el mismo artículo 76 de la Carta Fundamental, el cual, contiene a su vez, un conjunto de garantías básicas, las mismas que tienden a proteger y tutelar un proceso justo y libre de arbitrariedades en todas y cada una de las instancias judiciales. Así, nuestra Corte Constitucional, en sentencia N°108-14-SEP-CC, ha señalado que: “[...] de esta manera el debido proceso se constituye en el 'axioma madre', el generador del cual se desprenden todos y cada uno de los principios y garantías que el Estado ecuatoriano se encuentra obligado a tutelar”. (Garzón, s/f).

#### **Derecho a impugnar**

El derecho a poder impugnar las decisiones judiciales, es parte integrante de los derechos humanos, pues precisamente el derecho a impugnar o recurrir los fallos judiciales, se encuentra consagrado como un derecho humano, que se ejercita mediante la posibilidad que tienen todas las personas que se encuentran inmersas en un proceso judicial a ser escuchados en todo momento y en igualdad de condiciones por el juzgador que está conociendo el proceso del cual se es parte, es decir, el derecho a acceder a la justicia de una forma equitativa y en igualdad de condiciones en todos los casos y circunstancias sin discriminación de ninguna naturaleza.

Este derecho a recurrir, igualmente se encuentra garantizado en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, instrumento internacional que, en el artículo 8, literal h), establece como parte de las garantías judiciales el derecho a: “*recurrir del fallo ante juez o tribunal superior (...)*”.(Garzón, s/f).

Cuando se refiere específicamente al derecho a apelar, nos referimos a un derecho que se perfecciona con el acceso a la justicia de forma equitativa sin discriminación de ninguna naturaleza, pero sobretodo el recibir de la administración de justicia una respuesta a su impugnación de tal suerte que no solamente se exige una respuesta sino que esta debe ser oportuna y debidamente motivada.

A su vez, el recurso de apelación, comprende el acceso a la justicia, derecho éste que se manifiesta con la posibilidad de que los ciudadanos puedan acudir a los Juzgados, Tribunales y Cortes del país, con el propósito de formular sus pretensiones y recibir de aquellas autoridades jurisdiccionales, una respuesta a tales requerimientos. El acceso a la justicia se entiende también como la materialización procesal del “*derecho a ser oído*” y que se cumple por parte de los operadores de justicia en relación con los sujetos procesales. No obstante, aquello, este derecho no termina con garantizar a las partes la presentación de

sus peticiones o pretensiones, sino que y, por el contrario, conlleva la obligación de estos (los juzgadores o autoridades jurisdiccionales competentes), a pronunciarse al respecto y resolver lo que en derecho corresponda, es decir, motivadamente. (Garzón, s/f).

Queda claro entonces que el derecho a impugnar no solamente se encuentra establecido como el derecho de los sujetos procesales a recurrir de las decisiones dictadas por los administradores de justicia, sino que esta impugnación debe recibir una respuesta clara, oportuna y debidamente motivada, acorde al mandato Constitucional.

En este sentido lo sostiene Osvaldo Gozaíni (Introducción al derecho procesal constitucional, Rubinzal - Culzoni editores, Buenos Aires, 2006, pág. 38), al decir: *“El derecho de peticionar ante las autoridades no descansa en el remedio de escuchar lo que se pide, porque además de la prerrogativa fundamental que tiene toda persona para ser oída, se necesita integrar la garantía con el deber de respuesta”*, afirmación ésta que además, tiene su sustento en el bloque de constitucionalidad, como se indica en el artículo 8, numeral 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos, que sobre el debido proceso, se pronuncia de manera amplia y señala de modo principal que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o Tribunal competente, el cual debe ser además independiente e imparcial. (Garzón, s/f).

### **Obligación de aplicar el debido proceso**

Cuando nos referimos al debido proceso, nos enfocamos en el derecho al que tiene toda persona que se encuentre inmersa en un proceso judicial, sea cual sea su naturaleza, a recibir una tutela directa de sus derechos, de tal suerte que estos sean protegidos de manera efectiva por el administrador de justicia que conoce el proceso.

Motivo por el que, constituye una obligación de los operadores de justicia, el aplicar estas garantías básicas del debido proceso y, de manera especial, tutelar su cumplimiento en las diferentes actuaciones judiciales, ya que su desconocimiento conduciría a la vulneración de derechos constitucionales. (Garzón, s/f).

En lo que al derecho a apelar se refiere, este es uno de los denominados remedios procesales de carácter vertical, es decir que se debe interponer ante un órgano superior al que dictó la resolución impugnada, de tal manera que sea el jerárquicamente superior quien decida si es procedente o no la impugnación y la resuelva de forma que al ser comunicada esta se encuentre debidamente motivada.

Conforme lo sostiene la ley, la doctrina y los precedentes jurisprudenciales, el recurso ordinario y vertical de apelación se caracteriza por ser un remedio o rectificación procesal, en virtud del cual los sujetos procesales pueden alcanzar que un órgano jurisdiccional jerárquicamente superior de aquel que lo dictó en primera instancia, revoque o reforme el fallo del inferior, cuando este le ha causado un agravio al o los recurrentes, por causa de una errónea aplicación o interpretación del derecho o de la apreciación de los hechos fácticos o de la prueba. (Garzón, s/f).

Es importante señalar que para la interposición del recurso de apelación, no es necesario que este se encuadre en causales o causas previamente establecidas en la ley, como si ocurre cuando nos referimos al recurso de casación, pues para la interposición de recurso de apelación, basta simplemente la percepción del sujeto procesal de haber sido perjudicado en sus intereses para que sea procedente su interposición.

Este recurso ordinario de la *apelatio* (llamamiento o reclamación), no cuenta con causales delimitadoras (como si ocurre en el recurso extraordinario

de casación), sencillamente procede cuando los sujetos procesales (Fiscal, Procesado o Víctima), consideran que han sufrido un agravio en sus derechos, debiendo entenderse como agravio la insatisfacción total o parcial de las pretensiones u oposiciones propuestas por aquellas. (Garzón, s/f).

