Veinte y Siete -27-

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.

SALA ESPECIALIZADA DE ADOLESCENTES INFRACTORES

PROCESO No. 038-2012

RECURSO DE CASACIÓN

LA FISCALÍA CONTRA EL ADOLESCENTE EDWIN EFRAIN ONTANEDA CUEVA

JUEZ PONENTE: VICENTE TIBERIO ROBALINO VILLAFUERTE

Quito, 5 de junio de 2012, las 08h30.

VISTOS:

Agréguese el escrito que antecede del Dr. Luis Miguel Egas en calidad de Procurador Judicial de los señores Idilio Raúl Abad Jiménez y Alba Noemid Gaona Abad, confiérase las copias simples que solicita; notifíquese al casillero Judicial NO. 5586 del Palacio de Justicia de la ciudad de Quito.

1. ANTECEDENTES.

El señor Juez Único de Zamora Chinchipe con sede en Zumba declaró al ciudadano adolescente Edwin Efraín Ontaneda Cueva autor en el grado de tentativa según la regla 16[1] del Código Penal, de la infracción descrita en el artículo 512.1[2] y sancionada en el artículo 513[3] del mismo cuerpo legal,

[1] **Art. 16.-** Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica.

Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto solamente a la pena por los actos ejecutados, siempre que éstos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la Ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa.

Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio o la mitad.

Las contravenciones solo son punibles cuando han sido consumadas.

[2] **Art. 512.-** Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

1o.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años;
2o.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,
3o.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.

esto es tentativa de violación sexual a una niña, por lo que conforme al Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia le impone la medida socio educativa de dos años de internamiento institucional a cumplir en el Centro de Rehabilitación de Adolescentes Infractores de Loja.

De tal decisión el adolescente y el padre de la niña presuntamente ofendida apelaron y la Primera y Única Sala de la Corte Provincial de Justicia de Zamora confirmó la sentencia impugnada.

El ciudadano Edwin Efraín Ontaneda Cueva, así como el señor Raúl Abad Jiménez, padre de la niña Josmani Abad, presunta ofendida, han propuesto recurso de casación contra la resolución dictada por la Sala de apelaciones.

A la audiencia oral, reservada y de contradictorio que se celebró por el sistema de video conferencia a efecto de dar facilidades en el ejercicio de sus derechos a las partes y evitarles erogaciones, concurrieron el señor doctor José García Falconí en representación de la Fiscalía General del Estado, el señor doctor Eddy Benavides abogado de la Defensoría Pública, en defensa de los intereses del adolescente infractor Edwin Efraín Ontaneda Cueva, no concurrió el padre de la niña presuntamente ofendida ni su abogado defensor particular, doctor Hernán Jiménez, por lo que se declaró el abandono del recurso en lo que a la parte presuntamente ofendida se refiere.

2. COMPETENCIA DE LA SALA.

De acuerdo con los artículos 184.1 de la Constitución de la República del Ecuador, 187.1 del Código Orgánico de la Función Judicial; y 255 del Código de la Niñez y Adolescencia la Sala Especializada de Adolescentes Infractores tiene competencia para conocer del recurso de casación por intermedio de las Juezas y el Juez actuantes.

No se ha impugnado tal competencia ni a las juezas ni al juez que integran el Tribunal.

3. DEL TRÁMITE.

Se ha seguido el trámite establecido por el Código de Procedimiento Penal en los artículos 349 y siguientes pues constituye la aplicación de la norma de renvío prevista en el artículo 366 del Código de la Niñez y Adolescencia.

---

[3] **Art. 513**.- El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, en el número 1 del artículo anterior; y, con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los números 2 y 3 del mismo artículo.

4. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES.

El defensor del procesado manifestó fundamentalmente, que:

i. se recurre de la sentencia emitida por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora Chinchipe, con fundamento en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal que se refiere a la violación de la ley ya por contravenir expresamente a esta, de igual manera por indebida aplicación o ya por errónea interpretación de los jueces, en el caso existe indebida aplicación de los artículos 85[4] y 86[5] del Código de Procedimiento Penal, por cuanto la finalidad de la prueba es establecer tanto la materialidad de la infracción como la responsabilidad, no se la practicó correctamente dentro de la audiencia de juicio como consta dentro del examen medico legal practicado a la "menor" no se recogieron pruebas de ADN justamente para identificar claramente la responsabilidad de su defendido,

