UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
PLAN DE CONTINGENCIA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

"PROTOCOLO PARA LA VALORACIÓN MÉDICO LEGAL EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL COMO PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES"

Tesis previa la obtención del título de Abogado

AUTOR:

José Luis Flores Cruz

DIRECTORA DE TESIS

Dra. Rosa Alicia Orellana Samaniego Mg. Sc.

LOJA – ECUADOR

2016

CERTIFICACIÓN DEL DIRECTOR (A)

Dra. Rosa Alicia Orellana Samaniego, docente tutor del Decimo Módulo de la Carrera de Derecho del Plan de Contingencia, Modalidad de Estudios a Distancia de la Universidad Nacional de Loja:

C E R T I F I C A:

Haber revisado prolijamente el trabajo de investigación intitulado "PROTOCOLO PARA LA VALORACIÓN MÉDICO LEGAL EN CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL COMO PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES", realizado por el grupo integrado por: José Luis Flores y autorizo su presentación para la defensa y sustentación, por cumplir los lineamientos metodológicos y sujetarse al Reglamento para la aprobación de los módulos en la UNL.

Tena, Noviembre 5 del 2015.

Atentamente.-

Dra. Rosa Alicia Orellana Samaniego

DOCENTE - COORDINADOR

AUTORÍA

Yo, José Luis Flores Cruz, declaro ser autor del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos de posibles reclamos o acciones legales por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional – Biblioteca Virtual.

Autor: José Luis Flores Cruz

Firma:.....

Cédula: 1714368048

Fecha: Loja, 10 de noviembre del 2016

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL Y PUBLICACIÓN ELECTRONICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo, José Luis Flores Cruz, declaro ser autor de la tesis titulada **"PROTOCOLO PARA LA VALORACIÓN MÉDICO LEGAL EN CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL COMO PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES"**, como requisito para optar al título de **Abogado**, por lo que autorizo al sistema bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos muestre al mundo la publicación intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido en el Repositorio Digital Institucional.

Los usuarios pueden hacer uso de este trabajo investigativo en las redes de información del país (RDI) y del exterior, con las que mantenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja no se responsabiliza por el plagio o copia de dicha tesis que realice una tercera persona.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja a los 10 días del mes de noviembre del año dos mil dieciséis, firma el autor:

Firma:

Autor: José Luis Flores Cruz
Cédula: 1714368048
Dirección: Quito-Pichincha Cdla. Tarqui Mena 2
Correo Electrónico: jose1983flores@hotmail.com
Teléfono: 624940 **Celular:** 0987567751

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dra. Rosa Alicia Orellana Samaniego Mg. Sc.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL Dr. Igor Vivanco Müller. Mg. Sc.
MIEMBRO DEL TRIBUNAL Dr. Darwin Quiroz Castro. Mg. Sc.
MIEMBRO DEL TRIBUNAL Dr. Byron Enrique Pinto. Mg. Sc.

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a las Autoridades como al Personal Docente y Administrativo de la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia, por brindarme la oportunidad de culminar con mis estudios superiores.

A mis hijos Valentina, Paola, Esteban quienes me han apoyado y comprendido para poder seguir adelante con mi carrera y formación académica

AGRADECIMIENTO.

Mi agradecimiento especial a la Universidad Nacional de Loja, Modalidad de Estudios a Distancia por permitirme formarme profesionalmente

A todas aquellas personas que contribuyeron con su dedicación y conocimiento en la elaboración de este trabajo de investigación

TABLA DE CONTENIDOS

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2. RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.2. Medicina Legal

4.1.3. Tipos frecuentes de lesiones

4.1.4. Pericia

4.1.5. Indicio

4.1.6. Evidencia

4.1.7. Prueba

4.1.8. Peritaje

4.1.9. Valoración de la prueba

4.1.10. Delitos sexuales

4.1.11. Violación sexual

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Antecedentes

4.2.2. Historia de los delitos sexuales

4.2.3. Los indicios biológicos en el delito de violación sexual

4.2.4. Métodos de preservación de los indicios biológicos

4.2.5. Protocolos utilizados para el peritaje de la violación sexual, colección, embalaje, preservación y entrega de indicios biológicos, tomados de la víctima.

4.2.6. La cadena de custodia de los indicios biológicos en los delitos de violación sexual en la legislación ecuatoriana

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador

4.3.2. Tratados Internacionales

4.3.3. Código Orgánico Integral Penal

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

5. MATERIALES Y MÉTODOS

5.1. Materiales

5.2. Métodos

5.3. Procedimientos y técnicas

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de las encuestas

6.2. Información estadísticos

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

7.2. Contrastación de hipótesis

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. Propuesta de reforma jurídica

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

1. TÍTULO

“PROTOCOLO PARA LA VALORACIÓN MÉDICO LEGAL EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL COMO PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES”

2. RESUMEN

La implementación de un protocolo para la valoración médico legal en los delitos de violación sexual como prueba en el proceso penal, relacionar a los participantes en la acción violenta y su grado de participación; evitarán la revictimización de la víctima y la de su familia al no encontrar respuesta en el aparato judicial, disminuirán los índices de impunidad y aumentará la credibilidad en el sistema de justicia; a través de la mejora en la recolección de la información, con lo que se mejorará su calidad, un examen físico ordenado y completo y un proceso de levantamiento, manipulación y análisis de indicios acorde con los ordenamientos científico jurídicos actuales.

Todo indicio, ha de ser legal; la legalidad significa que debe ser recolectado, embalado y transportado según los procedimientos establecidos en la ley. Estos procedimientos se aplican con el único objetivo de generar confianza entre todos los implicados; quienes creerán que las evidencias no han sido alteradas, manipuladas y son; por tanto, piezas probatorias objetivas sobre el caso investigado.” Es así, que la prueba debe ser analizada y valorada adecuadamente para concluir con el análisis científico si existió delito o no.

Los rastros no siempre son visibles a simple vista y pueden ser pasados por alto fácilmente.

Un metódico enfoque deliberado y disciplinado para la recolección y preservación de las pruebas es esencial. Una excepción puede ser si la

integridad de la evidencia está en riesgo, y en esas circunstancias, es importante que se tomen decisiones rápidas para evitar su degradación y/o pérdida, por ejemplo si una muestra es tomada de un sospechoso mediante un hisopo, debe estar protegido de la contaminación antes de su análisis en un laboratorio.

La preservación de la evidencia es un proceso complicado con el potencial de que se cometan muchos errores y fallas en la cadena de custodia.

2.1. ABSTRACT

The implementation of a protocol for the legal medical assessment of rape crimes as evidence in the criminal process, relating the participants to the violent action and their degree of participation; Will prevent revictimization of the victim and his family by not finding a response in the judicial system, reduce rates of impunity and increase credibility in the justice system; Through improved information collection, which will improve its quality, an orderly and complete physical examination and a process of lifting, manipulation and analysis of indications in accordance with current legal scientific regulations.

Any clue must be legal; Legality means that it must be collected, packaged and transported in accordance with the procedures established by law. These procedures are applied with the sole objective of generating confidence among all those involved; Who will believe that the evidence has not been altered, manipulated and are; Therefore, objective evidence on the case under investigation. "Thus, the evidence must be analyzed and valued adequately to conclude with the scientific analysis whether or not there was a crime.

Traces are not always visible to the naked eye and can be easily overlooked. A methodical, deliberate and disciplined approach to the collection and preservation of evidence is essential. An exception may be if the integrity of the evidence is at risk, and in such circumstances, it is important that rapid

decisions are taken to avoid its degradation and / or loss, for example if a sample is taken from a suspect by a swab, it must Be protected from contamination before being tested in a laboratory.

Preservation of evidence is a complicated process with the potential for many mistakes and failures in the chain of custody.

3. INTRODUCCIÓN

En el complejo mundo del litigio en materia penal, se debaten los valores y bienes más preciados de las personas y entre estos, cabe destacar la "libertad sexual", bien jurídico protegido en varias legislaciones por su trascendencia, ya que constituye la base fundamental en el normal desarrollo de la personalidad de todo ser humano, por lo que su protección en el ordenamiento jurídico es esencial.

Cabe destacar que en la sociedad éste bien jurídico ha sido y es vulnerado con la consumación de diferentes delitos, entre ellos, el de violación sexual, que además de producir graves lesiones físicas, daña la esfera psíquica de la víctima; genera gran alarma en la comunidad y creciente sensación de inseguridad, debido a la imperante impunidad (Rodríguez, 1998). La impunidad se debe a múltiples factores, dos de los cuales dependen directamente de la actuación del perito y de su informe, el primero: la dificultad para que la víctima comparezca durante todo el proceso por el efecto victimizador y el recrudecimiento de la sintomatología que este fenómeno le puede ocasionar, y el segundo: la determinación de responsabilidades y sanciones; razones por las cuales la investigación se dirigirá a comprobar si los protocolos utilizados en la Fiscalía General del Estado del Estado Ecuatoriano para realizar el examen médico legal a las víctimas de violación sexual, no revictimiza, obtiene información suficiente para determinar la existencia de la infracción, relacionar a los participantes

en la acción violenta y su grado de participación, evitando la impunidad en este tipo de delitos, hecho que produce revictimización terciaria en la víctima.

Este proyecto tratará el problema jurídico – social de los delitos de violación sexual y el índice de impunidad, se investigará la utilidad del formato del dictamen pericial utilizado para valorar a las víctimas desde el punto de vista médico legal, los errores más frecuentes en la utilización del documento y la responsabilidad del actual protocolo en el reducido número de sentencias.

Los Protocolos de Pericias Médico legales fueron puestos en vigencia mediante Resolución de la Fiscalía General del Estado N0 005-FGE-2009, el 21 de abril del 2009, con la finalidad de que el médico evaluador recabe datos trascendentales del hecho, que lo lleven a formular conclusiones que se acerquen a la verdad jurídica y sirvan como prueba dentro del proceso penal, evitando que los formularios sean llenados con información irrelevante e inútil. Al momento, menos del 5% de las denuncias llegan a sentencia condenatoria en estos delitos, tratándose de un problema multifactorial, que necesita ser remediado desde la multidisciplina. Uno de los nudos problemáticos es el actual protocolo para valorar a las víctimas de este delito, el mismo que no responde a los mandatos de la legislación actual, peor provee de herramientas para obtener indicios y evidencias de utilidad dentro del Proceso Penal, por lo que es necesario redactar un nuevo dictamen pericial que origine un informe de la experticia médico legal, que

sea sólido en lo técnico y en lo científico, no victimice secundariamente y que forje una prueba idónea para determinar la culpabilidad o inocencia del presunto autor.