Una vez que se ha interpuesto el recurso de apelación, en materia penal, el órgano encargado de conocerlo y resolverlo, al momento de pronunciarse no solamente se remiten a pronunciarse sobre el contenido de la apelación, sino que tienen la potestad de revisar de forma completa el proceso, sin ninguna restricción que no sea la de empeorar la situación jurídica del recurrente y contrariar el principio dispositivo.

En estos casos, el Ad quem u órgano superior (Salas de lo Penal y Tránsito de las Cortes Provinciales de Justicia del Ecuador), que conozcan y resuelvan la apelación, no se limitan únicamente a analizar el auto o sentencia recurridas; sino que, por el contrario, en el recurso de apelación se puede revisar íntegra y nuevamente las cuestiones de hecho y de derecho sin limitación alguna, que no sea la de no reformar en perjuicio y en observancia del principio dispositivo; por lo mismo, se puede salvaguardar o enmendar cualquier omisión, error o defecto en el que haya incurrido el juzgador de primer nivel, tanto en la parte sustantiva como en la parte adjetiva (vicios in procedendo e in iudicando). (Garzón, s/f).

### **Doble instancia**

En lo que se refiere a la apelación este se fundamenta en el principio de doble instancia, que se encuentra consagrado en instrumentos internacionales como en la propia Constitución de la República, el cual tiene como finalidad el que un administrador de justicia de jerarquía superior a la del que pronunció el fallo, se pronuncie sobre posibles errores que vicien el proceso cometidos por el juez inferior.

El recurso de apelación surge del principio de doble instancia, garantizado tanto en nuestra Constitución como en los instrumentos internacionales de derechos humanos y tiene como fin que un juzgador superior (ad quem, “desde cierto tiempo”), revise y corrija los errores fácticos y jurídicos incurridos por un juzgador de primer nivel (a quo, “hasta cierto tiempo”). (Garzón, s/f).

Al momento de referirnos sobre el recurso de apelación, nos encontramos con ciertas características que presenta la resolución del recurso, como por ejemplo la imposibilidad de empeorar la situación jurídica del procesado, pues la resolución sobre el recurso de apelación planteado, cuando el apelante es el procesado no puede empeorar la situación del recurrente.

Este recurso, adquiere por lo tanto dos sistemas: la non reformatio in pejus (no reformar en peor o en perjuicio) y la libre apelación.

La primera equivale a que el Tribunal Superior, encargado de dictar un nuevo fallo, no puede empeorar o incrementar la pena en perjuicio inicialmente constituido en la primera instancia y recurrido por el agraviado, pudiendo únicamente considerar las decisiones desfavorables. Esto ocurre, solo cuando la persona procesada es el único recurrente (Art. 77.14 de la Constitución en armonía con el Art. 5.7 del COIP). (Garzón, s/f).

Por otro lado tenemos también la libertad de apelación que le concede al administrador de justicia que conoce y resuelve el recurso de apelación interpuesto, sin que se encuentre abocado a algún tipo de limitación que no sea la imposibilidad de empeorar la situación del procesado cuando es el recurrente.

Por su parte, la libre apelación, por el contrario, permite que el juzgador de segundo nivel, pueda luego de revisarla, resolver en forma amplia y sin



limitación alguna el objeto del recurso, pudiendo aceptar total o parcialmente la impugnación, revocar, modificar o reformar, haciendo más gravosa la situación jurídica de la persona procesada. Esta situación se da cuando recurren del fallo los demás sujetos procesales. (Garzón, s/f).

Sin embargo, a pesar de que usualmente quien interpone el recurso de apelación es el procesado, no existe ningún tipo de limitación para que los otros sujetos procesales interpongan este recurso, cuando se sientan perjudicadas en sus intereses por el fallo recurrido, sin embargo debe tenerse presente que el recurso de apelación en materia penal debe presentarse de forma individual por cada uno de los sujetos procesales, no existe la figura de la apelación colectiva o la adhesión al recurso de apelación, por tanto cada sujeto procesal debe presentar la apelación y su fundamentación de manera independiente.

Si bien es cierto que la apelación nace de la voluntad del perjudicado con el fallo, y en principio podría pensarse que sólo él podría recurrir, empero, en la práctica forense, encontramos que no es así, pues, dentro del proceso penal las otras partes procesales pueden también sentirse afectadas parcialmente.

En nuestro país, en materia penal sólo cabe la apelación simple (interpuesta por aquel sujeto procesal que sufre la derrota en el proceso y siente que el fallo no le es justo, por no sujetarse a derecho).

Por lo mismo, no hay apelación en conjunto ni adhesión al recurso de apelación. Así, no podría recurrir el reo y adherirse la víctima; a no ser que se trate de varias personas procesadas o diferentes víctimas en cuyo caso, de así convenir a sus intereses o estrategia de defensa, si podrían recurrir en forma conjunta, debiendo fundamentarlo sea en forma individual o ligada. (Garzón, s/f).

Finalmente, al momento de resolver el recurso de apelación el administrador de justicia, tiene la potestad de no solamente conocer y resolver el recurso de apelación planteado, sino que puede incluso revisar todo el proceso y en caso de encontrarse vicios que afecten la validez procesal, el juzgador que conoce el recurso de apelación, puede decretar la nulidad de lo actuado, si no es posible sanearla, aunque esta no haya sido alegada en la fundamentación del recurso de apelación.

En tratándose de autos y sentencias, la ley otorga una competencia especial al juez superior, pues no solo se limita a conocer y resolver dicho recurso, sino que y, por el contrario, si observa la existencia de una causal que afecta la validez del proceso, debe declarar la nulidad, aunque no sea objeto de la apelación (Art. 652.10 del COIP), siempre que no sea susceptible de ser saneada, se decretará de plano el auto de nulidad si fuera absoluta e insubsanable. (Garzón, s/f).