ii. es así que -de igual manera- se viola el artículo 304-A[6] del Código de Procedimiento Penal el cual indica que el juzgador debe tener la certeza absoluta para poder declarar al procesado como responsable del ilícito cometido, en este caso sin esa prueba fundamental, mal puede indicar que existe la certeza en cuanto a la responsabilidad de su defendido, siendo así que en ese sentido se violan los artículos 85, 86 y 304-A del Código de Procedimiento Penal; existe vulneración al artículo 76.7,l)[7] de la Constitución de la República ya que la resolución recurrida carece de motivación, de la misma manera se ha violado el artículo 46 pues su defendido está sentenciado en el grado de tentativa por lo que se le debe imponer de uno a dos tercios de la pena, y en este caso no es una pena si no una medida socioeducativa por lo tanto también se viola el artículo 76.6 de la Constitución que trata de la proporcionalidad que debe existir entre la infracción y la medida socioeducativa

---

[4] **Art. 85.**- Finalidad de la prueba.- La prueba debe establecer tanto la existencia de la infracción como la responsabilidad del procesado.

[5] **Art. 86.**- Apreciación de la prueba.- Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.

[6] **Art. 304-A.**- Reglas Generales.- La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el tribunal de garantías penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos.

[7] Sobre el derecho de motivación de las resoluciones.

impuesta a su defendido, de la misma forma se vulnera el artículo 66.3,l) de la Constitución que expresa que se prohíben penas crueles e inhumanas, esto transformado a la pena de carácter socioeducativa que se ha impuesto al adolescente infractor.

Solicita que case la sentencia venida en grado, de igual manera si que existió una falsa o equivocada argumentación en la misma; dentro de este recurso de acuerdo al artículo 358 del Código de Procedimiento Penal solicita que de existir otra causal no invocada se case la sentencia de oficio.

El delegado de la Fiscalía, contestó:

i. refiriéndose a los antecedentes del caso;
ii. en nuestro ordenamiento jurídico penal existen dos clases de recursos extraordinarios: el recurso de revisión cuyo objetivo fundamental es corregir los errores de hecho, y el recurso de casación cuyo objetivo es corregir los errores de derecho; en este caso se ha interpuesto el recurso de casación señalando que se han violado los artículos 85 y 86 del Código de Procedimiento Penal, de tal modo se dice que no existe la certeza en cuanto a la existencia del delito ni tampoco la certeza respecto de la culpabilidad y responsabilidad del "menor".
iii. dentro del proceso existe: el testimonio del doctor Lauro Vicente León, médico legista, quien realiza el examen médico de Josmani Abad de 9 años de edad, en el que se establecen lesiones existentes en la vulva y en la región anal, lesiones provenientes de un acto sexual, el testimonio de la niña señala que el 30 de octubre del 2011 el "menor" Edwin Ontaneda Cueva quiso violarle, le desnudó y se desnudó él también, más aún existen testimonios de las siguientes personas: Adela Girón, Amelia Jiménez, María Lima y del padre de la "menor" ofendida, quien señala que el adolescente infractor, en este caso Edwin Ontaneda Cueva fue detenido en el momento en el que intentó violar a la "menor" antes mencionada, se encontraba desnudo, con los pantalones abajo y es por esa circunstancias que no pudo correr porque intentó fugarse, es decir fue un delito in fraganti, de tal manera que existe la certeza de la existencia del delito de violación tipificado y sancionado en el artículo 512.1 y 513 del Código Penal, el artículo 512 tipifica el delito de violación, que es uno de los más graves dentro del aspecto sexual que no sólo ofende a la dignidad de la víctima sino a su libertad sexual, más aún a la de menor de nueve años de edad que en su proyecto de vida los traumas posteriores que se le puede ocasionar, la ofendida es de 9 años de edad y en el

artículo 512.1 se establece "menores de 12 años de edad"; la Defensoría Pública señala también que se ha violado el principio de proporcionalidad que está signado en el artículo 76.6 de la Constitución de la República, principio que es "el equilibrio que debe existir entre el derecho punitivo que tiene el Estado y las circunstancias de la persona que esta siendo sentenciada", en este caso los artículos 512.1 y 513 del Código Penal sancionan con penas privativas de libertad, pero como es "menor de edad" hay que aplicar el artículo 369 del Código de la Niñez y Adolescencia, que en su parte pertinente dice: "10. Internamiento institucional es la privación total de la libertad del adolescente infractor quien es internado en un centro de internamiento de adolescentes infractores, esta medida se aplicará únicamente a los adolescentes infractores mayores de 14 años", siendo en este caso el menor infractor mayor de 14 años. La infracción penal de violación es sancionada con pena de reclusión pero a los adolescentes de 14 años se les aplica únicamente, según el Código de la Niñez y Adolescencia, con 4 años, sin embargo guardando el principio de proporcionalidad y considerando el delito que se investiga y sanciona es de tentativa de violación, se ha impuesto la medida de internamiento institucional de dos años, de tal modo que no se ha violado de manera alguna la ley en la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Zamora;