El propósito general de esta investigación es entregar a la sociedad, a la ciencias médicas y al Derecho, varias recomendaciones que ayuden a mejorar el dictamen pericial para la valoración médico legal de las víctimas de los delitos de violación sexual, que esté acorde a la legislación actual y que en el Proceso Penal ofrezca un medio probatorio indiscutible para la acusación o la desestimación.

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.2. Medicina Legal

Para Víctor de Santo conceptualiza la medicina legal con medicina forense, señalando que es la "*Rama de la medicina que abarca toda actividad médica relacionada por el poder judicial. El comentario de la medicina forense es la investigación penal desde el punto de vista médico, la valoración legal de los lesionados físicos y de los enfermos mentales e incapaces, y el asesoramiento a los funcionarios de la justicia en todo lo que se refiere al tema médico*"[1]

La medicina legal es la rama de la ciencia médica pero relacionada al ámbito legal, del cual su actuación depende para seguir una acción penal o investigación para corroborar el cometimiento de la infracción como las conductas que de producen por lesiones, afectación a la intimidad sexual las muertes producidas por homicidios o asesinatos. Quien realiza el examen médico da su informe en base del hecho sucedido o cometido y desde este punto de vista se valora los hechos para comprobar la responsabilidad de los presuntos infractores del delito, del que los fiscales acusan y se llegue a una

[1] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, editorial Universidad, Buenos Aires Argentina, 1999, p. 640

convicción al juez que este hecho constituye delito o no, es decir del informe que se asesora los jueces para administrar justicia.

Manuel Ossorio y Guillermo Cabanellas expresa que "*Se llama medicina legal la rama de la medicina que posibilita la aplicación de sus conocimientos específicos a los distintos problemas judiciales o legales. Su base y científica es esencialmente médica, pero se complementa, además con elementos tomados del Derecho Civil, Penal y Procesal vigente en cada país y también con sus aplicaciones jurisprudenciales.*"[2]

La medicina legal entendida como una rama médico jurídico, es la rama de la medicina con que los fiscales acusan el cometimiento de la infracción y los jueces resuelven en función al informe vertido por el médico legista, no siendo un informe para dar una sentencia, sino uno que permite a los administradores de justicia determinen la responsabilidad o no de los presuntos infractores, del que se sujetan a ciertos parámetros para llegar a la veracidad del informe pericial

4.1.3. Tipos frecuentes de lesiones

En cuanto al tipo de lesiones son los médicos legistas deben conocer los antecedentes del hecho, del cual también presuman sucesos sobrevivientes, en la cual deben emplear las nociones jurídicas que permitan establecer la

[2] OSSORIO, Manuel; CABANELLAS, Guillermo: Diccionario de Derecho, Tomo 2, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2010, p. 102

gravedad de la lesión e informar al fiscal lo requerido para la investigación y al juez para dar su conocimiento de los hechos

Para Eduardo Vagas Alvarado las lesiones "*Desde el punto de vista jurídico una lesión es toda alteración anatómica o funcional en el cuerpo o en la salud de una persona, originada por un agente traumático*"[3]

La lesión entendida como tal es la variación anatómica o funcional en el cuerpo o el quebranto de la fortaleza de la fortaleza de la persona, del que tiene su origen de la herida producida por un objeto, que son capaces de romper la cohesión de los tejidos.

Para Bonnet citado por Alejandro Basile y otros, la lesión en un sentido estrictamente médico es "todo trastorno patológico, anatómico, fisiológico o psicológico, inmediato o mediato, que se presenta cuando sobre el individuo se ha hecho actuar la violencia u otra noxa"[4], que se refiere tan solo al daño producido, mientras que el delito de lesiones abarca la intencionalidad que tiene quien provoca el daño en la víctima. El bien jurídico protegido en este tipo penal es la integridad personal que incluye la integridad corporal, psicológica, la funcionalidad de los órganos y tejidos, además de la integridad social.

[3] VARGAS ALVARADO, Eduardo: Medicina Legal, editorial Trillas, segunda edición, México, 2000, p. 23

[4] BASILE Alejandro, DEFILIPPIS Enrique y GONZÁLES Orlando, Medicina Legal del Trabajo y Seguridad Social, 1983, pág. 237

Es importante que se analice la naturaleza de la lesión, en ésta se debe identificar o precisar el tipo de lesión, luego se describirán sus características, tales como el tamaño, la dirección, para luego situarla dentro de una región anatómica. Las lesiones que tienen importancia médico legal en los peritajes son: contusiones, fracturas, heridas, sean estas producidas por las contusiones, por armas blancas o de fuego, lesiones causadas por la electricidad y las lesiones térmicas.

Para Francisco Álvarez "*Las contusiones son lesiones producidas con un cuerpo contundente, por tres mecanismos, el golpe, la percusión y el aplastamiento. Las contusiones pueden ser superficiales, cuando sus consecuencias son visibles sobre la piel y profundas cuando se presentan en la superficie o en el parénquima de los órganos*"[5]

Las lesiones es producto de un objeto contundente, siendo aquel que produce un daño físico considerable por la fuerza y energía con que se maneja y se imprime, teniendo su efecto superficialmente cuando la lesión es visible sobre la piel de la persona o de manera profunda cuando su acción perjudica en el interior del cuerpo como en sus órganos.

Para Luis Alberto Kvitko, "*Entre las contusiones que provocan daño o injuria, se hallan las excoriaciones, que se las define como la pérdida de las capas superficiales de la piel. Cuando se producen por la acción tangencial del*

[5] ALVAREZ, Francisco: Salud Ocupacional, ediciones Ecoe, Botogá Colombia, 2011, p. 85

cuerpo contundente, se denominan excoriaciones por remelladura; las que se generan por el deslizamiento del borde libre de las uñas son excoriaciones por rasguño y las marcas dejadas por el borde de las uñas y el pulpejo de los dedos que se producen por el mecanismo de presión, se denominan estigmas ungueales"[6]

Las huellas que dejan en la piel producto de la lesión son denominadas excoriaciones, siendo la pérdida de las capas de la piel; denominando excoriaciones por remelladura cuando las capas de la piel se han perdido por efecto del cuerpo áspero que produce la lesión; y, los estigmas urgueales, tienen ciertas características tienen por lo general una forma semilunar por efecto del pinzamiento entre los dedos del víctimario siendo más notorio por la intervención de los dedos pulgar, índice y medio, y de menos visible el meñique por su actuación de menos fuerza.

Las contusiones pueden producir también derrames de los fluidos orgánicos y el más importante es el sanguíneo, por lo que se han clasificado a este tipo de contusiones en: equimosis, que son infiltraciones sanguíneas, que se producen en el espesor de los tejidos y que por efecto de la descomposición de los pigmentos de la sangre, varía su coloración con el paso de los días. Pueden ocasionarse grandes infiltraciones, debidas a contusiones muy intensas y cuando ocupan toda una región anatómica se las conoce como equimomas.

[6] Kvitko, Luis Alberto: La violación peritación médico legal en las presuntas víctimas del delito, editorial Trillas, México, 2000, p. 83

Para Eduardo Vargas "*Las equimosis varían de color con el transcurso del tiempo, son rojas el primer día, el segundo y tercer día se vuelven negras, por desprendimiento de hemoglobina, del cuarto al sexto día, azules por la hemosiderina. Del séptimo al duodécimo día, toman una coloración verdosa por hematoidina y finalmente se hacen amarillas del decimotercero al vigésimo primer día por la hematina*"[7]

La Equimosis es el producto de una lesión, del espacio subcutáneo de la piel, que se caracteriza por depósitos de sangre extravasada debajo de la piel intacta. Tiene ciertos colores como se describe el autor anterior que depende del tiempo desde que se produce la lesión y el grado de afectación, variando de color hasta su sanación, y como indica este mismo autor "*En términos generales, la equimosis desaparecen a las tres semanas, no suele causar incapacidad temporal, ni secuelas, excepto de tipo estético*"[8], estas lesiones son temporales careciendo de secuelas, excepto el lado estético.

Eduardo Vargas indica: "*Cuando las contusiones se producen sobre regiones cubiertas por piel muy laxa, puede suceder que ésta se mantenga indemne y que los órganos que se encuentran en la profundidad se lesionen, a este tipo de lesiones se les conoce como contusiones profundas sin herida externa, se pueden producir por cinco mecanismos: por golpe directo donde el cuerpo contundente actúa directamente sobre la piel laxa, la contunde sin lesionarla, y la fuerza ejercida sobre esta región lesiona los elementos*

[7] VARGAS ALVARADO, Eduardo: Medicina Legal, editorial Trillas, segunda edición, México, 2000, p. 29
[8] IBIDEM

musculares, nerviosos, vasculares y óseos que se encuentran por debajo. El contragolpe, donde el órgano suspende bruscamente su desplazamiento y por la inercia regresa en sentido contrario, produciéndose la lesión más grave en el lado opuesto, al que el órgano recibió la contusión. La hiperincurvación se produce cuando un elemento duro (huesos largos), recibe fuerzas de empuje en sus dos extremos, las mismas que viajan paralelamente en la misma dirección y en la parte media, recibe una fuerza de igual o mayor magnitud que las anteriores, que se desplaza en sentido opuesto, lo que produce una curvatura excesiva del órgano, venciendo su límite de elasticidad"[9]

Las contusiones internas, son perjudiciales y de mayor gravedad que las superficiales, porque pueden afectar directamente a un órgano importante, por ello la necesidad de un examen minucioso para conocer el grado de afectación, y tomar las medidas adecuadas para su curación bajo la supervisión que el médico lo requiera.

