

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR
SALA ESPECIALIZADA DE ADOLESCENTES INFRACTORES

PROCESO No. 065-2012

RECURSO DE CASACIÓN

**LA FISCALÍA CONTRA EL ADOLESCENTE KLÉVER NEPTALÍ TULMO
TIPÁN**

JUEZ PONENTE: Vicente Tiberio Robalino Villafuerte

Quito, 9 de enero de 2013, las 08h30.

VISTOS:

1. ANTECEDENTES.

El señor Juez Segundo de la Niñez y Adolescencia de Cotopaxi dictó resolución en que declara al adolescente Kléver Neptalí Tulmo Tipán responsable del delito de atentado contra el pudor, imponiéndole medida socio educativa de internamiento institucional por ocho meses, el señor Segundo Floresmilto Tulmo Machabanda, padre del adolescente, apela de la decisión, la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi confirmó la sentencia impugnada.

El representante del adolescente presenta oportunamente recurso de casación.

A la audiencia oral, reservada y de contradictorio que se celebró, concurrieron la señora doctora Yolanda Paredes, en representación del señor Fiscal General del Estado, el adolescente Kléver Neptalí Tulmo Tipán acompañado de su padre el señor Segundo Floresmilto Tulmo Mashabanda y su abogado defensor doctor Wilson Hernán Altamirano Guaigua, la niña Mariana Mishel Tulmo Negrete acompañada de su madre señora Melida Olga Negrete Sacatoro y su abogado defensor, doctor Edison Roberto Pérez Valarezo.

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 del Tribunal integrado por las Juezas y el Juez actuantes.

No se ha impugnado tal competencia ni a las juezas ni al juez que integramos 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 reenvío prevista en el artículo 366 del Código de la Niñez y Adolescencia.

4. PLANTEAMIENTOS DE LAS PARTES.

El defensor del procesado manifestó:

i. Fundamenta el recurso en el artículo 2 de la Ley de Casación, en concordancia con los artículos 281 y 366 del Código de la Niñez y la Adolescencia, "porque creemos que estamos asistidos del derecho a la defensa en apego de la verdad, no aspectos en los que se ha fundamentado el Juez a quo y ratificado por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, con lo que sin fundamento, es decir sin prueba que estableciese responsabilidad en contra de mi defendido, se ha condenado para que esté internado en el centro de internamiento de menores. Existe una sentencia, después de varios supuestos delitos cometidos por el adolescente, se le enjuició por violación, con dos exámenes médico legales se comprobó que no existió violación porque no había penetración, ni siquiera contacto físico y por eso cambiaron la figura a tentativa de violación, la que tampoco se pudo comprobar, pero se lo sancionó como atentado al pudor, no se sancionó con certeza de lo sucedido, solo con basamentos que nunca fueron probados. El atentado al pudor no está contemplado en el Código de la Niñez y Adolescencia, porque este nos habla de abuso sexual no de atentado al pudor."

ii. Existe aplicación indebida de los artículos al caso "esto es el 504.1 del Código Penal, es el fundamento de la Fiscalía en su alegato de conclusión y acusación (...) en este sentido, se observa aplicación indebida, tenemos Código para sancionar a niños, niñas y adolescentes, sin embargo se recurre al Código Penal, hablándose de un contacto sexual que nunca fue probado. Las resoluciones del juez y ratificada por la Corte no tienen fundamento. El artículo 68 del Código de la Niñez y Adolescencia que también es acogido por la Fiscalía y que fue tomado en cuenta para la resolución (...) habla de abuso sexual, no de atentado al pudor, y la sanción establecida en la sentencia del juez a quo, en forma textual, indica: 'declaro como autor y responsable al adolescente Kléver Tulmo Tipán del delito de atentado contra el pudor' por lo que existe aplicación indebida de este artículo para la resolución adoptada; durante todo el parámetro estructural del proceso judicial que se efectuó hubo falta de aplicación del artículo 66. 18 (...) en la versión de Kléver se constató que él no sabía por qué se le acusaba, la señora dijo que presentó la denuncia porque su hija le dijo que le dolía su nalguita y su vagina y la niña le dijo que era porque Kléver le había metido su pene en su vagina como seis veces, pero con los exámenes médico legales no se comprobó lo dicho, en el examen consta en forma clara que no hay penetración en la vagina, que no hay desfloración de la vagina, la zona vaginal y anal se encuentran intactas, estos fueron dos exámenes médico legales realizados por dos peritos acreditados y en estos dos exámenes los peritos concuerdan, pero los padres de la niña para tener la razón, sin hacer caso a los exámenes médico legales, solicitan hacer un examen médico legal particular y Kléber acepta voluntariamente ir a