iv. la Fiscalía General del Estado a nombre de la sociedad ecuatoriana considera que el recurrente no ha fundamentado su recurso de casación conforme el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Solicita que se deseche dicho recurso y se devuelva el proceso al Juzgado Único de Zamora Chinchipe para los efectos legales correspondientes toda vez que entiende el "menor" Edwin Ontaneda se encuentra en este momento en libertad.

Replica:

La Defensoría Pública manifestó que se mantiene en la fundamentación del recurso efectuada ante la Sala.

Contrarréplica:

Se le concede la palabra al Señor Fiscal para su última intervención y dice: "hago hincapié en que el menor quiso fugarse en ese momento y se le encontró con la niña desnuda y con el pantalón abajo, sin camisa y no se fugó gracias a los gritos de auxilio de la menor y a la tinosa intervención de su padre

justamente por estar con los pantalones abajo y más aún en estado de ebriedad."

Derecho a última palabra:

Se le concede por última vez la palabra al Defensor Público y dice: "Obviamente dentro del recurso de casación no es posible valorar la prueba pero si en efecto es tendiente a verificar la violación de la ley, la misma que es como lo ha fundamentado la defensa en este momento solicito que ello sea considerado por la Sala."

5. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

5.1. La casación es un recurso extraordinario que busca dejar sin efecto una sentencia judicial "... cuando en la sentencia se hubiere violado la ley, ya por contravención expresa de su texto, por indebida aplicación, o por errónea interpretación. No serán Admisibles los pedidos tendientes a volver a valorar la prueba. .." (Art. 349 Código de procedimiento penal).

Hay contravención expresa del texto de la Ley, cuando:

"1.° Cuando la sentencia recurrida, va contra el texto de la ley. Se produce esta infracción, dice Foignet (5), toda vez que la decisión atacada está en oposición directa con el texto de la ley.
Herrion de Pansey, dice: La contravención es expresa toda vez que el fallo y la ley estén en oposición diametral y se destruyan respectivamente. ..."[8]

La falsa aplicación de la ley consiste en:

- contrariar su contenido, hacer lo que no dispone, se trata de una violación directa. La falsa aplicación puede darse aplicándose en un caso que no le corresponde, lo que constituye un error en la selección de ésta.
  (...) una indebida aplicación supone haber aplicado una norma que no corresponde con los antecedentes del caso (...) interpretar significa buscar el alcance del contenido de la ley, confrontándole con el caso concreto, es determinar la ratio de la norma de conformidad con su ámbito de protección. De lo que se trata es encontrar el alcance y el

[8] Quintana Aylwin Ricardo. Los hechos del pleito ante la doctrina de la Corte de Casación

sentido de la ley y cuál es su racionalidad o lo que busca regular en la misma"[9].

- La aplicación efectiva de una norma jurídica que ha realizado el Juez, a una situación de hecho que no es la que ésta contempla. La doctrina nos señala: (...) la falsa aplicación de la ley viene a ser una violación que consiste en una incorrecta elección de la norma jurídica aplicable (...)"[10].

Mientras que la interpretación errónea se da cuando:

- se va más allá del contenido de la norma, contrariar su espíritu, su alcance, lo que puede provenir de un falso raciocinio;
- a través de la interpretación equivocada de la ley;

Se materializa en el fallo cuando el sentenciador, aún eligiendo la norma correcta para la resolución de la controversia, yerra acerca del contenido y alcance de la misma.[11]

5.2. Su función principal es lograr la certeza jurídica, fijar la jurisprudencia y garantizar los derechos de protección, enmendando los agravios inferidos de las partes.

En su naturaleza jurídica se caracteriza por su tecnicismo.

5.3. La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 1, 11, 35, 44, 45, 66, 75, 76, 77, 78, 81, 82, 167, 175 diseña y desarrolla un Estado constitucional de derechos y justicia, en que el máximo deber del Estado es respetar y hacer respetar los derechos humanos, se garantizan los derechos a tutela efectiva, imparcial y expedita, se debe atención prioritaria a quienes pertenecen a grupos vulnerables como las niñas, los niños, los y las adolescentes, se reconocen los derechos de las víctimas, a la integridad e indemnidad física, sicológica, sexual, el derecho al debido proceso y a un modelo de justicia especializada de niñez y adolescencia, y un régimen especializado para los adolescentes infractores, la potestad de administrar justica emana del pueblo quien la ejerce a través de los órganos de la Función Judicial y otras autoridades legítimas, y en que el proceso penal es un medio para la realización de la justicia.