Eduardo Vargas señala "*El estallido es otro de los mecanismos que producen las contusiones profundas sin herida externa, en donde los órganos huecos, reciben presiones internas y externas, ocasionando la ruptura de su pared en el sitio más débil, por aumento de la presión interna; la friabilidad de los órganos huecos depende de la cantidad de contenido existente en su interior. La dislaceración de los elementos de sostén de los*

[9] VARGAS ALVARADO, Eduardo: Medicina Legal, editorial Trillas, segunda edición, México, 2000, p. 33

órganos, se produce por el estiramiento de los ligamentos o mesos que los soportan. Hay que recordar que, dentro de las estructuras de sostén se desplazan los elementos vasculares y nerviosos, los mismos que se pueden romper cuando el tejido que los transporta se elonga en forma muy importante. Esta es una lesión frecuente en las precipitaciones"[10]

La presión es frecuente en las lesiones internas producidas por contusión, y ello puede ocasionar el estallido en ciertos órganos, por lo general cuando son más débiles, o son frágiles al golpe, dando un perjuicio al tejido que cobre al órgano.

Las contusiones de gran intensidad originan heridas contusas, las mismas que se las define como soluciones de continuidad de la piel, es decir que comprometen todas sus capas y presentan bordes, labios, paredes, fondo y ángulos sumamente irregulares; las paredes están unidas entre sí por puentes de tejido, que son pequeños fragmentos de tejido muscular, nervioso o vascular que a pesar de la contusión han quedado indemnes. Los elementos que completan las características de la herida contusa son: la zona excoriativa marginal, producida por la acción del cuerpo contundente, con una magnitud insuficiente para vencer la elasticidad de la piel y una zona equimótica marginal, donde la fuerza del cuerpo contundente es escasa y lo que produce es infiltración sanguínea por ruptura de pequeños vasos sanguíneos. Es necesario describir también las contusiones complejas

[10] VARGAS ALVARADO, Eduardo: Medicina Legal, editorial Trillas, segunda edición, México, 2000, p. 34

producidas por dos o más mecanismos de contusión simple, entre las que tienen valor médico legal se encuentran: las mordeduras, el aplastamiento, la caída, la precipitación y las contusiones con desprendimiento.

Eduardo Vargas expresa: "*Las mordeduras son traumas producidos por la presión y la tracción ejercidas por los dientes, se las clasifica en eróticas, de agresión o defensa y por autolesionismo. Las contusiones con desprendimiento se caracterizan por presentar tejidos o segmentos corporales desprendidos, entre las localizadas tenemos el arrancamiento o avulsión, donde se puede observar un desprendimiento parcial o total de partes blandas de una región del cuerpo, producida por los mecanismos de presión y tracción, iguales mecanismos producen la amputación, que separa totalmente las extremidades o parte de ellas y los apéndices corporales, tales como dedos, nariz, etc.*"[11]

Unos hechos que producen en defensa de la persona o al mismo tiempo producidas por la otra persona, en el delito de violación son las mordeduras, en el primer caso para evitar que se cometa el delito, como un hecho a la defensa de su cuerpo, y en el segundo caso para poder manipular a la persona y perpetrar el delito.

"*A las heridas se las define como soluciones de continuidad en todas las capas de la piel. Son lesiones producidas también por armas blancas y de*

[11] VARGAS ALVARADO, Eduardo: Medicina Legal, editorial Trillas, segunda edición, México, 2000, p. 35

fuego, las primeras son elementos que presentan una empuñadura, una guarnición y una hoja, la misma que cuenta con dos bordes y una punta. Por extensión, se denominan armas blancas a elementos que, no teniendo todas éstas características, producen lesiones similares a las que generan las armas blancas (pinchos, hojas de afeitar, punzones, vidrios, huesos de pescado, etc.)"[12]

Las heridas originadas por las armas blancas se las ha clasificado según el mecanismo de acción, así, si actúa el filo por un mecanismo de deslizamiento, la herida se conocerá como cortante o incisa, donde predomina la longitud sobre la profundidad, las armas que pueden provocar este tipo de heridas son: los estiletes, las hojas de afeitar, las hojas de bisturí. Si la acción lesionante se produce por la punta del arma mediante un mecanismo de presión, se tratará de una herida punzante, la misma que puede ser producida por un pica hielo, un punzón, un destornillador, en éstas prevalecerá la profundidad sobre la superficie. Si actúan la punta y el filo, por un mecanismo de presión y deslizamiento simultáneo, se tratará de heridas punzo cortante, que son ocasionadas por cuchillos, navajas, dagas entre otras, donde la superficie y la profundidad son la regla. El degüello es un tipo especial de herida punzo cortantes, este es un corte en el cuello (degüello = corte en el cuello, cara anterior y/o laterales), el mismo que tiene ciertas características especiales, cuando se trata de un suicido y otras diferentes si su etiología es homicida.

[12] VARGAS ALVARADO, Eduardo: Medicina Legal, editorial Trillas, segunda edición, México, 2000, p. 35

Eduardo Vargas indica: "*El degüello suicida se acompaña de heridas de vacilación, es una herida de trazo oblicuo (de atrás hacia adelante y de arriba hacia abajo), se presenta en el lado opuesto a la mano que el suicida ocupa, es una herida de bordes regulares, nítidos y es menos profunda que la producida en un homicidio. El degüello homicida en cambio, no tiene heridas de vacilación, es de trazo horizontal, más profundas que la producida en un suicidio, sus bordes son irregulares, se acompañan de heridas en las manos y antebrazos de la víctima*"[13]

Eduardo Vargas indica "*Otra aplicación criminal de las heridas de tipo mutilantes, es el descuartizamiento, el mismo que consiste en cortar al cadáver en cuartos, eso significa que separa del tronco las extremidades y la cabeza, con el fin de ocultar el cadáver o dificultar la investigación*"[14]

Para Vernon Geberth "*Las fracturas se definen como soluciones de continuidad en un elemento óseo. Por el mecanismo de producción se clasifican en fracturas por desgarro, hiperincurvación, compresión y cizallamiento, mientras que por el trazo, las podemos catalogar como fracturas transversas, oblicuas, espirales y conminutas; pudiendo ser cerradas o simples, abiertas o expuestas, comprometer superficies articulares, zonas de inserción o elementos vasculares y nerviosos*"[15]

---

[13] VARGAS ALVARADO, Eduardo: Medicina Legal, editorial Trillas, segunda edición, México, 2000, p. 36

[14] VARGAS ALVARADO, Eduardo: Medicina Legal, editorial Trillas, segunda edición, México, 2000, p. 36

[15] GEBERTH, Vernnon: Sex related Homicide and death investigation. . Carolina del Norte: CRC Press., 2010

Para Bonnet "*Las heridas producidas por armas de fuego, son un tipo de heridas contuso penetrantes producidas por la penetración, paso y, en ocasiones, salida de un proyectil de arma de fuego. Los proyectiles son empujados a través del cañón del arma, previo a que la cola del disparador o gatillo ha sido accionado; el martillo empuja la aguja percutora, la cual golpea en el fulminante del culote de la bala e inicia el proceso de combustión de la pólvora o deflagración, la cual produce un aumento de la presión dentro de la vainilla y empuja al proyectil*"[16]

4.1.4. Pericia

Galo Espinosa Merino indica que perito es la "*persona que, poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia*"[17].

La pericia es el proceso de valoración, evaluación y estudio de manera técnica de una prueba dentro de una acción, como lo es en el proceso judicial, que la realiza una persona con experiencia o que tiene conocimientos teóricos y prácticos del tema. Que dentro del proceso y en cada caso se realizan tomando en consideración ciertos parámetros, como lo es en el tiempo y en las condiciones que lo requiere el juez o fiscal para

[16] BONNET, P.: Muerte Violenta. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, 2003
[17] ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 547

fundamentar su acusación, de puntos que tengan que ver con el litigio para aportar en la decisión del juicio.

Mabel Goldstein expresa que pericia médica es el "*Informe pericial o peritaje médico legal*"[18]

La pericia como un informe técnico, se aplica principalmente en actos en la que el juez no tiene conocimientos del hecho y que con éste informe y en virtud del proceso tomar una decisión. En la medicina legal, es fundamental la intervención del perito, y para ello se exige que personas conocedoras de la medicina y de manera legal analicen el caso como son las muertes, lesiones o delitos sexuales, para poder tomar una decisión y el juez o tribunal penal pueda determinar la responsabilidad o no de los presuntos infractores del hecho y sanción a los culpables del delito.

4.1.5. Indicio

Manuel Ossorio y Guillermo Cabanellas expresan que indicio "*En el procedimiento criminal se llaman indicios, y también presunciones, las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre hechos determinados, así pues el indicio constituye un medio probatorio conocido como prueba indiciaria.*

[18] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Austral S.A., Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 421

Puede decirse que generalmente los indicios abren el camino a la investigación de los delitos"[19]

Los indicios son circunstancias que se consideran que se cometió o no un delito, que analizando las evidencias que se presentan en la escena de la muerte, se conjeturan presunciones que se trata de un delito o simplemente suicidio. Para ello es vital la intervención de personas conocedoras del caso y colaborar para que se esclarezcan los hechos y las autoridades judiciales tomar sus decisiones que en derecho se requiere.

Para Galo Espinosa Merino indicio es la "*Conjetura derivada de las circunstancias de un hecho. Sospecha que algo conocido permite sobre aquello hasta entonces dudoso o desconocido*"[20]

Los indicios son vitales, que en el momento del delito, contribuyen al esclarecimiento de la verdad, en la cual se encuentran pruebas que pueden aportar al proceso, que deben ser recogidos por personas atribuidas con esa potestad, como también la de custodiarlas y poder ser presentadas en el juicio y fundamentar el proceso en sí. En los delitos sexuales deben existir ciertos protocolos para considerar pruebas en los procesos, y que de ello se determine su legalidad y pertinencia para llegar a la convicción del juez o tribunal penal que se trata o no de un delito, o se llegue a determinar cuáles

[19] CABANELLAS, Guillermo; OSSORIO, Manuel: Diccionario de Derecho, Tomo I, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2010, p. 676
[20] ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 385

son los responsables de la infracción, y en análisis del caso y a la actuación de los mismos dar una resolución y sancionar a los presuntos responsables de la infracción.

4.1.6. Evidencia

Víctor de Santo indica que videncia es la "*Certeza sobre un conocimiento, hecho u objeto, tan manifiesta que no se puede dudar racionalmente de ella*"[21]

La evidencia es sinónimo de certeza y en lo penal es el convencimiento que se trate de un delito o no, y para ello se necesita la observación de la escena de la infracción, en la cual se cerciora del resultado que no puede durarse. Por ejemplo en los delitos sexuales la evidencia se la escena es tan visible que no cabe dudas de la infracción que se cometió, o el procesado no quiere aceptar la infracción y se volvió a mostrar los actos obscenos hacia la víctima.