### **Interposición de recursos**

En materia procesal, en lo que se refiere específicamente a los autos, podemos advertir dos aspectos sobre la posibilidad de la interposición de recursos, pues por un lado nos encontramos con la posibilidad de interponer recursos de carácter horizontal, como la ampliación la aclaración, la reforma y la revocatoria, mientras que por otro lado se faculta la interposición del recurso de apelación que es un recurso vertical.

En materia de autos existen dos aspectos característicos en lo concerniente a la interposición de los recursos. Por una parte, es factible interponer el recurso de reposición o súplica, -conocidos en nuestra legislación como recursos horizontales de revocatoria o reforma del auto, o el de ampliación o aclaración-, y, posteriormente, de haber sido negado puede recurrirse vía apelación. O bien, si es aceptada la revocatoria o reforma del auto, la contraparte

o sujeto procesal que resulta afectada con dicha decisión, puede interponer contra ella el recurso ordinario de apelación. (Garzón, s/f).

En el caso específico de los autos de sustanciación, nos encontramos que para estas providencias, exclusivamente se encuentra establecido la posibilidad de interponer los recursos de reforma y revocatoria.

Pues, sólo caben los recursos de revocatoria y reforma para los autos de sustanciación y para enmendar providencias, por orden expresa del artículo 254 del Código Orgánico General de Procesos (norma supletoria en materia procesal penal, conforme a la Disposición General Primera del Código Orgánico Integral Penal, y la Disposición Reformativa Primera del COGEP). (Garzón, s/f).

En el caso de las sentencias, en cambio proceden los recursos horizontales de ampliación y aclaración y el recurso vertical de apelación, debiendo interponerse primero los recursos horizontales y luego el recurso vertical o solamente el recurso vertical, pues no se admite el interponer los recursos horizontales conjuntamente con el recurso vertical.

No así de las sentencias, en las que, sólo caben los recursos horizontales de aclaración o ampliación, y una vez agotados estos, de así considerarlo el vencido, puede interponerse el de apelación. Puesto que es improcedente interponer en forma conjunta recursos sucesivos o subsidiarios, esto es, tanto recursos horizontales como verticales en un solo acto (Artículo 252 *ibídem*). (Garzón, s/f).

### **La apelación en el Código Orgánico Integral Penal**

Adentrándonos en la apelación que contempla específicamente el Código Orgánico Integral Penal, esta se encuentra instituida en su artículo 653 que textualmente dice:

“Procedencia.- Procederá el recurso de apelación en los siguientes casos:

1. De la resolución que declara la prescripción del ejercicio de la acción o la pena. 2. Del auto de nulidad. 3. Del auto de sobreseimiento, si existió acusación fiscal. 4. De las sentencias. 5. De la resolución que conceda o niegue la prisión preventiva siempre que esta decisión haya sido dictada en la formulación de cargos o durante la instrucción fiscal.” (COIP, 2014)

El Artículo 654. Numeral 1 del mismo Código Orgánico Integral Penal (2014), establece el trámite del recurso de apelación que podrá interponerse por los sujetos procesales, ante la o el juzgador o tribunal dentro de los tres días de notificado el auto o sentencia

En este sentido el artículo 563. Numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal determina que las audiencias se regirán por las siguientes reglas:

5. Se resolverá de manera motivada en la misma audiencia. Las personas serán notificadas con el solo pronunciamiento oral de la decisión. Las sentencias se reducirán a escrito y se notificará dentro del plazo de diez días. Los plazos para las impugnaciones de las sentencias y autos definitivos no dictados en audiencia correrán a partir de la notificación por escrito. (COIP, 2014).

Los artículos 619, 621 y 622 del Código Orgánico Integral Penal, se refieren a la decisión oral pronunciada en el juicio, de la sentencia comunicada por escrito,

Art. 621.- Sentencia.- Luego de haber pronunciado su decisión en forma oral, el tribunal reducirá a escrito la sentencia la que deberá incluir una motivación completa y suficiente tanto en lo relacionado con la responsabilidad penal como con la determinación de la pena y la reparación integral a la víctima o la desestimación de estos aspectos. El tribunal ordenará se notifique con el contenido de la sentencia dentro del plazo de diez días posteriores a la

finalización de la audiencia, de la que se pueden interponer los recursos expresamente previstos en este Código y la Constitución de la República.

Artículo 622: Requisitos de la sentencia.- La sentencia escrita, deberá contener: 1. La mención del tribunal, el lugar, la fecha y hora en que se dicta; el nombre y el apellido de la o el sentenciado y los demás datos que sirvan para identificarlo. 2. La relación precisa y circunstanciada del hecho punible y de los actos de la o el sentenciado que el tribunal considera probados en relación a las pruebas practicadas. 3. Las consideraciones por las cuales se dé por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad. 4. La parte resolutive, con mención de las disposiciones legales aplicadas. 5. La determinación individual de la participación de la o las personas juzgadas en relación con las pruebas practicadas y la pena por imponerse, de ser el caso. 6. La condena a reparar integralmente los daños ocasionados por la infracción con la determinación del monto económico que pagará la persona sentenciada a la víctima y demás mecanismos necesarios para la reparación integral, con determinación de las pruebas que hayan servido para la cuantificación de los perjuicios cuando corresponda. 7. Cuando se determine la responsabilidad penal de la persona jurídica, la o el juzgador deberá verificar los daños a los terceros para poder imponer la pena. 8. Las costas y el comiso o la restitución de bienes o el producto de su enajenación, valores o rendimientos que hayan generado a las personas que les corresponde. 9. La orden de destruir las muestras de las sustancias por delitos de producción o tráfico ilícitos de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. 10. La suspensión condicional de la pena y señalamiento

del plazo dentro del cual se pagará la multa, cuando corresponda. 11. La firma de las o los juzgadores que conforman el tribunal. (COIP, 2014)

### **2.2.11. El ejercicio de la acción penal**

El ejercicio de la acción penal, está determinado en el Art. 410 del Código Orgánico Integral Penal (2014), “El ejercicio de la acción penal es público y privado. El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa. El ejercicio privado de la acción penal corresponde únicamente a la víctima, mediante querrela.”