5.4. La Corte Interamericana de Derechos Humanos en casos como el del Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay (párrafo 148) ha manifestado

[9] Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl. Exégesis del Nuevo Código Procesal penal, Lima, Editorial Rhodas, 2006, pg. 876

[10] José Gabriel Sarmiento Núñez. Casación Civil; pág. 130.

[11] SALA DE CASACIÓN SOCIAL, VENEZUELA, Magistrado Ponente: ALFONSO VALBUENA CORDERO

que el corpus iuris de los derechos de los niños es la Convención Americana de Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución, y que éstos tienen derecho a un debido proceso.

5.5. La doctrina enseña que la casación contemporánea es un recurso extraordinario para la interdicción de la arbitrariedad tanto en lo que afecta al control de la observancia de los derechos fundamentales como para la unificación de la jurisprudencia, Andrea Martínez citada por César San Martín en "Derecho Procesal Penal" (T. II).

5.6. La Corte Constitucional para el periodo de transición ha expuesto que la doctrina y la jurisprudencia de la casación presenta dos corrientes:

Una que circunscribe las actuaciones del tribunal a los aspectos de Derecho.

Y otra "En una interpretación más amplia y circunscrita al recurso de casación en materia penal. Se ha entendido que en la casación no sólo pueden revisarse cuestiones de hechos, sino que se deben revisar éstos; no hacerlo implicaría la violación a la garantía de la doble instancia en el proceso penal, reconocida en diversos tratados internacionales sobre derechos humanos (por ejemplo: Art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Para sostener esta posición se utiliza la teoría alemana de la Leistungsfahigkeit (o agotamiento de las capacidades de revisión, que sostiene que un tribunal de casación debe revisar todo lo que le sea posible, quedando solamente excluidas las cuestiones directamente relacionadas al principio de inmediación." Sentencia 003 – 09 – SEP –CC, Caso 0064 – 08 – EP, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 602 de 1 de junio de 2009.

5.6. El modelo de justicia para adolescentes infractores se fundamenta en el respeto a varios Principios, entre ellos:

a) El de especialidad que está señalado en el artículo 40.3 de la Convención de Derechos del Niño, en la Regla 2.3 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores (Reglas de Beijing), en la Directriz 52 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de RIAD).

b) El de interés superior del niño, previsto en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño, en el artículo 44 de la Constitución, que según el artículo 11 del Código de las Niñez y Adolescencia "El interés superior del niño es un principio que está

orientado a satisfacer el ejercicio efectivo del conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes; e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento.

Para apreciar el interés superior se considerará la necesidad de mantener un justo equilibrio entre los derechos y deberes de niños, niñas y adolescentes, en la forma que mejor convenga a la realización de sus derechos y garantías.

Este principio prevalece sobre el principio de diversidad étnica y cultural.

El interés superior del niño es un principio de interpretación de la presente Ley. Nadie podrá invocarlo contra norma expresa y sin escuchar previamente la opinión del niño, niña o adolescente involucrado, que esté en condiciones de expresarla."

c) El de protección integral que tiene por marco jurídico internacional a la Declaración de Derechos del Niño (Preámbulo), Convención de los Derechos del Niño en su artículo 3, constitucional a los artículos 45 y 46 y en el Código de la Niñez y Adolescencia se reconoce en el artículo 191.

d) El de motivación de las decisiones previsto en la Constitución en el artículo 76.7.l) que garantiza:

"Art. 76.- 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:

...

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."

Los antecedentes que conoció el Tribunal de apelaciones son estos:

- el 30 de octubre del 2011, en el sitio Sangurima, de la parroquia y Cantón Palanda de la provincia de Zamora Chinchipe, aproximadamente a las 01h30, la niña Yosmari Marlene Abad Gaona, de nueve años de edad a la fecha de los hechos, fue llevada desde el domicilio del señor Segundo Victoriano Jiménez, en donde se encontraba;
- fue trasladada a la parte posterior de la misma a unos quince metros aproximadamente, donde fue desnudada para pretender violarla por parte del aquel entonces adolescente Edwin Efraín Ontaneda Cueva;
- que luego de haberla agredido sexualmente vaginalmente y analmente fue sorprendido por el padre de la niña el señor Idilio Raúl Abad Jiménez.