Para Manuel Ossorio y Guillermo Cabanellas evidenciar es "*Acreditar la verdad hasta la evidencia. Demostrar la total exactitud de lo que se sostiene o, al menos, sugerir la plena convicción. Probar con claridad lo que se afirma o lo que se aduce, empeño de todo litigante en cuanto a los hechos controvertidos.*"[22]

[21] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p. 446
[22] CABANELLAS, Guillermo; OSSORIO, Manuel: Diccionario de Derecho, Tomo II, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2010, p. 542

La evidencia como un hecho que se acredita la verdad de las cosas, consiste en la demostración en sí que se trata de una infracción o no, en los delitos sexuales, las evidencias se muestran por los vestigios que se encuentran y los daños físicos y morales hacia la víctima del delito. Las evidencias son vitales para comprender la licitud del hecho, y como un medio para determinar la responsabilidad del presunto infractor o no hacia la víctima, para con ello imponer la respectiva sanción a que corresponda y en lo determinado en cada tipo penal.

4.1.7. Prueba

La prueba para Galo Espinosa Merino prueba es la "*Demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho. Medio de evidencia que crea en el juez la convicción necesaria para admitir como ciertas o rechazar como falsas las proporciones formuladas en el juicio.*"[23]

La prueba es la evidencia o justificación del hecho que se investiga o se llegue a obtener del mismo a través de un sistema que está permitido por la Constitución y la Ley. En derecho las pruebas permiten comprender la existencia de una cosa o la realidad de un hecho, para con ello, las autoridades judiciales tomen una decisión. En el proceso penal, y en los delitos de acción penal pública las pruebas deben ser presentadas por la

[23] ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987, p. 594

fiscalía, por ser el ente acusador del sistema penal, en defensa de los derechos de la sociedad, quien en un delito realiza la acusación ante el juez o tribunal penal y buscar determinar la responsabilidad de los presuntos infractores.

Mabel Goldstein indica que prueba es "*La actividad desarrollada por las partes, a fin de lograr la convicción del juez respecto de los hechos controvertidos.*"[24]

Las pruebas son actividades que se permiten a las parte la defensa en un proceso, como un medio para evidenciar la pretensión de la acción como es el cumplimiento de un derecho o la responsabilidad de una obligación, en el proceso civil, administrativo, se presentan como una actividad exclusiva de las partes procesales; en lo penal es una acción exclusiva del fiscal, sin que se desechen las pruebas que lleven los sujetos procesales al proceso, pero tiene su exclusividad del fiscal para fundamentar su acusación dentro del proceso penal.

Manuel Tama sobre las pruebas expresa que "*En nuestro sistema legal, la prueba, como actividad de las partes litigantes, inclusive el Juez en el ejercicio de sus funciones, está sujeta a principios esenciales y fundamentales que deben necesariamente que cumplir para su validez y consecuentemente servir de elemento útil para la decisión del Juez, principios que son los siguientes: a) Toda prueba debe ser practicada y*

[24] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Austral S.A., Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 463

desarrollada ante el Juez de la causa, salvo los casos en que la naturaleza de la misma permita ser deprecada o comisionada por el titular a Juez distinto; b) Toda prueba tiene que ser practicada con notificación a las partes procesales; c) Toda prueba es pública; d) Que la prueba debe ser debidamente actuada; e) Solo son admitidas como medio de prueba, las determinadas y establecidas por la ley, sin que se pueda aceptar como tal las expresamente señaladas, como inadmisibles"[25]

Las pruebas en el proceso deben cumplir ciertas reglas, como lo es que sea solicitada y practicada por solicitud del juez y que sean obtenidas sin la vulneración de derechos de las personas, como a la intimidad personal. En el proceso penal quien solicita las pruebas son el fiscal y los sujetos procesales quienes determinar y fundamentan sus pretensiones del mismo; el fiscal para que se determine con la responsabilidad penal el cumplimiento de una pena de acuerdo al tipo penal; en cuanto a las víctimas o personas ofendidas del delito, presenta sus pruebas como aportación al proceso para que se le repare los daños y perjuicios ocasionados por la infracción; en cuanto al procesado éste no está obligado a comprobar su inocencia, pero eso no quita que pueda presentar sus pruebas como fundamento de su defensa o cuartada para determinar que carece de responsabilidad penal. Las pruebas no deben realizarse en violación a los derechos humanos, como los adquiridos por medios extorsivos, o su violación a su intimidad personal, por lo que el juez debe tener cuidado en que momento debe

[25] TAMA, Manuel: Defensas y Excepciones en el Procedimiento Civil, Segunda Edición, Edilexa, S.A., Guayaquil – Ecuador, 2012, p. 149

permitirse la solicitud de pruebas, que evidencien en lo posterior la responsabilidad del infractor, estas deben observarse los derechos del debido proceso. Las pruebas deben tener su legalidad como son las determinadas y establecidas por la ley, sin que se pueda aceptar como tal las expresamente señaladas, como inadmisibles.

4.1.8. Peritaje

Peritaje para Mabel Goldstein es el "*Estudio que hace el perito. Actos que realiza el perito*"[26]

El peritaje es la actuación de la diligencia que lleva a cabo el profesional encargado de realizar una inspección, evaluación o valoración, las que realiza de acuerdo a los parámetros de su función y a los requisitos de los ordenado a realizarse, quien luego de ello envía su informe de cómo fue llevado a cabo, para dar sus conclusiones del mismo.

Víctor de Santo indica que perito es la "*Persona especializada en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica que, en virtud de encargo judicial, suministra al juez argumentos o razones para la formación de su convencimiento respecto de ciertos hechos cuya percepción o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las gentes*"[27]

[26] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Austral S.A., Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 422
[27] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, Editorial Universidad, segunda edición, Buenos Aires – Argentina, 1999, p.735

Dentro del delito de violación es común que se encuentren indicios de carácter biológico, y para que se transformen en evidencias y obtener un análisis detallado de los mismos, es preciso que se realicen los análisis pertinentes; para esto es necesario que se nombre un perito. En consecuencia, los peritos son personas especializadas sobre un determinado tema, que al ser debidamente posesionadas realizarán la experticia emitiendo el correspondiente dictamen pericial.

4.1.9. Valoración de la prueba

Hernando Devis Echandía manifiesta que: "*judicialmente la prueba constituye un conjunto de reglas que regulan la admisión, producción y valoración de los diversos medios que pueden o pretenden emplearse para llevar al Juez a la convicción sobre hechos que interesan al proceso. Es necesario anotar que al referirnos a la convicción del Juez no lleva implícito una relación directa con la verdad, por cuanto ésta, dentro de un proceso nunca puede aparecer. La convicción está relacionada con el convencimiento de haber alcanzado la verdad mediante los hechos demostrados*"[28].

Todas las investigaciones que se realicen para el esclarecimiento del hecho delictivo deberán ser encadenadas con los parámetros legales regulatorios de la custodia debida de evidencias biológicas, todo lo cual obedecerá a una perspectiva que tenga como principio que sin investigación no hay proceso

[28] DEVIS ECHANDIA, Hernando: Nociones Generales de derecho procesal civil, segunda edición, editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009, p 76

penal. De conformidad con lo precedente, el objetivo de la investigación de un delito es encontrar los elementos necesarios para probar la autoría delictiva, tendencia innata de toda persona de llegar a la verdad, todos estos métodos encaminados a este fin, constituyen actos indagatorios.

4.1.10. Delitos sexuales

Para Larrauri "*El delito sexual es por antonomasia violencia de género, es su pico más alto, la cumbre donde se suman todas las violencias. Mirar los delitos desde la perspectiva de género nos permite vislumbrar en qué lugar se producen el mayor número de mujeres y niñas víctimas de violencia, en medio de qué relaciones se fundan estas violencias, cómo es su dinámica, es inevitable mencionar que "las mujeres son la mayoría de víctimas de violencia sexual y quizás este delito produce unos efectos más duraderos que otros delitos violentos*"[29]

El delito sexual como violencia de género es una conducta delictiva a las conductas ilegítimas de la sexualidad, con la utilización de violencia, o su depravación lleve al cometimiento de los actos que van en contra de la integridad sexual de las personas.

4.1.11. Violación sexual

Mabel Goldstein expresa que violación es el "*Delito que se comete por el acceso carnal con persona de uno u otro sexo cuando se usa fuerza o*

[29] LARRAURI, E., "Ayuntamientos de izquierda y control del delito", Madrid. Ed. Indret, año 2007,pág. 3

intimidación o se trata de persona privada de razón o de sentido o cuando, por enfermedad o cualquier otra causa, no puede consentir"[30]

La violación sexual es un delito que se comete contra una persona por el acceso carnal, el que se utiliza la fuerza o intimidad contra la otra persona., o que por el hecho se encuentre privado de razón que no pueda consentir en el acto. También se considera violación aunque tenga consentimiento de la víctima cuando se trate de menores de doce años, debiendo a su edad que tiene su razón a la violación a la intimidad y a la salud del menor.

Efraín Torres Cháves expresa que "*Violación es el acceso carnal con una mujer contra o sin su voluntad de ésta, cuando para lograr su propósito es culpable, usa la fuerza o intimidación, o cuando la víctima no hubiere alcanzado la edad de la pubertad*"[31]

En el delito de violación sexual, constituye una agresión de tipo sexual, cuando una persona tiene acceso carnal o sexual hacia otra persona, en la cual se emplea la fuerza la intimidación, o es acceso con o sin consentimiento con menores de edad.

[30] GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, editorial Círculo Latino Austral, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 585
[31] TORRES CHÁVES, Efraín: Breves comentarios al Código Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Volumen 4, Quito – Ecuador, 2003, p. 61

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. Historia de los delitos sexuales

La imposición de la cópula sin consentimiento del ofendido, por medio de la coacción física o la intimidación moral, es lo que en la historia de las instituciones penales como en la doctrina y las legislaciones contemporáneas, constituye la esencia del verdadero delito sexual de violación (Lencioni, 2005). El bien jurídico penalmente tutelado concierne a la libertad sexual, contra la que el acceso carnal impuesto por la violencia constituye el máximo agravio, ya que el agresor ocupa la violencia efectiva física sobre el ofendido, anulando así su resistencia, o mediante la violencia efectiva moral que es el empleo de amenazas de males graves o la intimidación, que también le impiden resistir. La mayor parte de las legislaciones, incluyen la figura conocida como violación presunta, consistente en la cópula con personas incapacitadas para resistir el acto por enfermedades corporales o mentales, por su inmadurez psicológica, o por condiciones de indefensión producidas por la administración de sustancias que disminuyen el nivel de conciencia (Etcheberry, 1998).