La norma penal, establece claramente que el ejercicio de la acción penal está distribuido de dos formas, pública y privada.

En el caso de la acción penal pública, esta es atribución exclusiva de la Fiscalía, aun cuando no exista ningún tipo de denuncia previa sobre el hecho a investigarse.

En el caso de la acción penal privada, su ejercicio le corresponde de manera privativa a la víctima del presunto acto ilícito, de tal manera que siempre debe presentarse mediante querrela.

#### **2.2.11.1. Ejercicio de Acción Penal Privada, como el procedimiento para seguir el delito de Estupro.**

En el artículo 415 del Código Orgánico Integral Penal, se establecen en forma expresa cuales son los delitos que se pueden perseguir en base a la querrela, es decir a una acción privada, tomando en cuenta que estos delitos tipificados, pueden llegar a una sanción siempre y cuando el ofendido, la víctima del delito, los persiga, caso contrario este tipo de delitos pueden quedar en la impunidad; por lo tanto, los efectos jurídicos en los delitos del ejercicio de la acción penal privada son:

Si hay sentencia condenatoria, el querrellado cumplirá la pena, el querrellado cumplirá con el pago de la reparación integral a la víctima, el juzgador dentro del

proceso penal ratificará el estado de inocencia del querellado si lo encontrare inocente, existe la posibilidad de que se declare el querellado de malicioso o temerario, según el artículo 431 del Código Orgánico Integral Penal sobre la responsabilidad expresa que el denunciante no es parte procesal, pero responderá en los casos de denuncia declarada como maliciosa o temeraria y si el querellado no asiste a la audiencia se le declarará abandonada la audiencia.

El tratadista Pozo Carlos sobre los delitos de acción penal privada estima que: Si el querellado no asiste a la audiencia de conciliación, no se permite el derecho a la defensa, ya que nada indica las circunstancias que justifiquen la inasistencia de éste a dicha audiencia, y que se prosigue con el trámite, lo cual viola la legítima defensa del querellado.

Proseguir con el trámite en ausencia del querellado, viola el derecho a la defensa de una de las partes, que son diferencias básicas entre principios y reglas que conducen a establecer, que los principios tienen una dimensión que falta en las normas, la dimensión de peso o la importancia, cuando los principios se interfieren, quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso referente de cada uno, en esto no puede haber, por cierto, una 42 conciliación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en lo personal es más importante que otro será con frecuencia motivo de controversia (Cafferata 2000).

Sin embargo es parte esencial del principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene; las normas no tienen esa dimensión, al hablar de reglas o normas podemos decir que son o no funcionalmente importantes, pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, con ello quiero llegar a la conclusión que se permita una nueva audiencia

cuando el querellado no asiste a una audiencia en el proceso de acción penal privada, siempre y cuando se justifique las causas de la inasistencia.

La aplicación de la mediación en el proceso penal es factible, debido a un cambio en su concepción y la aceptación de este método alternativo de solución de controversias en la Constitución de la República y en el Código Orgánico de la Función Judicial, como potestad de los jueces, la misma que se aplica en delitos de acción penal privada; el sustento de la mediación no solamente tiene un principio constitucional, sino también práctico, esto es que las acciones penales privadas, buscan reparaciones a sus derechos.

Otro tratadista como (Cuello Calon s.f.): “Si en un proceso no asiste el querellado a la audiencia de conciliación, y se prosigue con el trámite se violan derechos a la seguridad jurídica de condiciones entre las partes, con lo cual se convierten en prácticas viciosas en su contra”.

(Alban 2009) “La seguridad jurídica tiene que ver con el derecho de un ciudadano a no ser atropellado en sus derechos y garantías frente a la intervención de los particulares; la seguridad jurídica viene a constituir en un principio del debido proceso, que no puede ser tal, sino aquel en que se ha respetado los derechos y garantías que le asisten a cualquier ciudadano que es objeto de una investigación o en contra de quienes se ha iniciado un proceso penal”.

#### **2.2.11.2. Ejercicio de Acción Penal Pública en el delito de Abuso sexual.**

La Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que todos somos iguales ante la ley. Lo único que permite es, a través del Código Orgánico de la Función



Judicial, el fuero, es decir, la potestad única de determinados estamentos judiciales para juzgar a ciertas personas, autoridades o funcionarios.

Nadie está fuera de la ley, de un proceso o una sentencia si cometió algún tipo de delito, infracción o contravención, en todos los casos, con fuero o sin fuero, se deben respetar las reglas del debido proceso y la sanción que imponen solo los jueces.

Hay que tomar en cuenta que delitos como la violación son de acción pública, por lo que deben, obligadamente, proceder dentro de una indagación; o si el delito es flagrante una instrucción fiscal. Solo el fiscal es quien puede procesar la fase indagatoria o las etapas.

Esta es la parte medular, ya que de ella saldrán elementos que demuestren la materialidad de un delito. Son los elementos de convicción que se requieren y que deberán ser acreditados por un fiscal que demuestren en forma clara la comisión de la infracción o un delito.

Cuando hablamos de la prueba en materia penal podemos decir que la prueba, es el instrumento razón, argumento o cualquier otro medio por el cual se pretende demostrar la verdad o falsedad de un hecho o acto, que se encuentran en litigio, esta prueba debe estar acorde a lo que determina la ley específica para cada caso en concreto.