La autoridad que dictó la decisión impugnada llegó a estas conclusiones:

- "**TERCERO .-** Consta del acta de juzgamiento del menor infractor (fs. 175- 179): a).- Testimonio del Dr. Lauro Vicente León Macas, médico legista de la fiscalía de Zamora Chinchipe, el mismo que se ratifica en el contenido del examen médico legal realizado a las cuarenta y ocho horas de los hechos del presunto intento de violación a la menor agraviada, del cual se concluye: "Que la reconocida es una persona de 9 años de edad; al examen de región genital a nivel de vulva, en labios mayores presencia de secreción amarillenta mínima, en horquilla presenta laceración de 2 mm congestiva de reciente producción. Himen no presenta desgarros traumáticos recientes ni antiguos, con lo que se descarta el acceso carnal. En región anal presenta despliegues congestivos y tumefactos; las lesiones de vulva y región anal son indicativos que existió actividad violenta de tipo sexual, pero no llegaron a ingresar a cavidades (fs. 15 a 20). Que la niña le refirió "que el 30 de octubre del año 2011, mientras se encontraba durmiendo en una casa de un señor Segundo Jiménez ubicado en un barrio del cantón Palanda, sector Sangurima refería sobre los hechos que había sido o sentía que había sido llevada en brazos y sacada fuera de la casa por un joven que ella decía que lo había reconocido que era EFRAIN, que luego le había procedido a sacarle la ropa a ella y sacarse la camisa también y luego empezó a tocar con las manos la barriga, la vagina y las piernas posteriormente con el pene la había hecho doler pero refería no haber salido sangre de sus genitales ante esto decía ella Efraín y pedía ayuda y lo que había dicho decía si gritas o cuentas te voy a matar, en esas circunstancias había llegado el papa y lo había aplastado a Efraín hasta que llegue la policía. ESTO HABÍA SIDO EL 30 DE OCTUBRE DEL AÑO 2011", b).- La menor agraviada en su testimonio dice, "Yo estaba durmiendo cuando sentí que

Treinta y dos -32-

me cargaron y yo empecé a gritar que me dejaran y luego me cogió de los pies y me arrastró mas abajo, me sacó la ropa y el pantalón y el también se sacó la ropa, el Efraín Ontaneda y empieza a tocarme con las manos y me cogió el cuello para quererme ahorcar y el me dijo que si contaba me mataba y yo empece a gritar mas y lloraba que me dejara y no quería. Efraín estaba solo en el momento de la agresión. No estaba borracho y decía que diga que es mi primo César"; c).- Testimonio de la señora Alba Noemí Gaona Abad, madre de la menor agraviada que estuvo en la noche de los hechos y fue quien encontró a su hija desnuda quien grita "Efraín e violó", sostiene que con su esposo hallaron al menor infractor, a poca distancia de su hija, quien estaba desnudo solo con el pantalón abajo con el que se había amaneado, d).- Testimonio del señor Idilio Raúl Jiménez Abad padre de la menor agraviada, quien estuvo también en el lugar de los hechos con su esposa e hijos y quien mandó a su esposa a verlos para regresar a casa, pero que la esposa regresó asustada ya que la menor agraviada no la había encontrado por lo que se pusieron en inmediata búsqueda, e inclusive por los parlantes del disco móvil se anunció de la pérdida de la menor y que la devuelva, pero no sucedió por lo que siguieron en la búsqueda, por los alrededores, gritando el nombre de su hija, cuando escuchó respuesta de la misma y se acercó y su hija le dijo "papito Efraín me violó dos veces", que paso el alambrado y lo encontró al adolescente infractor quien quiso correr pero no pudo porque tenía el pantalón en los tobillos, que lo halló desnudo y sin chompa, sin camisa, que él adolescente decía que no había sido él, que ha ido por defenderla a la chiquita; e).- Los testimonios de Adela Girón Abad y María Verónica Lima Calva que son referenciales, pero que estuvieron en el día, hora y lugar de los hechos, son contestes con la versión dada por la menor agraviada y la de sus padres, siendo esta la única versión que existe sobre los hechos, por lo cual guarda relación y dan soporte a dicha versión, lo que conlleva a un elemento de convicción más del Tribunal en contra del menor infractor;".

Con esto la cuestión principal de lo alegado puede contenerse en estas preguntas:

¿Debía realizarse una prueba de ADN en el presente caso?.