La violación es una de las infracciones de naturaleza compleja, dada la utilización de medios coactivos o impositivos para lesionar la libertad sexual y a esto se suman perjuicios a otros bienes jurídicos tutelados. Estos ataques se manifiestan en forma de amenazas, injurias, intimidaciones,

golpes, privación violenta de libertad física, administración abusiva de sustancias, hasta homicidios; además se producen en la víctima graves afectaciones de la integridad psíquica, la paz, la seguridad personal y social (Riu & Travella, 2005).

Hay que destacar un dato significativo en cuanto al origen social de muchos de los agresores, que han sido el resultado del abuso de autoridad y la violencia ética que entraña la existencia de una relación social y mental de subordinación entre agresor y agredida (Mensías, 2006). En la época medieval por ejemplo los nobles imponen el rito del acto sexual con las mujeres vasallas desde su doble poder de hombres y señores. Esta práctica motivó a que nobles y siervos medievales fueran inculpados por delito de violación (Mensías, 2006).

En la Baja Edad Media (XII fin XV), derecho de pernada que era el beneficio del señor feudal de acostarse con la novia en su primera noche de casada como gesto de vasallaje, ha determinado hábitos y costumbres de abuso sobre las mujeres. En el devenir de la historia la violación sexual ha constituido un arma habitual de agresión, de terror y hasta de venganza, ha sido acción simbólica del vencedor, supone la máxima humillación del conquistado. La violación de la mujer de forma institucionalizada se ha practicado durante épocas de esclavitud y en situaciones de servidumbre; en el ámbito del matrimonio, el sometimiento sexual por la fuerza no ha sido

considerado un delito de violación hasta hace pocos años (Mensías, 2006) (Alemania lo penaliza en 1996 y México en el 2005) (Merlyn, 2006).

En los códigos penales modernos, la infracción mantiene su carácter de máxima gravedad, por causar irreparables lesiones físicas, fisiológicas y psíquicas; se ha abolido la pena de muerte como medida punitiva, sin perjuicio de extremar las sanciones, mediante agravaciones especiales o por acumulación, cuando concomitantemente actúan otros eventos delictuosos, como el contagio de infecciones, el uso de armas, incesto, lesiones y homicidio (Merlyn, 2006) (Teke, 2001).

La violación es un acto de violencia que tiene repercusiones muy serias y duraderas que cualquier otro acto delictivo, a pesar de los daños físicos, psicológicos y morales que deja el agresor en su víctima, el delito algunas veces queda impune, y otras, no es debidamente sancionado, debido a varios factores, tales como: las dificultades burocráticas y el deficiente manejo de la víctima a su entrada al sistema de justicia, la falta de herramientas para recopilar adecuadamente las reseñas sobre el hecho, y una guía técnica para identificar, colectar, embalar, transportar y preservar los indicios y las evidencias .El objetivo principal del violador es aterrorizar, dominar, humillar y torturar (Gisbert, 2002).

Los elementos que actualmente conforman el delito son: una cópula (normal o anormal), que esa cópula se efectué en personas de cualquier sexo y se realice sin voluntad del ofendido (a). Los medios que se emplean para

obtener la cópula son: violencia física, violencia moral y violencia presunta (Patitó, 2004), (Caro, 2007).

Es frecuente imaginar que el escenario de una violación es una calle oscura y solitaria o un terreno baldío y que el agresor es un ser de aspecto desagradable o que da la impresión de ser un demente y encontrarse fuera de control sobre sus actos. Las experiencias médicas con hombres que han cometido algún delito contra la libertad sexual han concluido que son personas completamente normales, de aspecto confiable (Caro, 2007).

Los hombres son en número los principales agresores (86%), las mujeres cometen abusos sexuales pero es menos frecuente y su comportamiento es menos violento, de modo que es más difícil de descubrir. Estadísticamente es más usual que el delincuente sea un amigo, la pareja sexual o un pariente cercano y que el acto violento se produzca en la misma casa de la persona agredida. Los niños frecuentemente se muestran más evasivos que las niñas al hablar sobre sus experiencias de abuso sexual, , puesto que piensan que si salieran a la luz destruirían su imagen de hombres, dado que su papel de víctima no es en absoluto un atributo varonil (Ministerio Público Unidad de Capacitación, 2002), (Zaffaroni, 2005).

Este problema de salud pública, es negado por muchos, por lo que no se lo denuncia, se ha calculado que solo se pone en conocimiento de las autoridades uno de cada seis sucesos, entre las razones que suelen dar las

víctimas para no revelar el delito destacan: la vergüenza a exponer su caso al escrutinio público y el temor al estigma social, las trabas administrativas causadas por la poca sensibilidad que suelen mostrar los participantes del proceso investigativo y penal, la ignorancia de las víctimas, el temor a las represalias y la dependencia económica de los vulnerados (Zaffaroni, 2005), (Geberth, 2010).

La valoración de las víctimas de delitos contra la libertad sexual, ha correspondido a los médicos, no se conoce la etapa desde la cual los galenos han asesorado a los juzgadores en este tipo de delitos, pero se conoce que desde la Grecia antigua los facultativos han comparecido ante los tribunales y jurados de justicia como testigos, a declarar sobre heridas y causas de muerte: en Roma influyó la legislación griega, por lo que algunos emperadores basaban sus disposiciones relativas a los delitos luego de ser informados por los médicos (Tello, 2011).

En los siglos X al XV (Edad media) se establece la intervención obligatoria de los médicos en los asuntos judiciales, los musulmanes, en todo asunto médico legal imponían la intervención de los facultativos (Tello, 2011).

En la Edad Moderna (siglos XVI al XVIII) se instituye la práctica obligatoria de la autopsias en las muertes violentas, en 1532 durante el reinado de Carlos V en España, se emite la legislación Carolina, en la que las lesiones, homicidio y aborto, son evaluados mediante el peritaje médico (Tello, 2011).

En la Edad Contemporánea (siglo XIX), Europa organiza la enseñanza de Medicina Legal y en América Latina, tenemos profesores que han hecho verdadera escuela con sus investigaciones y publicaciones, así en Venezuela tenemos a Rizques, en Colombia a Uribe Cualla, en Chile a Samuel Gajardoo, en Brasil a Helio Gómez y en argentina a Nerio Rojas, con su obra “Medicina Legal” (Tello, 2011).

En nuestro país, se dan varios hechos que marcan el inicio de la peritación médica, en 1827, se inaugura la Universidad de Quito y el 25 de junio de este mismo año se organiza la Facultad de Medicina de Quito que incluye las cátedras de Obstetricia y Medicina Legal.

En 1875, se presenta el informe pericial de reconocimiento del cadáver del Presidente Gabriel García Moreno por los Doctores E. Gayraud, Miguel Egas y Rafael Rodríguez.

En 1923, se expide un Reglamento para la Policía Nacional, donde se dispone que los médicos de Policía actúen como peritos de oficio, practiquen los reconocimientos médico –legales ordenados por los Jueces de Instrucción.

En 1936, se crea por decreto ejecutivo el Instituto de Criminología en Quito, adscrito al Ministerio de Justicia y Cárceles. En 1938, el Código de Procedimiento Penal incluye disposiciones detalladas sobre el peritaje

médico legal. La Ley Reformatoria a la Ley Orgánica del Ministerio Público, expedida el 25 de mayo del 2000 y publicada en el Registro Oficial No. 100 del 16 de junio del mismo año, crea el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, bajo la dirección y coordinación del Fiscal General del Estado, que debe contar con la colaboración de instituciones públicas y organizaciones no gubernamentales que tengan relación con el sistema (Tello, 2011).

El Sistema Nacional de Medicina Legal en el año 2002 aprueba protocolos sobre Pericias Médico Legales, relativos a delitos contra la vida, lesiones, violencia intrafamiliar, delitos sexuales, lesiones provocadas por sucesos de tránsito y pericias médico psiquiátricas, estos documentos fueron diseñados y validados por los organismos e instituciones que forman parte del sistema, es decir la Función Judicial, la Fiscalía, la Policía Nacional y los Servicios Médico Legales del país (Pesantez W. , Yépez, Segovia, & Oviedo, 2010).

Luego de un largo proceso de revisión, la Fiscalía General del Estado, a través de la Dirección Nacional de Política Criminal, con la resolución N0. 005-FGE-2009, del 21 de abril del 2009, resuelve aprobar los nuevos Protocolos de Pericias Médico Legales para delitos contra la libertad sexual, agresión física, violencia intrafamiliar, sucesos de tránsito, examen del presunto agresor, autopsia médico legal, cuyos proyectos fueron consensuados con todos los miembros del Sistema Nacional de Medicina Legal. De igual manera declara unificados los Protocolos Médico Legales

para las pericias en todo el territorio nacional (Pesantez W. , Yépez, Segovia, & Oviedo, 2010).

4.2.3. Los indicios biológicos en el delito de violación sexual

Dentro del proceso penal en el delito por violación sexual son frecuentes los indicios biológicos, que se pueden localizar principalmente en la victima; los mismos que ofrecerán información relevante para poder determinar si existió el cometimiento del delito.

Los indicios biológicos que se pueden encontrar en el delito de violación sexual son: semen, sangre, saliva, pelos, secreciones, entre otras pruebas biológicas que sirven para la identificación y vinculación del acusado con la víctima, que se realizará por medio de análisis de laboratorio e identificación del ADN.

El ADN, dentro de la investigación penal, representa un gran aporte ya que el AND es "*Un poli nucleótido constituido por cadenas antiparalelas de unidades de desoxirribonucleótidos unidos cavalentemente, dispuestos de forma complementaria y adoptando una estructura enrollada de doble hélice dextrógira*"[32]

[32] CRIMINALÍSTICA ACTUAL, Ley Ciencia y Arte: Ediciones Euroméxico S.A., edición 2012, México, p. 361

La identificación por medio del ADN de los indicios biológicos recolectados permite establecer como medio de prueba entre el cometimiento del delito y la persona que se encuentre procesada; por tal razón, se debe tener en cuenta la cadena de custodia dentro del proceso penal.