realizarse cualquier examen médico legal, por lo que le llevan a una clínica en donde trabaja una familiar cercana a la parte acusadora, en donde indican que hay desfloramiento de la vagina con secreción blanquecina y que no hay himen; pero los peritos manifiestan que cuando hay desgarrar las huellas quedan latentes y ni con el paso del tiempo desaparecen y se ratifican en sus informes.”

iii. “No se toma en cuenta la voz de mi defendido, cuando manifestó que no ha tenido ni contacto de amistad con la niña, por la diferencia de edad, los padres de los menores son primos hermanos, Kléver tenía relación de amistad con el hermano de la niña, por la relación de edad, los dos se enamoraron de una misma chica y la chica prefirió a Kléver y por eso existió rencilla por parte del hermano de la niña supuestamente ofendida; en el cumpleaños que hubo en la comunidad, el hermano de la niña procede a agredir a Kléver, la madre de Kléver fue a reclamar a casa de la menor y a decir que si existe repetición de violencia, va a presentar denuncia y por eso se inventaron esta supuesta violación.”

iv. Falta de aplicación del artículo 76.6 de la Constitución de la República (...) “no se establece la debida proporcionalidad de acuerdo a la supuesta contravención de mi defendido, en sentencia dictada tres meses antes a la de mi defendido; en la misma ciudad de Latacunga por un caso similar a los adolescentes que se les prueba la violación, es decir la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los adolescentes, consideran que mientras no haya un verdadero tratamiento de rehabilitación social efectivo, les aplican medida socioeducativa, disponiendo su libertad asistida hasta por doce meses, que deberán cumplir siguiendo tratamiento psicoterapéutico...”.

v. Se violó al artículo 76.7,h) de la Constitución de la República pues “se aceptaron pruebas de mi defendido pero en ningún momento se tomó como réplica o contradicción, no se las tomó en cuenta. Lo que dijo la parte denunciante tuvo validez y lo que dijo el denunciado no, por lo que no hay contradicción, demostrándose la falta de aplicación del artículo mencionado.”

vi. Se trasgredió a los siguientes cuerpos legales:

Del Código de la Niñez y Adolescencia, los artículos:

1 (...) “no existió equidad, hemos comprobado falsedad de la denuncia, con testigos comprobamos lo que dijo mi defendido pero no se toma en cuenta, y se condena a un inocente; la protección integral para el adolescente no se dio en ningún aspecto, se toma la ley como sancionadora, no para buscar la verdad y justicia, por lo que existe también falta de aplicación de este artículo.”

2 (...) “mi defendido no ha tenido protección como manda este artículo, sino ataque judicial, por lo que no ha habido aplicación de este artículo.”

11.4 (...) “se escuchó a Kléver pero no se lo tomó en cuenta, por lo que no se aplica el artículo mencionado.”

50 (...) "se ha dado trato degradante al adolescente presuntamente infractor, él ha perdido el derecho a su integridad personal, no se le respetó las realidades que él manifestó, esto es un daño psicológico. Los psicólogos deben ser más especializados y no mandar tratamiento psicológico solo porque ponen lo que las partes dice en su informe sin hacer un análisis, solo para cumplir con un mérito de perito. ¿Por qué no se determinó el daño psicológico de Klever?, ya no puede comunicarse con los demás, ya no tiene la efusividad de un adolescente, solo quiere permanecer en su casa, aquí se demuestra el daño psicológico y la vulneración a este artículo."

51,b (...) "castigar sin prueba es faltarle a la honra."