¿Cuánto influyó en la determinación de la infracción y de la culpabilidad del procesado que no se haya practicado tal experticia?

Las respuestas se contienen en lo siguiente:

1. La prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico) corresponde a un grupo de estudios científicos genéticos realizados con el ADN, y constituyen un elemento fundamental en investigaciones forenses, biológicas, médicas, de ingeniería genética.

En la práctica del derecho son fundamentales en materia de paternidad, maternidad, en materia penal cumplen una función esencial en delitos de agresión, así como en delitos sexuales.

Es un valioso aporte del progreso científico y la justicia.

Resulta lógico que para pedir, ordenar, practicar, incorporar este examen científico genético como prueba de cargo o de descargo, debe existir como evidencia del delito fluidos corporales que contengan el ácido desoxirribonucleico.

Entonces podría examinarse, compararse si el fluido encontrado en la víctima o en la escena del delito es el mismo que corresponde y ha sido suministrado por el sospechoso o el procesado.

Así lo establece el Código de Procedimiento Penal en los artículos 89[12], 91[13], 82[14], 95[15], cuando establece las clases de pruebas, que la prueba material es todo resultado de la infracción o su vestigio, cómo actuar cuando se trate de

---

[12] **Art. 89**.- Clases de pruebas.- En materia penal las pruebas son materiales, testimoniales y documentales.

[13] **Art. 91**.- Prueba material.- La prueba material consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios o en los instrumentos con los que se la cometió todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los tribunales de garantías penales.

[14] **Art. 82**.- Obtención de fluidos corporales.- Para la obtención de muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, se precisa de su consentimiento expreso, o del requerimiento del juez de garantías penales para que las proporcione, sin que pueda ser físicamente constreñida. Este requerimiento judicial procederá, a pedido del Fiscal, solamente si por la naturaleza y circunstancias de la infracción, tales elementos de prueba fueren indispensables para evitar la incriminación de un inocente o la impunidad del delito.

[15] **Art. 95**.- Informes periciales.- Durante la indagación previa, o en la etapa de instrucción, los peritos realizarán informes sobre la experticia realizada. Este documento lo incorporará el fiscal en el expediente y el defensor lo exhibirá durante la etapa intermedia.

Si hubiere peligro de destrucción de huellas o vestigios de cualquier naturaleza en las personas o en las cosas, los profesionales en medicina, enfermeros o dependientes del establecimiento de salud a donde hubiere concurrido la persona agraviada, tomarán las evidencias inmediatamente y las guardarán hasta que el fiscal o la Policía Judicial dispongan que pasen al cuidado de peritos para su examen.

Si se tratare de exámenes corporales, la mujer a la cual deban practicárselos podrá exigir que quienes actúan como peritos sean personas de su mismo sexo.

El Consejo de la Judicatura fijará las escalas de remuneración de los peritos.

Treintaytres -33-

recoger o de obtener fluidos corporales, y cómo proceder a su examen pericial para incorporar al proceso los resultados sean favorables o desfavorables a la tesis de la Fiscalía.

A lo cual debe añadirse la prohibición de re-victimización prevista en el artículo 80[16] del Código orgánico de la Niñez y Adolescencia cuando se trata de exámenes corporales a una niña, niño o adolescente.

2. No es encuentra en la sentencia que el acto atribuido al adolescente procesado haya dejado fluidos, en consecuencia no existía materia sobre la cual proceder a un examen de ADN como se reprocha haberlo omitido, tampoco –es de lógica- no haberlo practicado es motivo de duda o falta de certeza en el razonamiento impugnado, por lo tanto no se han acreditado las violaciones de ley que han sido invocadas.

Se observa del texto de la sentencia reprochada que los principios de la justicia especializada que se han irrespetado ya que no se los menciona ni aplica.

A esto se añade que del texto de la sentencia aparece de manera cierta que la niña ofendida sufrió lesiones de naturaleza sexual que llevan a la configuración del delito de violación sexual pues presentaba según consta de la sentencia del Juez de apelaciones lesiones en la vulva y en la región anal, lesiones provenientes de un acto sexual, y a quien se ha atribuido su autoría, por la misma ofendida, es al adolescente procesado, en consecuencia la calificación jurídica de los actos que se ha probado cometió el ahora recurrente corresponden a un delito consumado y no a tentativa, pues para que exista violación sexual basta el acceso carnal con introducción parcial de miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción por vía vaginal o anal de objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, las lesiones en vía vaginal y anal que presentó la víctima si lo pueden corresponder a tal introducción.