Conforme se establece en el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal, la finalidad de la prueba es llevar al administrador de justicia al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.

Por su parte el artículo 454 ibidem, establece los principios que rigen el anuncio y la práctica de la prueba.

*Principio de oportunidad*, según el cual la prueba debe ser anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, disponiendo taxativamente que su práctica será únicamente en la audiencia de juicio.

Los elementos de convicción se presentarán en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, respecto de las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación estas alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio.

Respecto del testimonio producido de forma anticipada, se dispone que solo en los casos excepcionales previstos en este Código, podrá ser prueba.

*Principio de inmediación*, este principio obliga a los administradores de justicia, y las partes procesales a estar presentes en la práctica de la prueba.

*Principio de contradicción*, este principio consagra el derecho de las partes a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada.

*Principio de libertad probatoria*, principio que establece que todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas.

*Principio de pertinencia*, este principio establece que las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada.

*Principio de exclusión*, con la aplicación de este principio encontramos dispuesta la carencia de eficacia probatoria de toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos

internacionales de derechos humanos o en la Ley, por lo que debe ser excluida del proceso.

Sin embargo se dispone la admisión de los medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la o el fiscal con la persona procesada o su defensa en desarrollo de manifestaciones pre acordadas.

Los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio. En ningún caso serán admitidos como prueba.

*Principio de igualdad de oportunidades para la prueba*, este principio consagra el derecho de los sujetos procesales a la efectiva igualdad material y formal de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal.

Por la su parte, el Art. 455 del Código Orgánico Integral Penal, establece el nexo causal “La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones.”

Entonces, el nexo causal es la característica intrínseca que debe tener la prueba de estar unida de forma inequívoca a la infracción y la persona que es procesada en juicio, de tal forma que este nexo debe basarse en hechos reales y nunca en presunciones.

Respecto de la valoración de la prueba, claramente el artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal, establece los criterios para realizar esta valoración.

Art. 457.- Criterios de valoración.- La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado

actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales.

La demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente.

En el caso de delito de desaparición involuntaria, la acumulación de indicios servirá de nexo causal vinculante siempre y cuando dichos indicios se relacionen con el hecho o circunstancia a probar y sean inequívocos respecto del hecho o circunstancia controvertida.

#### **2.2.12. Los medios de prueba en materia penal**

El artículo 498 del Código Orgánico Integral Penal, establece que los medio de prueba que son admitidos en materia penal:

1. El documento
2. El testimonio
3. La pericia.

*El documento*, las reglas de la prueba documental están establecidas en el Art. 499 del Código Orgánico Integral Penal:

1. No se obligará a la persona procesada a que reconozca documentos ni la firma constante en ellos, pero se aceptará su reconocimiento voluntario.
2. La o el fiscal o la o el defensor público o privado, podrá requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos, que se valorarán en juicio.

3. No se hará otro uso de la correspondencia y de los otros documentos agregados al proceso que el necesario para esclarecer los hechos y circunstancias materia del juicio y de sus posibles responsables.

4. Si los documentos forman parte de otro proceso o registro o si reposan en algún archivo público, se obtendrá copia certificada de ellos y no se agregará originales sino cuando sea indispensable para constancia del hecho. En este último caso, la copia quedará en dicho archivo, proceso o registro y satisfecha la necesidad se devolverán los originales, dejando la copia certificada en el proceso.

5. No se podrá hacer uso procesal o extraprocesal de ninguno de los datos que suministren los documentos si versan sobre asuntos que no tienen relación con el proceso.

6. Podrá admitirse como medio de prueba todo contenido digital conforme con las normas de este Código.

*El testimonio*, establecido en el Art. 501 del Código Orgánico Integral Penal, establece que el testimonio es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal, a su vez el Art. 502 del mismo cuerpo legal, establece las reglas generales de la prueba testimonial.

1. El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas.

2. La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden

comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptar el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción.

3. Si la persona reside en el extranjero, se procederá conforme con las normas internacionales o nacionales para el auxilio y la cooperación judicial. Si es posible se establecerá comunicación telemática.

4. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de una infracción o de sus parientes con independencia del grado de parentesco.

5. Las niñas, niños y adolescentes declararán sin juramento, pero con la presencia de sus representantes o un curador que será nombrado y posesionado en la misma audiencia de juicio.

6. La o el juzgador nombrará y posesionará en el mismo acto a un traductor, cuando el declarante no sepa el idioma castellano.

7. Si la persona que declara es sordomuda, la o el juzgador recibirá el testimonio por escrito; si no sabe escribir, con el auxilio de un intérprete o, a falta de éste, de una persona acostumbrada a entender al declarante, a quien se le posesionará en el mismo acto.

8. Los testimonios no podrán ser interrumpidos, salvo que exista una objeción por parte de los sujetos procesales.

9. Las personas que sean llamadas a declarar y que se encuentren en situación de riesgo tendrán derecho al resguardo proporcionado por la o el fiscal a través del Sistema nacional de protección y asistencia de víctimas, testigos y otros participantes en el proceso, o disposición a la Policía Nacional, a fin de que se garantice su integridad personal, su testimonio y comparecencia a la audiencia de juicio, en la que puedan rendir su testimonio a través de medios tecnológicos o de caracterización que aseguren su integridad.

10. El testimonio se practicará en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia, con excepción de los testimonios anticipados.

11. Las o los servidores públicos que gozan de fuero de Corte Nacional, podrán rendir su testimonio mediante informe juramentado.

12. Quienes rindan testimonio deberán informar sobre sus nombres, apellidos, edad, nacionalidad, domicilio o residencia, estado civil, oficio o profesión, salvo el caso del testigo protegido, informante, agente encubierto o persona cuya integridad se encuentre en riesgo. Permanecerán en un lugar aislado, declaran individualmente y de forma separada de modo que no puedan oír mutuamente sus declaraciones.