256 (...) "se podía dar otra medida con espíritu de humanidad, no internamiento. Falta de aplicación de este artículo."

309 (...) "en el supuesto no consentido de que los jueces mantengan la responsabilidad del inocente, deben aplicarse medidas socioeducativas para reintegración del adolescente, no hay rehabilitación en centros de detención para los adolescentes, existe errónea interpretación de este artículo."

Del Código de Procedimiento Penal, los siguientes artículos:

1 "la resolución debe ser dictada después de probar los hechos, creen más lo que dice la niña que lo que dice el adolescente y solo ese es el fundamento de la sentencia, sin prueba sancionan al adolescente, por lo que existe falta de aplicación del mencionado artículo."

304.1 (...) "no hay motivación, no hay certeza, no hay comprobación de la existencia del delito, por lo que existe falta de aplicación de este artículo."

Del Código de Procedimiento Civil:

115 "¿de qué pruebas se habla en la resolución? si los denunciados no han presentado ninguna, y nuestras pruebas no han sido valoradas, no han sido tomadas en cuenta, las pruebas científicas debidamente comprobadas desvirtuaron todo, no hay prueba más eficaz que la científica, no existe procesalmente constancia de los hechos, ni testimonios que den veracidad a lo denunciado, peor pruebas plenas. El examen médico legal manifiesta que no existieron manipulaciones, si no hay eso de qué atentado al pudor podemos hablar. Existe falta de aplicación de este artículo."

"Dicen que la niña dibuja perfectamente el pene y que es porque vio sino no lo dibujaría y luego el mismo juez dice que sabe del pene porque recibe educación sexual en la escuela, por lo que el juez a quo se contradice."

Pide, por cuanto “hubo falta de aplicación, errónea interpretación, aplicación indebida de los artículos enunciados, por lo que solicito se case la sentencia venida en grado y se revoque la misma, por cuanto ha afectado a mi defendido.”

La delegada de la Fiscalía, contestó:

i. El Juzgado de la Niñez y Adolescencia de Cotopaxi impuso al hoy recurrente “la pena de ocho meses de internamiento institucional como autor del delito tipificado en el artículo 504.1 del Código Penal y sancionado con el artículo 370.3 letra c) del Código de la Niñez y Adolescencia, esta sentencia ha sido recurrida por apelación por el procesado, la Sala la confirma esa sentencia, interponen recurso de casación, el recurso de casación es un recurso extraordinario y por tanto limitado a las causales del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, cuando la sentencia adolezca de error de derecho que deba ser enmendado vía casación, el abogado del recurrente ha analizado las pruebas que fueran ya resueltas en la audiencia de juzgamiento, pretendiendo que el tribunal de casación haga una valoración de las pruebas, lo que contraviene la esencia del recurso de casación.”

ii. “El abogado del recurrente se basa al artículo 2 de la Ley de Casación, cuando ésta no es aplicable al caso, de acuerdo al artículo 20 de la Ley de Casación, ha expresado que el delito de atentado al pudor no consta en el Código de la Niñez y Adolescencia, pero todos los delitos se tipifican en el Código Penal y en este caso del Código de la Niñez y Adolescencia la pena aplicada es la contemplada en el mismo Código, como así lo ha considerado el Juez al dictar la sentencia atenuada de ocho meses de internamiento y llamamiento de atención, se refiere a que no existe proporcionalidad, pero la pena establecida ha sido dictada con proporcionalidad al daño ocasionado, por eso le imponen ocho meses y no cuatro años que es la pena máxima que determina el Código de la Niñez y Adolescencia en estos casos graves. No ha puntualizado las violaciones constitucionales amparado en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal limitando su intervención a un análisis de las pruebas ya resueltas.”