Esto plantea una nueva cuestión:

---

[16] **Art. 80.**- Exámenes médico legales.- Los exámenes médico legales a un niño, niña o adolescente, se practicarán en estrictas condiciones de confidencialidad y respeto a la intimidad e integridad física y emocional del paciente.

Salvo que ello sea imprescindible para su tratamiento y recuperación, se prohíbe volver a someter a un niño; niña o adolescente víctima de alguna de las formas de maltrato o abuso señalados en este título, a un mismo examen o reconocimiento médico legal.

Los profesionales de la salud que realicen estos exámenes, están obligados a conservar en condiciones de seguridad los elementos de prueba encontrados; y a rendir testimonio propio sobre el contenido de sus informes.

Los informes de dichos exámenes, realizados por profesionales de establecimientos de salud públicos o privados y entidades de atención autorizadas, tendrán valor legal de informe pericial.

¿Establecido un error en la calificación jurídica de los hechos, puede modificarse ésta y con ello empeorarse la respuesta del estado al infractor?

"La Corte Constitucional para el período de transición en la sentencia 031-10-SEP-CC, dictada en el caso 649-09-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial 250 de 4 de Agosto del 2010, ha concluido que:

"Al respecto, es necesario formular las siguientes consideraciones:

El artículo 77, numeral 14 de la Constitución de la República, manifiesta:

"En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

14.- Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre".

Esta disposición recoge el doctrinario principio de la institución reformatio in Prius, pero ¿el alcance de esta disposición, subsistirá de la misma forma cuando los recurrentes sean las partes procesales de manera indistinta?.

Martín Minardi, al hablar de esta institución, manifestaba "...la prohibición de la reformatio in peius significa que la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas, cuando sólo ha recurrido el acusado, su representante legal o la fiscalía a su favor".

Eduardo Couture, en su obra Fundamentos del derecho Procesal Civil, ha definido la misma señalando que: "consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario".

El Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano, vigente a la fecha de inicio del proceso y de interposición del recurso de Casación, en su artículo 328, manifiesta:

"Ningún Tribunal Superior podrá empeorar la situación jurídica del acusado, si fuere el único recurrente".

Luego de las reformas efectuadas al Código Adjetivo Penal, de marzo del 2009, el artículo 328 establece:

"Al resolverse cualquier recurso, no se podrá empeorar la situación jurídica del recurrente".

De la lectura de las disposiciones, y siguiendo la norma de interpretación restrictiva que debe darse en materia penal, claramente se desprende que

cuando son las partes las que han recurrido en forma indistinta el Juez a quem, dentro de la aplicación del principio de Tutela Judicial Efectiva, puede reformar la situación jurídica procesal, lo que deberá entenderse que no constituye una violación a la institución non reformatio in peius, pues ha ocurrido que ante el Superior existe una confrontación de tesis y es sobre esa base que el Tribunal de Alzada va a resolver y aceptar el recurso de una de las partes y por ende desechar el otro al instante de resolver.

No permitir esta actuación procesal del Tribunal Superior, cuando existe el recurso indistinto de las partes, atentaría contra el principio de igualdad formal y material, y atentaría contra la tutela judicial efectiva, pues se desprotegería a uno de los recurrentes, motivo por el que la actual disposición adjetiva penal es clara al determinar que no se puede empeorar la situación del recurrente.

Por lo que cabe reformar la calificación jurídica del acto pero por el abandono declarado del recurso por la parte ofendida, no cabe empeorar la medida socio educativa impuesta. Siendo este un caso de impunidad por habérselo investigado y resuelto de manera parcial.

Finalmente es deber de este Tribunal referirse a la falta de respuesta idónea que se da en casos como el presente, los derechos de las víctimas y la impunidad.

Al haberse dejado sin respuesta idónea al presente caso, se ha violentado el derecho de la niña ofendida a acceder a la justicia en cuanto lo dispone el artículo 78 de la Constitución:

> "**Art. 78**.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.
>
> Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales."

Las víctimas de los delitos tienen derecho a:

- Respeto a la dignidad;
- Reparación integral (material-inmaterial);
- Conocimiento de la verdad;
- Asistencia gratuita;

- Protección Integral;
- No revictimización;
- No repetición;
- Plazo razonable;
- Utilización de mecanismos alternativos para solución de controversias;
- Eficiencia, eficacia;
- Tutela.

La indebida calificación del acto hizo que se quede sin la medida adecuada el agresor, esto causó impunidad parcial.