13. Al momento de rendir testimonio, se prestará juramento en todo cuanto conoce y se es preguntada. Se le advertirá sobre las penas con las cuales será sancionado el perjurio.

14. Los sujetos procesales podrán realizar preguntas u objetarlas, y la o el juzgador deberán resolver la objeción para que la persona las conteste o se abstenga de hacerlo.

15. No se podrán formular preguntas autoincriminatorias, engañosas, capciosas o

impertinentes.

16. No se podrán formular preguntas sugestivas en el interrogatorio, excepto cuando se trate de una pregunta introductoria o que recapitule información ya entregada por el mismo declarante.

17. Podrán hacerse preguntas sugestivas durante el contra examen.

*La pericia establecida*, en el Art. 511 del Código Orgánico Integral Penal tiene como reglas generales

1. Ser profesionales expertos en el área, especialistas titulados o con conocimientos, experiencia o experticia en la materia y especialidad, acreditados por el Consejo de la Judicatura.

2. Desempeñar su función de manera obligatoria, para lo cual la o el perito será designado y notificado con el cargo.

3. La persona designada deberá excusarse si se halla en alguna de las causales establecidas en este Código para las o los juzgadores.

4. Las o los peritos no podrán ser recusados, sin embargo el informe no tendrá valor alguno si el perito que lo presenta, tiene motivo de inhabilidad o excusa, debidamente comprobada.

5. Presentar dentro del plazo señalado sus informes, aclarar o ampliar los mismos a pedido de los sujetos procesales.

6. El informe pericial deberá contener como mínimo el lugar y fecha de realización del peritaje, identificación del perito, descripción y estado de la persona u objeto peritado, la técnica utilizada, la fundamentación científica, ilustraciones gráficas cuando corresponda, las conclusiones y la firma.



7. Comparecer a la audiencia de juicio y sustentar de manera oral sus informes y contestar los interrogatorios de las partes, para lo cual podrán emplear cualquier medio.

8. El Consejo de la Judicatura organizará el sistema pericial a nivel nacional, el monto que se cobre por estas diligencias judiciales o procesales, podrán ser canceladas por el Consejo de la Judicatura.

De no existir persona acreditada como perito en determinadas áreas, se deberá contar con quien tenga conocimiento, especialidad, experticia o título que acredite su capacidad para desarrollar el peritaje. Para los casos de mala práctica profesional la o el fiscal solicitará una terna de profesionales con la especialidad correspondiente al organismo rector de la materia.

Cuando en la investigación intervengan peritos internacionales, sus informes podrán ser incorporados como prueba, a través de testimonios anticipados o podrán ser receptados mediante video conferencias de acuerdo a las reglas del presente Código.

### **Preguntas de investigación**

1. ¿En el caso de estudio se aplicó discrecionalidad judicial a favor de alguno de los sujetos procesales?
2. ¿Cuál es el alcance de la subsunción judicial en el proceso penal analizado?
3. ¿En el presente caso de estudio se ha aplicado adecuadamente el ejercicio de la subsunción legal y discrecionalidad judicial?
4. ¿En el presente caso de estudio se ha respetado el derecho al debido proceso?

5. ¿En el presente caso tanto de la sentencia de primer nivel como la de segundo nivel, garantizaron o afectaron los derechos del acusado?

## **CAPÍTULO III**

### **3. Descripción del trabajo investigativo realizado**

#### **3.1. Redacción del cuerpo del estudio de caso**

En virtud de la emergencia sanitaria, producto de la pandemia de la COVID-19, que está atravesando el mundo, el presente estudio de caso ha sido realizado en base a dogmática jurídica, información y bibliografía en mayor medida obtenida de la herramienta informática de internet, normativa legal, casos relacionados al tema y otras publicaciones pertinentes al tema del estudio de caso. Adicionalmente, se ha contado con el aporte de trabajos de investigación en materia jurídica previamente realizados que han servido de fuente de consulta en para el desarrollo de este proceso.

Para el inicio del desarrollo de este análisis de caso, cuyo informe final se pone a consideración del lector, se hizo una lectura minuciosa del proceso estudiado, para poder adquirir la información suficiente para el desarrollo del caso, en especial de las decisiones judiciales emitidas en la causa. En la causa analizada existen dos sentencias, de primera y segunda instancia, por tal razón se analizó cada una de ellas, sobretodo de los fundamentos que sirvieron de base para el pronunciamiento de los administradores de justicia, que posteriormente fueron analizados y desarrollados para tener un conocimiento amplio sobre la subsunción judicial legal y el principio de discrecionalidad judicial, ejercicio de la acción penal pública, ejercicio de la acción penal privada entre otros.

El análisis es necesario debido a que después de ser desarrollado, estudiado, y analizada cada etapa procesal partiendo de la denuncia, formulación de cargos, la acusación, las acciones de fiscalía, decisiones y sentencia, se responde las interrogantes en la parte de los resultados y conclusiones.

### **Metodología**

La metodología del análisis del caso que se aplicó, es la siguiente:

- Método analítico: sirvió para analizar los fundamentos de derecho que motivaron a los operadores de justicia, para emitir varias sentencias con contenidos diferentes.
- Método Sintético: Admitió unificar el contenido académico tratado por partes separadas para facilitar su comprensión sobre el asunto que se analiza.
- Método Inductivo: Permitió analizar los hechos particulares o individuales para llegar a comprender el contenido de las diferentes sentencias.
- Método Bibliográfico: Sirvió para recabar información veraz y confiable de la doctrina nacional e internacional.