iii. “Revisada la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, se determina que la existencia material de la infracción, así como la responsabilidad del hoy recurrente se determina en el considerando tercero del artículo 504.1 del Código Penal, con los testimonios de los peritos de la Policía Judicial que realizaron un reconocimiento médico legal a la ofendida, con los testimonios de peritos psicólogas que manifiestan como resultado del análisis estrés postraumático, falta de interés en los estudios de la menor por el hecho a ella ocasionado, así como del policía que realizó el reconocimiento del lugar y el testimonio de la menor ofendida; por lo que considero que la sentencia se halla debidamente motivada, que el tribunal juzgador ha llegado a la certeza de que el delito se cometió, que por la naturaleza del delito no puede existir prueba testimonial abundante, se ha realizado la debida valoración de acuerdo al artículo 86 del Código de Procedimiento Penal con sana crítica, la Sala ha considerado que la conducta

del menor se adecuaba 504.1 del Código Penal y sancionado con el artículo 370.3 letra c del Código de la Niñez y Adolescencia, no advirtiéndose que la sentencia adolezca de algún error de derecho que deba ser enmendado.”

Solicita se rechace el recurso interpuesto por falta de fundamento legal.

El abogado de la presunta ofendida:

Rechazó e impugnó lo expresado por el abogado del recurrente “porque no tiene fundamentación ni sentido lógico, es una vergonzosa falta de respeto y ha incurrido en calumnia al afirmar que la parte acusadora ha mentado, ha expuesto aspectos de prueba, sin precisar, ha enunciado artículos sin especificar como se ha violado la ley por parte del tribunal juzgador y se ha referido a cuestiones de protección, solamente con relación al menor infractor.”

Añadió que la sentencia recurrida “relata en forma detallada las pruebas realizadas en la audiencia, realizando una debida valoración, señala su comprobación conforme a derecho con los testimonios, estableciendo con la evaluación psicológica que la niña ha sido víctima de violaciones sexuales, que no denunció por las amenazas de muerte del adolescente Tulmo Tipán, y tomando en cuenta la evaluación HTP de dibujos de la niña que dan el cien por ciento de credibilidad, así como el testimonio de la niña, también toma en cuenta el resultado del informe del reconocimiento del lugar. La sentencia está debidamente motivada, los informes psicológicos son cuatro, existen dos reconocimientos médico legales, en donde se establece agresión, consecuentemente la parte recurrente dice barbaridades sin analizar las pruebas de la sentencia, expresando varias disposiciones legales sin precisar de qué manera se ha violado alguna normativa legal positiva o adjetiva, lo que se ha hecho son falsas afirmaciones.”

Solicita se rechace el recurso interpuesto, porque la sentencia se encuentra dictada conforme a derecho “aplicando la debida normativa procesal, penal y constitucional, precautelando los derechos de los menores, no existe omisión ni violación en la sentencia, fue muy benévola, por lo que solicitamos se rechace el recurso de casación interpuesto.”

Réplica del recurrente

Dijo que la fundamentación se efectuó al enunciar los artículos que son causales del recurso de casación y establecidos en las causales tercera y primera del artículo 3 de la Ley de Casación.

Defensa material. Derecho a última palabra:

El adolescente Kléver Tulmo Tipán, con la asistencia letrada de su defensor, y la explicación del Juez ponente sobre su derecho a guardar silencio, o a ser escuchado, manifiesta: “Todo de lo que me acusan es injusto, mi sueño es estudiar, y ahora ya no puedo ni ir a la Universidad, gracias a Dios tengo un día más de vida y a mis padres por apoyarme, lo único que pido es que sean justos, que no me causen daño ni a mí ni a mi familia que están quedando vergonzosamente mal, y no quiero que eso pase por mi culpa, porque yo nunca hice nada.”

Derecho a ser escuchada la niña. Principio del interés superior.

Acompañada de su madre, asistida por la psicóloga señora Viviana Calderón, del Programa de Protección a Víctimas y Testigos de la Fiscalía General del Estado, profesional que dialogó con la niña para determinar está en condiciones de ejercer su derecho a ser escuchada¹, sin que esto se trate de un interrogatorio, ni nueva prueba, con la oposición de la delegada del señor Fiscal General del Estado quien considera que se lo debe hacer a través de Cámara de Gessel, la niña, una vez que la doctora Calderón expresó que está en condiciones de expresarse, dijo:

“Una vez cuando estaba en la cancha con mis primos se rodó la pelota y me tocó ir a ver a mí y el Kléver me llevó a la cuyera debajo de la acequia, cuando llegó él dijo que me saque el pantalón y yo le dije que no, él me sacó, pero él me sacó y me metió el pene en la vagina y yo le dije ya me voy, él me dijo un ratito más y yo le dije no, ya me voy a comer la sopa, mi mamá me dijo dónde estabas y yo dije donde mi abuelita, ella me dijo que ahí yo no estaba. En mi casa me dolía la vagina, no podía ni dormir porque estaba afectada. Mi mamá me llevó a cavar papas el otro día, cuando yo estaba jugando con mi primo ‘Gebo’, el Kléver intentó jalarme, pero se cayó y ya no me pudo jalar y me llevó a otro lado de la cuyera, ahí me sacó el pantalón y el calzón cuando estábamos ahí él me dijo que no avise a nadie y como yo gritaba él me tapaba la boca para que nadie me escuche y no me dejaba ir y mi mami pensaba que yo estaba donde mis abuelos. El otra vez me llevó a una propiedad de arvejas y ahí me llevó a la chanchera, cuando el me sacó el pantalón y el calzón, me besó en la boca y dijo que si avisaba me iba a matar, cuando yo gritaba el me metía el pene más duro en la vagina y me dijo que deje de gritar sino me iba a hacer más duro.

Otro día en la chanchera el me escondió de mis otros primos para que no nos vieran y yo grité y nos vio mi primo ‘Gebo’ pero él nos dijo teniendo un cuchillo que nos iba a matar a los dos si avisábamos.

Después fue la fiesta de una chiquita, yo me fui y ahí supo mi hermano grande, le dije que no avise y ellos no avisaron y la mamá del Kléver vino a avisar que

¹ El Código de la Niñez y Adolescencia en el artículo 11, establece:

“Art. 11.- El interés superior del niño.- 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.”

por qué le pegaron y mi mamá nos encerró a mí y mis hermanos y yo lloré y le conté lo que me pasó y mis padres quedaron paralizados, después de tantos años hecho eso les avise y todos estaban muy enojados, me llevaron al hospital y ahí dijeron que la vagina estaba afectada y dijo que debían llevarme ayer pero no me llevó, cuando yo vi una cosa rojita que me salía de la vagina pensé que era pintura pero no era y cuando yo orine me dolía y me ponía papel en la vaginita para que no se manche el calzón y mis padres no supieran que era sangre.”

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:

“1º 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. ...”²

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 sentido de la ley y cuál es su racionalidad o lo que busca regular en la misma”³.

- 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

² Quintana Aylwin Ricardo. Los hechos del pleito ante la doctrina de la Corte de Casación

³ Peña Cabrera Freyre, Alfonso Raúl. Exégesis del Nuevo Código Procesal penal, Lima, Editorial Rhodas, 2006, pg. 876

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 (...)”⁴.

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 concreta en el fallo cuando el juzgador, aunque elija la norma pertinente a la resolución del conflicto, equivoca acerca del contenido y alcance de la misma.

5.2. Su función principal es lograr la certeza jurídica, fijar la jurisprudencia y garantizar los derechos de protección, enmendando los agravios inferidos a 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, psicológica, 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 justicia 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 Reeduación del Menor Vs. Paraguay (párrafo 148)⁵ ha manifestado 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.

⁴ José Gabriel Sarmiento Núñez. Casación Civil; pág. 130.

⁵ 148. Esta Corte analizará el presente caso teniendo este hecho en particular consideración, y decidirá sobre las violaciones alegadas respecto de otros derechos de la Convención Americana, a la luz de las obligaciones adicionales que el artículo 19 de la misma impone al Estado. Para fijar el contenido y alcances de este artículo, tomará en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Paraguay el 25 de septiembre de 1990 y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), ratificado por el Paraguay el 3 de junio de 1997 y que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que la Corte debe respetar.