Dentro de la investigación procesal los indicios biológicos que se pueden encontrar en el cuerpo de la víctima y en la escena de los hechos son primordiales, ya que en la información de los análisis realizados se contará con información sobre los posibles involucrados, y en un futuro realizar el cotejamiento con muestras de los procesados. Entre los indicios biológicos principales podemos encontrar están:

Semen.- Es una "*secreción producida por los testículos y los productos de secreción de las glándulas anexas. En conjunto forman el líquido seminal.*"[33], este tipo de indicios es de mayor incidencia en casos delitos sexuales junto con otros tipos de indicios biológicos.

"*Cuando se ha secado y, según la cantidad y concentración de espermatozoides, se torna como una capa blanquecina que puede identificarse mediante la luz ultravioleta, pero expuesta a ella emite una florescencia característica*"[34]

[33] ESPASA Calpe. (1999). Diccionario de Medicina. (J. I. Alonso, Ed.) Madrid, España, p. 1094

[34] LÓPEZ, P., & GÓMEZ, P. Investigación Criminal y Criminalística, editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2003, p. 226

Los rastros de semen son determinantes dentro del proceso penal, pues se podría determinar al agresor y, por lo tanto, vincularle dentro de la investigación criminal. Los residuos de semen son una evidencia que ayudaría a la identificación del agresor.

Sangre: La sangre es uno de los indicios que pueden encontrase dentro del lugar de los hechos, ayudando a la reconstrucción de las escenas y a identificar a los posibles involucrados. La sangre puede encontrarse líquida o seca, en las prendas de los involucrado y en la escena del crimen, y su aspecto va a variar de acuerdo al tiempo que haya estado expuesta, mientras más antigua será más oscura.

Manchas de proyección.- Este tipo comprende las gotas o salpicaduras. Pueden ser:

Salpicaduras estáticas.- Las salpicaduras estáticas son aquellas donde el goteo ocurre sin que la víctima tenga movimiento. Presentan formas alargadas y ovaladas.

Salpicaduras dinámicas.- Si la víctima presenta algún tipo de movimiento se crean las llamadas salpicaduras dinámicas.

Salpicaduras extremas.- Salpicaduras producidas de forma violenta, por lo común con armas de fuego, con armas blancas, presenta una forma, la

claridad casi siempre se encuentran sobre las paredes y puede indicar el ángulo en que se produjo la herida.

Manchas de escurrimiento.- Son los charcos, regueros y rebabas.

Manchas de contacto.- Se entienden como tales las impresiones sangrantes de pies, manos, entre otros.

Manchas por impregnación.- Se produce principalmente por inhibición de la sangre en tejidos textiles.

Manchas de limpieza.- Pueden quedar en la toalla o trapo con que se limpió.

Las manchas de sangre son un indicio fundamental, ya que ayudan a reconstruir la escena de los hechos, pudiendo identificar las lesiones ocasionadas, los movimientos de la víctima o del agresor, entre otras circunstancias.

Pelos: Este tipo de evidencia está asociada con crímenes que involucran contacto físico, tales como homicidios, asaltos sexuales, hurtos y accidentes de tránsito, en los cuales se lesiona a una persona. La recolección de los pelos debe ser realizado con técnicas especiales, ya que por su tamaño a veces pasan inadvertidos o no se los recoge correctamente, olvidando por

parte de las autoridades la importancia de este indicio en el proceso investigativo.

"*Las estructuras filamentosas deben ser consideradas como evidencia física potencial en los casos de delitos sexuales, en donde, por la naturaleza del delito, las características de fácil transferencia y adherencia de este tipo de evidencia sigue el principio de intercambio o ley de Locard*"[35]

Por consiguiente, es primordial que se revise todo el lugar de los hechos, además, al ser fácil de adherirse, se deben buscar en las prendas de la víctima así como del presunto agresor, si existiera.

Secreciones: "*En ocasiones es de vital importancia identificar fluidos corporales poco comunes como la saliva, lágrimas, orina, materia fecal, líquido amniótico, secreción nasal*"[36]. Todos estos fluidos no son muy habituales de identificarse, sin embargo, la recolección y su posterior análisis son una pieza fundamental para el esclarecimiento de los hechos, considerando que cada fluido tiene características específicas.

Saliva: La saliva es una evidencia no muy común, y difícil de encontrar a comparación de otros fluidos como sangre o semen. "*Esta técnica tiene un buen valor en la búsqueda de manchas presuntamente originadas por el*

[35] SALCEDO, M.: Manejo de la evidencia física de posible fuente biológica, Universidad del Valle, Cali – Colombia, 2007, p. 26
[36] SALCEDO, M.: Manejo de la evidencia física de posible fuente biológica, Universidad del Valle, Cali – Colombia, 2007, p. 75

depósito de saliva sobre el cuerpo de las víctimas, principalmente de asalto sexual"[37]

Todos los indicios biológicos anteriormente descritos es posible encontrarlos en el lugar de los hechos, pero especialmente en la víctima o en el sospechoso, para eso es necesario que se realice el respectivo examen médico legal. Dicho examen médico legal va a tener como finalidad identificar al agresor, por tal razón es necesario que existan las debidas directrices y la adecuada capacitación del personal para que realice todo el procedimiento con el mayor de los cuidados; dado que un mal manejo de la cadena de custodia puede desembocar en que no se llegue al esclarecimiento de los hechos.

Salamea, considera que: "*Investigar de manera técnica y científica significa proveer elementos suficientes a un operador de justicia para que no quede impune un delito, un hecho delictivo; desde luego, considerando aspectos como derechos humanos, debido proceso, legalidad de acción y utilización de métodos éticos y legales.*"[38]

Por lo antes expuesto es necesario que se tenga presente en todo momento la cadena de custodia, con la finalidad de que se respeten todas las garantías contempladas en la Constitución.

[37] SALCEDO, M.: Manejo de la evidencia física de posible fuente biológica, Universidad del Valle, Cali – Colombia, 2007, p. 77
[38] SALAMEA, D.: Investigación Criminalistica. Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2003, p. 34

El examen médico legal se realiza a la víctima para que posteriormente se coteje con muestras del acusado, este procedimiento adquiere gran valor dentro del proceso, pues en él recae la prueba, proporcionando información acerca del cometimiento de los hechos; dicho examen va a servir como prueba dentro del proceso, el cual será de gran utilidad para que se realice la imputación o abstinencia por delito de violación sexual.

En las víctimas de este delito se procede a realizar el examen médico legal con la finalidad de encontrar indicios que corroboren si la víctima fue violada o no. Según Vargas (2010), se debe realizar el siguiente procedimiento:

"*- Interrogatorio.*

- Inspección.

- Examen de las lesiones.

- Muestras para laboratorio.

- Evaluación psicopatológica forense."[39]

Se entiende por interrogatorio a la serie de preguntas que realizará el personal encargado a la víctima de abuso sexual. La importancia del interrogatorio radica en que la víctima: "hará saber al perito todo aquello que le ha sucedido en virtud del delito, que lo cuenta como víctima. Así, el médico legista podrá saber cosas y conocerá datos y hechos que solo a él, por su condición de tal le suministrará la presunta víctima"[40]

[39] VARGAS ALVARADO, Eduardo: Medicina Legal, editorial Trillas, segunda edición, México, 2000, p. 28

[40] Kvitko, Luis Alberto: La violación peritación médico legal en las presuntas víctimas del delito, editorial Trillas, México, 2000, p. 32

La información que la víctima proporcione al personal encargado del examen médico legal servirá para que se forme un panorama claro sobre el suceso y se pueda realizar adecuadamente el resto de exámenes. Según la OMS, en las directrices de atención médico–legal para las víctimas de la violencia sexual (2003), es importante que se tenga conocimiento sobre:

Historia médica en general.- El que se tenga conocimiento sobre la historia clínica de la víctima ayuda a que se pueda hacer un diagnóstico preciso y pueda brindarse atención médica oportuna a la víctima del delito de violación sexual. "*Identificar cualquier conducta o condición médica que pueda causar que el médico interprete en forma errónea los hallazgos clínicos*"[41]

Historia ginecológica: El historial ginecológico en estos delitos es de importancia, ya que con ellos se pueden obtener pautas y esclarecer ciertas dudas para el perito médico legal. En las directrices de atención médico legal que señala la OMS (2003), se plantea la formulación de ciertas preguntas como:

- ¿Cuándo fue el primer día de su último período menstrual?
- ¿Ha tenido alguna relación sexual antes de este evento?
- ¿Ha tenido otros embarazos? ¿Cuántos y de qué manera fueron entregados?
- ¿Cuántos hijos tiene?
- ¿Hubo alguna complicación durante el parto?

[41] CARVAJAL, H., POPPE, V., & CUIZA, A. C. Protocolo de Atencion y obtencion de evideicias y mmuestras en las victimas sobrevivientes de delitos sexuales contra la libertad sexual. *Praxis Legal*, 2013, p. 14

- ¿Ha tenido una cirugía pélvica?

- ¿Utiliza la anticoncepción? ¿Qué tipo?

- ¿Tiene una pareja sexual actual?

- ¿Cuándo fue la última vez que mantuvo relaciones sexuales en las que usted estuvo de acuerdo? (los detalles pueden ser necesarios si se va a realizar el análisis de ADN).

Sobre la violación: Kvitko, considera que el interrogatorio debe constar de ciertas condiciones, que van ayudar a conocer los hechos. "*El interrogatorio consta de siete preguntas clave, a saber: a) qué ocurrió, b) cuándo ocurrió, c) dónde ocurrió, d) quién o quiénes fueron el autor o los autores, e) cómo ocurrió, f) por qué ocurrió, y g) qué sintió*"[42].

Todo el interrogatorio realizado a la presunta víctima es primordial dentro de la investigación, porque ayudará al personal a conocer los detalles, lugar de los hechos, posibles autores, además de poder formular la hipótesis del caso.

Inspección. "*En la inspección interesa el tipo constitucional de estatura, el peso, desarrollo esquelético, genital; actitud, facies, gestos, desorden y daños en la ropa y maquillaje, lesiones en la piel, etc.*"[43].