## **CAPITULO IV**

### **4. Resultados de la investigación realizada**

#### **4.1. Resultados de la investigación**

Como fruto de este trabajo se evidencia el desconocimiento de la subsunción judicial legal y el principio de discrecionalidad judicial, que afecta directamente al procesado en la causa, debido a la falta de fundamentación de la que adolece la sentencia de segunda instancia, en la cual los miembros de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo en su sentencia de mayoría, sin fundamentar el proceso de subsunción legal y la forma en la que aplican la discrecionalidad judicial, pues no se pronuncian sobre los elementos estructurales del delito de abuso sexual establecidos en el Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal, revocan la sentencia de primer nivel y condenan al procesado, cuyo estado de inocencia por el contrario, es ratificado en la motivación del voto salvado o voto disidente o de minoría.

La sentencia emitida por el Tribunal Penal del cantón Riobamba, confirma el estado de inocencia del procesado por que al momento de realizar el análisis de los elementos probatorios aportados dentro de la sustanciación del proceso, respecto de los elementos estructurales del delito de abuso sexual establecidos en el Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal que son a) un acto de naturaleza sexual, atendiéndose este como cualquier acción lujuriosa ejecutada físicamente en el cuerpo del sujeto pasivo, como caricias , manoseos y tocamientos corporales obscenos que el sujeto activo hace ejecutar a su víctima; b) ausencia de propósito directo de llegar a la cópula pues de darse esta o un principio de la ejecución del delito tentado, desaparecería esta figura delictiva o se quedaría prendida dentro de la tentativa de violación; y, c) Sin el

consentimiento de la persona púber o con el consentimiento del impúber, En el caso estudiado, la menor fue enfática en señalar que no se dieron caricias, manoseos, tocamientos corporales que únicamente le toco la cintura, lo cual es ratificado por la declaración de del hermano de la menor quien dice claramente que Facebook de la menor, ella misma fue quien insistió que acuda a la casa el procesado lo que desvirtúa que este tenía proyectado el cometimiento del ilícito acusado lo que es coherente con lo sucedido , pues no se ha demostrado que la actividad a realizar iba a ser física o fisiológicamente distinta del acceso carnal y que síquicamente se dio un acto lubrico incompleto ni emergió alguna actividad del agente no es el acceso. En cuanto a la acción incriminada, esto es el delito de abuso sexual, el Tribunal de Garantías Penales, conforme al razonamiento realizado, concluye que el acusado no cometió un delito, es decir no infringió el ordenamiento jurídico (antijuridicidad) en la forma prevista por un tipo penal (tipicidad) y cuya acción se le atribuye como autor (culpabilidad) del tipo penal establecido en el Art. 170 inciso segundo del Código Orgánico Integral Penal.

Al resolver el recurso de apelación planteado por fiscalía, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo en su sentencia de mayoría, se limita a firmar que con los testimonios rendidos en la etapa de juicio, se ha probado en forma directa la participación del procesado en el hecho denunciado, la adolescente de 12 años, el día 8 de octubre de 2021, a las 11h10 más o menos al encontrarse sola llama al procesado con el fin de que le ayude con las tareas, aprovechando el procesado que se encontraba sola, para abusar de la menor, tocándole su cuerpo y desnudarse al igual que ella y entrar en la cama desnudos, faltándole su integridad personal, quien se encontraba en total estado de vulnerabilidad por su corta edad y al estar sola. Violentando de esta manera el Art. 66 numeral 3 literales a) y b) de la Constitución, que ella tiene derecho a vivir en una

sociedad en donde se respete la integridad física, psíquica y sexual y libre de violencia, además por pertenecer a un grupo vulnerable merece mayor consideración y protección de acuerdo al Art. 81 Ibídem y 1 y 5 del Código de la Niñez el día indicado el procesado violentó el derecho de la víctima a su integridad personal, afectando en su vida; en el grado de autor conforme el Art. 42 del COIP, ha incurrido en el delito de abuso sexual, tipificado en el Art. 170 inciso segundo, porque la víctima tenía 12 años conforme consta del certificado digital de datos de identidad, ha nacido el día 5 de diciembre del año 2007, por lo que al haberse aprobado de manera contundente y haberse cumplido con el nexo causal que señala el Art. 455 del COIP, se encuentra que es responsable del delito el procesado.

Este desfase en la administración de justicia, genera desconfianza en el sistema de administración de justicia, pues la motivación de las decisiones judiciales, a más de ser un requisito obligatorio de las mismas por mandato Constitucional y legal, las reviste de un aspecto de validez fundamental para generar confianza en la sociedad, y al omitirse este requisito, se genera desconfianza tanto en la validez de las decisiones judiciales como en el accionar de los administradores de justicia.

#### **4.2. Impacto de los resultados**

La investigación logró que la autora tomara conciencia de las deficiencias de nuestro sistema penal al momento en el que los administradores de justicia deben aplicar la subsunción legal y la discrecionalidad judicial.

La presunción de inocencia no tiene un significado sustantivo para ciertos operadores judiciales, en estos casos la presión social juega un papel importante, porque los operadores judiciales están expuestos a determinar la inocencia como seres humanos y figuras sociales

Dictar sentencia condenatoria en contra de inocentes es una situación indeseable en el sistema de garantías, pero en realidad la sociedad exige un severo castigo por los comportamientos que son llevados a juicio, sin embargo la falta de conocimiento de los administradores de justicia respecto de la forma en la cual se debe aplicar la subsunción legal y la discrecionalidad judicial puede llevar a grandes errores y lesionar los derechos de las personas.

Un sistema penal debe ser coherente y contar con juzgadores plenamente capacitados y conocedores del derecho, lo que permite exigir a los administradores de justicia que cumplan cabalmente con su trabajo y la aplicación de las garantías previamente establecidas. No se trata de falta de garantías, sino de aplicación. Por supuesto, no todo depende del juez sino de los aportes probatorios realizados por las partes dentro del desarrollo procesal, sin embargo cuando los sujetos procesales han cumplido plenamente con su impulso procesal y aportes probatorios, ya todo cae en manos del juez y a él le corresponde actuar responsablemente conforme a derecho.