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 ex 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 Leistungsfähigkeit (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, el artículo 11 del Código de la Niñez y Adolescencia.
- 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 de la República del Ecuador 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, según la sentencia, son estos:

- “TERCERO.- En uso de la facultad que le concede el Art. 344 del Código de la Niñez y Adolescencia el señor Fiscal de Adolescentes Infractores de Cotopaxi, en la audiencia preparatoria de juicio y formulación de dictamen fiscal (fs. 25 a 28), concluida la etapa de instrucción fiscal, emite dictamen acusatorio en contra del adolescente Kléver Neptalí Tulmo Tipán, por considerarlo autor de actos sexuales sin acceso carnal; hecho conocido por denuncia de la madre de la menor ofendida señora Mélida Olga Negrete Sacatoro (fs. 9 del expediente de Fiscalía), que al encontrarse en una fiesta su hijo ha golpeado al menor Kléver Neptalí Tulmo Tipán por supuestamente haber violado a su hija la niña ... de 6 años de edad, que le ha llevado a su hija a realizarse exámenes y ha propuesto esta denuncia investigativa, que luego han concurrido a otros médicos quienes les han dicho que no está violada, pero por las dudas ha solicitado continuar con la investigación...”.

La autoridad que dictó la decisión impugnada llegó a estas conclusiones (acápite 4.2):

- El resultado material de la infracción, atentado contra el pudor, cometida contra la niña ofendida, de seis años, así como la responsabilidad del adolescente procesado, de 16 años, se ha demostrado conforme a derecho: a) Con el testimonio del doctor Francisco Rivadeneira Miño médico legista quien practicó el examen médico legal ginecológico a la niña “al haberle consultado sobre lo sucedido, la niña le ha manifestado que el adolescente Tulmo Tipán le ha violado, hecho ocurrido en una

chanchera del sector Chinibamba Comuna Jatum Huigua, Pujilí, refiere que le llevó, le bajó el pantalón y le violó, no recuerda el día, un mes de vacaciones de 2011, en horas de la tarde. En el examen médico legal no presenta signos evidentes de lesión en región extragenital, paragenital ni genital, sugiere evaluación psicológica en la menor y su entorno, afirma que un desgarró deja cicatriz y no desaparece”; b) el testimonio de la doctora Nelly Margarita Salazar Mayo, perito médico legal de la Policía Judicial de Cotopaxi, quien realizó el examen ginecológico a la menor ofendida “manifestando que no encontró lesión de trauma externo, presenta su membrana anular intacta, región anal de características anatómicas normales, sugiriendo tratamiento psicológico; también menciona que la menor había referido haber sido víctima de seis agresiones sexuales por parte del adolescente Tulmo Tipán”; c) testimonio de la sicóloga Paola Johana Cerda Veloz quien practicó la pericia tendiente a determinar el estado emocional de la niña “afirma que detectó en la niña ofendida un trastorno postraumático, con tono bajo de voz, pérdida del apetito, bajo rendimiento académica, se despertaba gritando y no podía dormir, en la entrevista –añade- ha expresado que en las vacaciones mientras jugaba ha sido llevada a la fuerza por su primo a un lugar apartado de su casa destinado para corrales de animales, en donde se ha lanzado sobre ella y ha sido víctima de agresiones sexuales, que no denunció por las amenazas de muerte del adolescente” añadiendo que “sobre el examen HTP, indicando que es un reactivo psicológico que se aplica a los niños en base a dibujos en los que se puede proyectar la parte sexual, la niña destaca la parte masculina dibujándola perfectamente, por lo que llega a la conclusión que lo aseverado por la niña tiene ciento por ciento de credibilidad, ya que lo referido no está al alcance de una niña de su edad para poder crear un cuadro clínico de algo tan grave”; d) testimonio del sicólogo clínico Mario Alberto Sinchiguano Dibujes, quien practicó el examen psicológico a la niña “manifestando que la niña le ha dicho que ha sido violada en la cuyera que el procesado le había introducido el pene en la medida del ancho de un dedo, sería quizá un medio centímetro, presentando la menor ofendida stress psicológico, asegurando que lo dicho por la niña es creíble, considera que las expresiones pene y vagina ... son propios de su formación académica y que el término violación le ha sido enseñado”; e) testimonio del agente de la Policía Judicial Raul Sisalema León, quien realizó el reconocimiento del lugar de los hechos ubicado en la parroquia Matriz del cantón Pujilí, barrio Chilipmba, comunidad Jatum Huigua, un inmueble en cuyas cercanías, lugar sin alumbrado público en las jaulas de los animales, cuyeras, chancheras o estables, apartado, poco visible, cerca de la casa de habitación de la madre de la niña ofendida; f) la niña presuntamente ofendida ha dicho al juez a-quo, afirma “que el Kléver me violó, me bajó