[42] Kvitko, Luis Alberto: La violación peritación médico legal en las presuntas víctimas del delito, editorial Trillas, México, 2000, p. 35

[43] VARGAS ALVARADO, Eduardo: Medicina Legal, editorial Trillas, segunda edición, México, 2000, p. 257

Es necesario que la persona encargada observe minuciosamente todo lo señalado anteriormente, para que posteriormente se asiente en el acta toda la información recabada.

Examen de las lesiones.- El examen de la lesiones a realizarse a la víctima tiene como finalidad la búsqueda de indicios biológicos para la identificación del autor o autores. Para realizar el examen médico legal, varios autores, entre ellos Kvitko, Vargas Alvarado y Oviedo, coinciden en que es necesario dividir el cuerpo en tres zonas: genital, paragenital y extragenital.

"Las estructuras anatómicas para el estudio de las lesiones son las siguientes:

Examen genital

- Dentro de este examen las partes que comprenden son:

- En mujeres.- Vulva, horquilla bulbar, fosa navicular, himen vaginal, fondo saco, cuello uterino, ano.

- En hombres.- Pene, glande, surco balano prepucial, uretra, cuerpo, testículos, bolsa escrotal y ano.

Examen paragenital

- Áreas perineal, perirrectal, vesical, pubiano, cara interna de muslos.

Examen extragenital

- Cuero cabelludo, rostro, cavidad oral, cuello, tórax, mamas, abdomen, glúteos, muslos, piernas."[44]

[44] Kvitko, Luis Alberto: La violación peritación médico legal en las presuntas víctimas del delito, editorial Trillas, México, 2000, p. 48

Es necesario que se realice el examen a la víctima lo más pronto posible, con la finalidad de que no se pierda ningún indicio y se logre identificar y documentar cada una de las lesiones. Cada una de estas partes anatómicas ayudará a dilucidar si existió violación y se podrá encontrar gran cantidad de indicios biológicos que se puedan utilizar dentro del proceso penal para incriminar o absolver a cualquier persona que esté vinculada.

Muestras para laboratorio.- Las muestras que suministra el laboratorio tienen como objetivo establecer los siguientes aspectos:

- Coito reciente.
- Grupos sanguíneos de víctima y agresor.
- Perfil genético de los indicios biológicos.
- Administración de tóxicos a la víctima.
- Enfermedades de transmisión sexual.
- Embarazo preexistente a la agresión.
- Fibras y pelos para identificar el lugar del hecho y al agresor.

Evaluación psicopatológica forense: Es fundamental que se dé el examen psicopatológico, así se puede llegar a dilucidar que la denuncia realizada es verídica y los sucesos que se dieron durante el hecho delictivo.

Está a cargo de psiquiatras y psicólogos forenses. "*Su objetivo judicial es aclarar si la víctima estaba privada de la razón o incapacitada para resistir. Por otra parte, con esta evaluación puede descartarse la falsedad de la denuncia en mujeres mitomaníacas, histéricas*"[45]

[45] VARGAS ALVARADO, Eduardo: Medicina Legal, editorial Trillas, segunda edición, México, 2000, p. 265

Todos estos pasos se reducen a informes escritos emitidos por los diferentes médicos forenses, documentos fáciles de custodiar, pero en un sistema acusatorio, con la presunción de inocencia, el derecho a replicar los argumentos dichos en su contra y presentar pruebas, la cadena de custodia de fluidos en los delitos de violación sexual es de transcendencia, ya que en el término de prueba puede solicitar la parte interesada, por ejemplo, que nuevamente se practique el examen del semen recogido en la escena del crimen. Por el tiempo que existe en la terminación de la indagación previa hasta estar en tribunales, el manejo técnico científico de la cadena de custodia debe tener procedimientos traducidos en normatividad legal, para fijar responsabilidades en el caso de que exista un incorrecto manejo.

4.2.4. Métodos de preservación de los indicios biológicos

El comienzo de la cadena de custodia se da con la protección del lugar de los hechos por parte de la Policía Judicial según lo establece el Registro Oficial 156 de 27 agosto de 2007, en el Manual de cadena de Custodia:

Se debe determinar lo que ha sucedido, y en un momento dado reconstruir lo acontecido en el lugar de los hechos, es indispensable en primera instancia realizar una evaluación, análisis y protección, para posteriormente colectar todos los indicios, lo cual es materialmente imposible cuando la escena no ha sido protegida y conservada adecuadamente.

En el caso de los delitos de violación sexual, para preservación de los indicios biológicos es necesario un manejo especial, ya que los indicios o evidencias que se encuentren ayudarán a que se identifique al agresor por el material genético extraído de los indicios biológicos que se pueden hallar en la escena del crimen, así como en la víctima y en todas sus pertenencias.

Los indicios biológicos se pueden localizar en varios objetos o en la víctima, pues siguen el principio de intercambio, razón por la que mediante el examen de ADN de los indicios biológicos recolectados se puede llegar a determinar el perfil genético del sospechoso. El resultado de este análisis servirá como prueba material dentro del proceso, pudiendo condenar o ratificar la inocencia del procesado, es ahí donde radica la importancia de la adecuada preservación, ya que un solo error puede llevar al fracaso a toda la investigación.

Por lo tanto, es ineludible que se tengan presente los diferentes métodos de preservación durante toda la investigación dentro del proceso penal de los indicios o evidencias recolectadas para evitar la contaminación, degradación o destrucción, teniendo en cuenta "*… determinados parámetros, si no se atiende a mantener unas adecuadas condiciones ambientales (temperatura y humedad) y las características de los envases (plástico, papel), para lo que es vital conocer las limitaciones con respecto a cada tipo de muestra*"[46]

[46] IBAÑEZ, J. *Técnicas de Investigación Criminal,* Dykinson, Madrid – España, 2012, p. 137

En consecuencia, es imprescindible la incorporación en todos los centros públicos o privados de un conjunto de directrices referentes al manejo y preservación de todos los indicios o evidencias biológicas para el mantenimiento de la cadena de custodia.

Los indicios biológicos pueden encontrarse en diferente estado, y, según su naturaleza, se podrán realizar diversos cuidados, como son:

Muestras Líquidas:

Sangre.- La sangre es la muestra biológica más común que se pueda encontrar en el lugar de los hechos o en la víctima. Es necesario que manejen de manera adecuada este indicio, con la finalidad de que no se vea contaminado, alterado o destruido. Para una apropiada preservación, la sangre "*se recoge en una jeringa estéril. La sangre se mantiene anticoagulada. Para su atención también se usa algodón, gasas o hisopos estériles, dejándolo sacar antes de embalar*"[47] (González, 2005, p. 30).

Semen: "Es muy difícil encontrarlo en estado líquido, pues tiende a secarse rápidamente" (López & Gómez, 2003, p. 225). El semen es común encontrarlo en casos de delitos de violación sexual, al dársele un adecuado tratamiento ofrecerá información para saber si existió violación, llegando a ser una prueba fehaciente dentro de la investigación procesal.

[47] GONZÁLEZ, A: Cadena de Custodia en Criminalística, Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia, 2005, p 30

Otros fluidos: Dentro de la investigación que se lleva a cabo por el presunto delito de violación sexual, se pueden encontrar otro tipo de fluidos de diferente índole, pero que actualmente, con la tecnología "*cualquier fluido de origen biológico humano es susceptible de ser analizado con técnicas genéticas, pues todas pueden contener células y suspensión con presencia de ADN*"[48]

Por lo dicho antes, es necesario que se tomen todas las precauciones respecto al manejo y preservación de los indicios biológicos, igualmente es importante que exista la adecuada orientación sobre el correcto manejo a todo el personal que interviene en cada una de las etapas de la cadena de custodia.

MUESTRAS SECAS

La recolección de muestras secas es harto frecuente encontrarlas en el lugar de los hechos, así como en la víctima. La forma de manejo de las muestra va a depender del lugar en que se encuentren, "*se puede encontrar sobre objetos transportables o sobre objetos no transportables. Hay unos que se pueden cortar y se envía el pedazo. Si es prenda de vestir, se envía completa*"[49]

[48] LÓPEZ, P., & GÓMEZ, P: Investigación Criminal y Criminalística, Temis, Bogotá Colombia, 2013, p. 225
[49] ANGULO, R.: *Cadena de Custodia en Criminalística,* Doctrina y Ley, Bogotá – Colombia, 2005 p. 30

Es importante realizar un adecuado manejo de las muestras durante todo el proceso, para evitar que alguna muestra se pierda, ya sea por contaminación o alteración, durante todo el proceso penal. Es preciso que cada muestra se recolecte de manera individual, y en empaques que no se encuentren contaminados y estén secos.

MUESTRAS HÚMEDAS

Ibáñez, acerca de las muestras húmedas opina que: "*Al eliminar el problema de la humedad, eliminamos gran cantidad de la degradación y facilitamos la conservación del transporte. Para esto la remisión de los restos orgánicos se realizará, preferentemente, siempre que sea posible, en contenedores de papel (bolsas, sobres) que sean transpirables*"[50]

Al encontrarse con este tipo de muestras, es necesario que se realicen ciertos procedimientos especiales, ya que difieren de las muestras secas o líquidas. A las muestras secas se debe dejar secar a temperatura ambiente, no se debe aplicar calor. Si no se puede secar, la muestra se refrigera inmediatamente para evitar la acción contaminante de los microorganismos. No se deben almacenar muestras húmedas en contacto con superficies absorbentes (papeles, cartón, telas, algodón o gasa, pues puede difundir la muestra y depositarse en otro lugar distinto del original.

[50] IBAÑEZ, J. *Técnicas de Investigación Criminal,* Dykinson, Madrid – España, 2012, p. 126

PELOS

En delitos de violación sexual se pueden encontrar pelos, los cuales son de gran utilidad y pueden ayudar a establecer un nexo causal con la víctima, mediante la realización del respectivo análisis de ADN. Según González: "*los pelos se deben recoger con pinzas y colocarlos en un recipiente para muestra*"[51]

Cada indicio recolectado es de gran importancia, por tal razón se deben conservar cada uno de los indicios biológicos en las mejores condiciones para que en el momento de juicio estas sirvan como pruebas y no sean desvirtuadas, al no haberse sometido a una adecuada cadena de custodia.