## CONCLUSIONES

- El adecuado conocimiento y aplicación de la subsunción legal y discrecionalidad judicial, son de trascendental importancia para los administradores de justicia pues conllevan una garantía de una adecuada administración de justicia, lo que genera confianza de la población en general en las actuaciones de la función jurisdiccional.
- En el caso objeto de estudio, se determina que el procesado conoció a la menor de edad, a través de la red social Facebook, en la cual la menor se identificaba con una edad d 20 años y estudiante universitaria, siendo ella quien a través de mensajes en esta red social insistió al procesado para que vaya hasta su domicilio el día de los hechos denunciados.
- En el caso analizado, el procesado fue acusado del delito de abuso sexual, sin embargo, no se demostró que se hubiese cumplido con los elementos que conforman el tipo penal establecido en el Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal, de tal manera que así lo manifiesta claramente el Tribunal de garantías Penales del cantón Riobamba en la motivación de su sentencia confirmatoria del estado de inocencia del acusado.
- Se concluye que la sentencia de mayoría dictada por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Chimborazo carece de motivación que establezca clara y precisamente el proceso de subsunción legal y la discrecionalidad judicial que le llevó a revocar la sentencia de primer nivel y dictar fallo condenatorio en contra del acusado, lo cual se constituye en una verdadera afectación a los derechos del procesado.
- Se concluye el voto salvado de segunda instancia, analiza de forma adecuada el proceso subido en grado, y realizada la debida motivación de los fundamentos

que le llevaron a ratificar la sentencia recurrida, confirmando el estado de inocencia del acusado, lo cual si bien no influye en la decisión de mayoría, sí garantiza el derecho del proceso a fin de interponerse recursos posteriores. .

## **BIBLIOGRAFÍA**

- Abarca Galeas, L. (2002), Lecciones de Procedimiento Penal, Tomo IV, Corporación de Estudios y Publicaciones
- Agudelo Giraldo, O., León Molina, J., Prieto Salas, M., Reyes Alfonso, J., (2017). Lógica aplicada al razonamiento del derecho. Universidad Católica de Colombia <https://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/logica-aplicada-al-razonamiento-del-derecho-2-edicion/pubData/source/logica-aplicada-al-razonamiento-del-derecho.pdf>
- Alchourrón, C. (2000). Sobre derecho y logica. Isonomia .
- Álvarez del Cuvillo, A. (s/f) Apuntes de Derecho Procesal Laboral Tema 12 Medios de impugnación. [Archivo PDF] [https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1280/mod\\_resource/content/1/procesal12.pdf#:~:text=Los%20medios%20de%20impugnaci%C3%B3n%20son,de%20minimizar%20el%20error%20ju](https://ocw.uca.es/pluginfile.php/1280/mod_resource/content/1/procesal12.pdf#:~:text=Los%20medios%20de%20impugnaci%C3%B3n%20son,de%20minimizar%20el%20error%20ju)
- Atienza, M. (2006). El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel.
- Castañeda Torres, G. (2016) La discrecionalidad del juez penal y Reseña crítica del sistema penal acusatorio en Colombia. [Trabajo de investigación para optar por el título de Magister en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás]. Repositorio Institucional – Santo Tomás.
- Córdoba de la Llave, R., El Instinto Diabólico. Agresiones Sexuales en la Castilla Medieval, Córdoba, 1994.
- Muñoz, Conde, F. (2019) Derecho Penal Parte General 10ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia
- Devis Echandía, H. (1985) Teoría General del Proceso, T.II Ed. Universidad, Buenos Aires.

García Amado, J. A. (julio-diciembre de 2006). ¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial? Isegoría

Gárate, M. (2019). Requisitos de la motivación de la sentencia. Derecho Ecuador.  
<https://www.derechoecuador.com/requisitos-de-la-motivacion-de-la-sentencia>

Enciclopedia jurídica (2020) <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/subsunci%C3%B3n/subsunci%C3%B3n.htm>

Florez Aristizabal, E., Mojica Araque, C. (2020) Discrecionalidad judicial. Desarrollo de una categoría en continua construcción. Medellín.  
<https://www.redalyc.org/jatsRepo/279/27963600004/html/index.html>

Garzón Villacrés, I. (s/f) Apelación en materia penal. Derecho Ecuador.  
<https://www.derechoecuador.com/apelacion-en-materia-penal>

Hernández Galindo, J. (2014) ¿Qué es un salvamento del voto? La voz del derecho.  
<https://www.lavozdelderecho.com/index.php/actualidad-2/corrupt-5/item/2716-analisis-de-la-voz-del-derecho-que-es-un-salvamento-de-voto>

Lastra, J. M. (2005) "Fundamentos de derecho", Ed. Porrúa, México.

López Durán, R., Villamar Cruz, V., González Infante, C. (2018) Introducción al estudio del derecho. IUERE Editores.  
<https://elibro.net/es/ereader/bibliotecaueb/40257>

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., y Slokar, A. (2005). Comentario a derecho penal. Parte general. Ediar. Buenos Aires.

Zorrilla, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Madrid: Marcial Pons.

## **Lexgrafía**

Constitución de la República del Ecuador, (CRE) Decreto Legislativo 0, Registro Oficial N°. 449 de 20 de octubre de 2008

Código Orgánico Integral Penal (COIP), Registro Oficial N°180 de 10 de febrero de 2014.

Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ). Registro Oficial Suplemento N°544 de 9 de marzo de 2009.

### **Webgrafía**

García, José “DERECHO CONSTITUCIONAL A LA DEFENSA TÉCNICA” 29 de diciembre 2014. <https://www.derechoescuador.com/derechoconstitucional-a-la-defensa-tecnica-> Tomado el 4 de julio de 2020.

Abuso sexual en personas con discapacidad intelectual <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/2877/Abuso+sexual+en+personas+con+discapacidad+internacional.pdf?sequence=1>. Tomado el 3 de junio de 2020.