el pantalón y el calzón y me metió el pene en la vagina, que los términos empleados le enseñaron en el jardín y dice la verdad". Llegando el Tribunal de apelaciones a concluir y resolver que "en base a estas motivaciones, la Sala en uso de las facultades que le concede la ley, en la certeza de haberse comprobado conforme a derecho la existencia de la infracción atentado contra el pudor a la menor" "así como la responsabilidad del adolescente infractor..., CONFIRMA la resolución condenatoria dictada por el señor Juez Segundo de la Niñez y adolescencia de Latacunga..."

Lo cual el Tribunal de casación no comparte pues:

1. Para iniciar un procesamiento, para presentar una acusación y para condenar a una persona, en el caso de los adolescentes infractores para imponer medidas socio educativas, es necesario que por parte de la Fiscalía se le imputen, acusen, prueben, actos que estén previamente descritos en una ley penal, y que el juez considere con certeza han sido probados conforme a la Constitución y a la ley. Conocer de los actos por los que se procesa a una persona es lo que le permite ejercer su derecho a defensa técnica y material, Constitución de la República del Ecuador: artículo 76.7,h). En la especie no constan los actos que se le imputaron, acusaron, probaron al procesado, lo que se le imputó fue una calificación jurídica: atentado contra el pudor, sin describir en qué consistía tal agresión, lo que viola al principio de legalidad previsto en la Constitución de la República del Ecuador, que en su artículo 76.3, 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:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento..."

Los actos son acciones u omisiones que realizamos las personas y producen un efecto en el mundo, cuando el resultado viola un bien jurídicamente protegido quien lo comete puede ser sancionado si es declarado responsable y penalmente culpable.

La sentencia del Tribunal de apelación no llega a atribuir un acto (acción u omisión) al adolescente procesado, lo que se le atribuye es un "atentado al pudor", que es la calificación jurídica a ciertos actos.

2. No existe ninguna lógica entre actos y decisión del Tribunal de apelaciones, de hecho no existe ninguna actuación del adolescente procesado, que el Tribunal declare probada. Cada testimonio pericial que ha hecho mención el Tribunal de apelaciones descarta la existencia de la penetración sexual que la niña describe a quienes la examinaron física y psicológicamente. Existiendo grave contradicción entre los dichos de la niña a los peritos y al juez de primer nivel (penetración sexual por seis ocasiones) los que llevarían a la calificación del acto como violación sexual, y la conclusión del Juez pluripersonal de apelaciones: abuso sexual que no llega al acceso carnal (atentado contra el pudor). Lo que convierte al razonamiento judicial en arbitrario.
3. La niña ha sido revictimizada desde el momento en que su madre la ha llevado ante varios médicos antes de acudir a la justicia, y luego por los operadores de justicia, quienes han inobservado la regla de protección prevista en el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, según la cual los exámenes que le practicaron los médicos particulares eran pericia y quienes los llevaron a efecto debían ser considerados peritos que debían ser llamados a testificar.

En la especie dice la sentencia que la madre de la niña: "le ha llevado a su hija a realizarse exámenes y ha propuesto esta denuncia investigativa, que luego han concurrido a otros médicos quienes les han dicho que no está violada, pero por las dudas ha solicitado continuar con la investigación..."

Dispone la ley de protección a niños, niñas y adolescentes:

"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."

En consecuencia al someter a la niña a exámenes corporales y psicológicos procesales, se la revictimizó, trasgrediendo a la garantía constitucional 78, que ordena:

“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.”

A ello se añade la violación de sus derechos como paciente entre estos recibir asistencia atenta y respetuosa, no ser objeto maltrato o acoso sea física o mental.