Sobre lo que constituye la impunidad, la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia. En su párrafo 240, ha dicho que hay impunidad cuando existe falta de efectividad en el proceso penal.

Sobre que el Estado tiene la obligación de combatir la impunidad, en el caso Gómez Palomino Vs. Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los párrafos 76 y 77, ha manifestado:

"76. En reiteradas oportunidades el Tribunal ha señalado que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad.

77. A su vez, la Corte Interamericana ha reiterado que la obligación de investigar debe cumplirse 'con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa'. La investigación que el Estado lleve a cabo en cumplimiento de esta obligación 'debe tener un sentido y ser asumida por el [mismo] como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad'".

Sobre que la impunidad se da por falta de sanciones la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado en el párrafo 132 del caso hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, lo siguiente:

"132. Al respecto, la Corte ha tenido por probado que en el caso *sub judice* se presentó un esquema de impunidad, de conformidad con el cual, dentro de un marco de presión pública, se procesó y condenó a los autores materiales, de más bajo rango en la Policía Nacional del Perú (*supra* párr. 67.r), a la vez que el o los autores intelectuales aún no han sido procesados y sólo uno ha sido presuntamente identificado (*supra* párr. 67.s)."

La falta de investigación e impunidad generan inseguridad, así lo declaró la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cepeda Vargas vs Colombia.

Así, no enmendar los errores que conllevan a la impunidad es violación al Principio de probidad previsto en el artículo 21 del Código Orgánico de la Función Judicial, es causa de violación al debido proceso, y genera inseguridad.

Por lo expuesto **ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA** este Tribunal de casación de la Sala Especializada de Adolescentes Infractores de la Corte Nacional del Ecuador con fundamento en el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal declara improcedente el recurso de casación planteado por el ciudadano Edwin Efraín Ontaneda Cueva; con fundamento en la referida norma procesal de oficio casa la sentencia recurrida y declara que el delito cometido por el ahora recurrente en calidad de autor es de violación sexual, sin embargo por aplicación del Principio ne reformatio in prius consagrado en el artículo 77.14 de la Constitución de la República no cabe empeorar su situación en cuanto a la respuesta del Estado (medidas socio educativas) y se mantiene la misma medida socio educativa impuesta. La víctima tiene derecho a la reparación integral. Llévese a conocimiento del Consejo de la Judicatura este error de los operadores de justicia. Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente a la autoridad de origen. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

Dr. Vicente Robalino Villafuerte
JUEZ NACIONAL PONENTE

Dra. María Rosa Merchán Larrea
JUEZA NACIONAL

Dra. Mariana Yumbay Yallico
JUEZA NACIONAL

Lo certifico.

Dr. Milton Álvarez Chacón
SECRETARIO RELATOR

treinta y seis -36-

Quito, 13 de junio de dos mil doce, a partir de las diecisiete horas, notifico por boletas, con la sentencia que antecede al Sr. Fiscal General del Estado en la casilla judicial No. 1207, al Sr. Idilio Raúl Abad Jiménez, padre y representante legal de la niña ofendida, en la casilla judicial No. 2000 del Dr. Hernán Jiménez, 5711 del Dr. Wilson Camino, defensor público y 5586; a Edwin Efraín Ontaneda Cueva, en la casilla judicial No. 5387 y 5711 de la Dra. Lolita Montoya Moreta, Defensora Pùblica, a Mauro Iván Larreategui Toledo, fiscal de Zumba, en el correo electrónico larreateguil@fiscalia.gob.ec .- CERTIFICO.-

Dr. Milton Álvarez Chacón

SECRETARIO RELATOR

treinta y siete -37-

CERTIFICO y dejo asentado que para la respectiva notificación de la sentencia escrita y motivada a los sujetos procesales, el día 13 de junio de 2012, esta Secretaría recibió junto al expediente No. 038-2012, el escrito presentado por el Dr. Luis Miguel Egas en su calidad de Procurador Judicial de IDILIO RAUL ABAD JIMÉNEZ y ALBA NOEMÍD GAONA ABAD, y Poder adjunto, escrito y documento (poder) recibidos por el **Dr. Honorato Jara Vicuña**, Secretario Relator de la Sala de lo Penal de esta Corte, con fecha jueves diecisiete de mayo del dos mil doce, a las doce horas con treinta y cuatro minutos, conforme así consta de dicho escrito.-Quito, 13 de junio de 2012.

Dr. Milton Álvarez Chacón

SECRETARIO RELATOR