- 4. Parte de la revictimización a la niña está constituida por la no consideración a su palabra, que hacen los jueces.

La revictimización es una limitante para que las víctimas accionen los mecanismos de justiciabilidad de sus derechos afectados, por lo que corresponde al sistema judicial prever mecanismos que adecuados al proceso eviten dicha revictimización, al respecto la ex-Corte Constitucional para el Periodo de Transición el 15 de febrero del 2012 en sentencia No. 010-12-SEP-CC en el caso No. 1277-10-EP ha indicado:

“...En definitiva, toda vez que el Estado y, particularmente el sistema de justicia, tiene una obligación positiva de tomar las medidas idóneas, necesarias y proporcionadas con el fin de garantizar materialmente los derechos constitucionales, de acuerdo a una interpretación integral de la normativa constitucional e internacional, los jueces están obligados a tomar medidas específicas, aun cuando la normativa no lo establezca formalmente, para poder garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia.”

Dudar per sé del testimonio de la víctima o no escucharla, peor tratándose de una niña, es revictimizarla todo aquello generado en patrones socioculturales que naturalizan la violencia contra las mujeres de todas las edades y que es una forma extrema de discriminación como lo indica la Recomendación General 19 realizada por el Comité de Naciones Unidas para la Convención para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay Sentencia de 29 de marzo de 2006 indicó:

“La Corte ha estimado que las manifestaciones de las presuntas víctimas, quienes tienen un interés directo en este caso, no pueden ser valoradas aisladamente sino dentro del conjunto de las pruebas, en aplicación de la sana crítica⁶”

Caso López Álvarez Vs. Honduras Sentencia de 1 de febrero de 2006:

“50. Respecto de la declaración rendida por el señor Alfredo López Álvarez (supra párr.40.1.b), este Tribunal la admite en cuanto concuerde con su objeto señalado en la Resolución de 11 de mayo de 2005 (supra párr. 19). Dado que la presunta víctima tiene interés directo en el caso, su declaración no puede ser evaluada aisladamente, sino en el conjunto del acervo probatorio, aplicando las reglas de la sana crítica. Las manifestaciones de las presuntas víctimas tienen valor especial, pues proporcionan información relevante sobre las consecuencias de las violaciones que hubieran sido perpetradas en su contra”.

5. Se observa del texto de la sentencia reprochada que los principios de la justicia especializada se han irrespetado por el Juez de apelaciones, ya que, no se los menciona ni aplica.

DECISION JUDICIAL:

El defensor técnico del procesado equivoca la fundamentación cuando pide se aplique la Ley de casación civil a un caso penal, y argumenta razones de valoración de la prueba, pero existen yerros que deben ser enmendados de oficio.

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 de Justicia del Ecuador, por unanimidad, declara que la argumentación del abogado defensor del adolescente procesado no justifica ninguna de las causales previstas en la ley para que opere la casación, por lo que se niega el recurso. De oficio este Tribunal casa la sentencia, declarando que se ha violado la ley al aplicar una figura penal sin hechos, que lleva a la falsa aplicación de la ley. Por lo expuesto se casa la sentencia recurrida, se ratifica el estado de inocencia del

⁶ Cfr. *Caso Acevedo Jaramillo y otros*, supra nota 3, párr. 203; *Caso López Álvarez*, supra nota 3, párr. 50, y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, supra nota 3, párr. 73.

adolescente procesado, respecto de la calificación jurídica que se le atribuye en este caso. Póngase en conocimiento del Consejo de la Judicatura las actuaciones del fiscal del caso y de los jueces que actuaron, para los fines de ley. Ejecutoriada esta decisión, se devolverá el expediente a la autoridad de origen. **NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.**

1
Dr. Vicente Robalino Villafuerte

JUEZ NACIONAL PONENTE

Dr. María Rosa Merchan Larrea
Dra. María Rosa Merchan Larrea

JUEZA NACIONAL

Dr. Mariana Yumbay Yallico
Dra. Mariana Yumbay Yallico

JUEZA NACIONAL

Lo certifico.

Dr. Milton Álvarez Chacón
Dr. Milton Álvarez Chacón

Secretario relator