De lo antes mencionado, es evidente que existen diversos procedimientos para el cuidado y conservación de los indicios biológicos, dependiendo del estado en que estos se encuentren en el lugar de los hechos o en la víctima, de esta forma, considera Ibáñez (2012), que "la toma de muestras en laboratorio es uno de los momentos clave de la investigación, por no decir el principal"[52]. En consecuencia, es necesario que se incorpore la normativa técnica respecto al manejo y preservación de cada uno de los indicios biológicos, para evitar la contaminación.

[51] GONZÁLEZ, A: Cadena de Custodia en Criminalística, Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia, 2005, p. 30

[52] IBAÑEZ, J. *Técnicas de Investigación Criminal,* Dykinson, Madrid – España, 2012, p. 127

La contaminación

Con los indicios biológicos, al estar presentes en pequeñas cantidades de muestras, y al ser altamente susceptibles a bacterias o alteración, se busca el mayor de los cuidados, por tal razón se ha incorporado la cadena de custodia de cada indicio recolectado.

La contaminación de los indicios da lugar a que se pierda información vital dentro de la investigación penal, pudiendo dejar a los investigadores sin pruebas y sin capacidad para llegar a la verdad de los hechos.

Los tipos de contaminación, según señala la enciclopedia CCI, pueden ser:
Contaminación con material biológico humano: Puede ser causada por personas ajenas a los hechos, que de forma accidental o por desconocimiento lo causan.

Contaminación microbiológica: Ocurre por el nacimiento de ciertos microorganismos que pueden hacer que se alteren las muestras. Puede ser por la humedad o altas temperaturas.

Contaminación química: Se da por la presencia de productos de origen bioquímico o químico, que en el futuro dificultarán los procesos de análisis en el laboratorio.

Contaminación cruzada: Sucede cuando se hace el embalaje conjunto de prendas de vestir u otros elementos materia de prueba y evidencia física, recolectados en la evaluación clínica o en el lugar de los hechos.

Es recomendable que con cada una de las muestras que se tome se siga las fases de la cadena de custodia, realizándose el acta respectiva en el lugar de los hechos o el examen médico legal en la victima, y, finalmente, se trasladen al laboratorio para los respectivos análisis.

Al ser altamente susceptibles de contaminación, alteración o destrucción los indicios biológicos, durante los análisis se deben tomar las respectivas medidas con la finalidad de preservar la evidencia y que pueda ser presentada dentro de juicio, sin que presente ninguna nulidad. Los diferentes indicios biológicos que se descubren por parte de los investigadores (Policía Judicial) en el lugar de los hechos o en la víctima, están estrechamente relacionados con el delito de violación y son de gran valor para el esclareciendo de los hechos.

4.2.5. Protocolos utilizados para el peritaje de la violación sexual, colección, embalaje, preservación y entrega de indicios biológicos, tomados de la víctima.

Para Víctor de Santo el médico forense "*Está presente junto con el juez a cargo de la investigación cuando se recogen los despojos de la víctima y realiza la autopsia del cadáver*"[53]

Los protocolos técnicos se constituyen en uno de los medios idóneos de una óptima planificación y organización, que sirven para facilitar la ejecución y control de los procesos administrativos, son instrumentos validados, que recogen el conocimiento y la experiencia de todos los grupos de investigación criminal y ayudan a recabar información acerca de un delito cometido, de la forma como este se perpetra, de los participantes y de los vestigios que de él quedan, principalmente si son hechos que por su naturaleza nos ofrecen limitaciones, sea por las lesiones producidas en la víctima, en la sociedad, o por otras razones técnicas tales como lo perecible de los indicios biológicos, por lo que, deben ser manejados, preservados y estudiados por expertos en el menor tiempo posible. Todo episodio de violencia sexual constituye una verdadera urgencia tanto médica como legal, la pauta inicial de la asistencia no será otra que corroborar la realidad de lo realmente acaecido, actuando con tranquilidad, prudencia y siguiendo las pautas consignadas en los protocolos.

[53] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, editorial Universidad, Buenos Aires Argentina, 1999, p. 640

Para Sanz "*Estos documentos "guía", son el resultado de un análisis y sistematización de las particularidades sociológicas que sobre un delito se han trazado dentro de una comunidad, más aun si se trata de núcleos humanos disímiles. "Todo protocolo es un importante estímulo endógeno para la evolución hacia un servicio de excelencia de cualquier ente de la administración pública o privada, ya que compromete a los funcionarios de las diferentes unidades administrativas a uniformar los procedimientos y a comunicarse en el mismo idioma científico-técnico, permitiendo un desarrollo sincrónico y, sobre todo perfectible de los procesos, porque siempre existirá la posibilidad de revisar los pasos a seguir en una determinada actividad, en procura de una mayor eficiencia, eficacia y efectividad*"[54]

Un protocolo ayuda a tener información eficaz de cómo se llevaron los hechos, sirviendo para llevar un registro, en el caso de violaciones, de los casos ocurrido, como también, con ello sirva de fundamento para la investigación y determinar a los presuntos responsables de la infracción, teniendo a la mano un documento técnico científico, para que guiar a los encargados de realizar tal trámite y revisar los pasos a seguir en una determinada actividad, en procura de una mayor eficiencia, eficacia y efectividad.

Sanz indica que "*El hecho de que un protocolo sea una especie normal de procedimientos (algoritmo), que contiene los pasos sucesivos para la*

[54] SANZ, J.: Trastorno Mental Transitorio y Drogas que inciden en la imputabilidad, editorial Barcelona, Barcelona – España, 2004, p. 67

ejecución de una actividad científico-técnico, significa que pretende crear hábitos y conductas de buenas prácticas laborales, que conllevan un gran ahorro de energía y estrés del trabajador, a la vez que del tiempo, y recursos humanos, materiales y económicos invertidos. Concomitantemente el cumplimiento de los protocolos facilita la elaboración y actualización de estadísticas confiables, a la par que permite un sencillo trabajo de control y evaluación de los procesos"[55]

El protocolo, es un instrumento adecuado y guía de las prácticas de peritajes o inspecciones a realizarse, en el caso de delitos sexuales como de violación, permite, con cierto parámetros que llenar el ahorro económico, los materiales y el tiempo invertido para dar a conocer de cómo se llevaron o recogieron las pruebas de la presunta infracción ocasionada, siendo en sí la facilitación de la labor de la persona que realiza tal actividad.

"*Establecen servicios que deben prestarse, quien debe prestarlos y como debe hacerlo, y el mecanismo para vigilarlos. Normalizan la calidad de la atención y suministran procedimientos claros para que el personal aborde la violencia sexual con más confianza y eficacia de acuerdo con sus obligaciones. Son un paso importante de la institucionalización de los programas relacionados con la violencia y sensibilización del personal*"[56]

[55] SANZ, J.: Trastorno Mental Transitorio y Drogas que inciden en la imputabilidad, editorial Barcelona, Barcelona – España, 2004, p. 68
[56] SANZ, J.: Trastorno Mental Transitorio y Drogas que inciden en la imputabilidad, editorial Barcelona, Barcelona – España, 2004, p. 69

Toda acción que se realice debe llevarse a cabo con medios técnicos para tener confianza de dicha labor, y en un delito sexual, debe recopilarse los datos que llegue con certeza, para poder determinar en lo posterior que si se trata o no de un delito, para lo cual los protocolos de delitos sexuales deben institucionalizarse y una norma para todos los casos.

4.2.6. La cadena de custodia de los indicios biológicos en los delitos de violación sexual en la legislación ecuatoriana

Víctor de Santo indica que "*En los casos de violación, el forense inspecciona a la víctima, toma muestras de los eventuales restos dejados por el victimario, estudia la vestimenta de la occisa y prepara el dictamen para las actuaciones penales. El forense también es imprescindible en los casos de lesiones, sea por accidente, generalmente de tránsito, o de ataques, a efectos de establecer su causa probable, su tiempo de curación y sus secuelas, así como también para todos los procedimientos legales vinculados con enfermedades mentales y para cualquier procedimiento legal relacionado con la medicina*"[57]

La cadena de custodia, dentro del proceso penal, representa una parte fundamental, debido a que dentro de ella se registrará todo el manejo de los indicios hasta convertirse en pruebas, momento en que son judicializados,

[57] DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, editorial Universidad, Buenos Aires Argentina, 1999, p. 640

que servirán para ratificar la inocencia o establecer responsabilidades de las personas implicadas en los delitos de violación sexual.

Según González. (2005), la cadena de custodia se refiere a: "*Los procedimientos que aseguran las características originales de los elementos físicos de prueba, comenzando desde la protección de la escena, recolección, embalaje, transporte, análisis, almacenamiento, preservación, recuperación y disponibilidad final de estos elementos, e identifica a los responsables de su manejo en cada una de las etapas, teniendo como objetivo demostrar que las muestras y objetos analizados, en cualquier tiempo son los mismos que se recogieron en el lugar de los hechos.*"[58]

La cadena de custodia es un procedimiento establecido por la normatividad jurídica, que tiene el propósito de garantizar la integridad, conservación e inalterable de los elementos materiales de prueba como documentos, muestras orgánicas inorgánicas, armas de fuego, proyectiles como vainas, las blancas como estupefacientes y sus derivados etc., entregados a los laboratorios criminalísticos o forenses por la autoridad competente a fin de analizar y obtener, por los expertos técnicos o científicos, un concepto pericial.

El Manual de cadena de custodia de la Policía Judicial define a la cadena de custodia como "… el conjunto de procedimientos tendientes a garantizar la

[58] GONZÁLEZ, A: Cadena de Custodia en Criminalística, Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia, 2005, p. 29

correcta preservación de los indicios encontrados en el lugar de los hechos; durante todo el proceso investigativo, desde que se produce la colección hasta su valoración por parte de la autoridad competente".

Igualmente, se incorporó la resolución de la Fiscalía General del Estado, número 73, con fecha del 25 de agosto del 2014, en el sistema penal ecuatoriano, se agrega normativa que busca que la Fiscalía, servidores públicos, privados y todo aquel que participe en el proceso de investigación, asuman un adecuado manejo de los indicios y evidencias desde el lugar de los hechos o de la víctima hasta que se encuentre en juicio y se resuelva.

De tal manera, la doctrina y la norma jurídica concuerdan en que la cadena de custodia es el conjunto de acciones que se toman durante un proceso investigativo sobre todos aquellos indicios y evidencias que sirvan para el esclarecimiento de los hechos delictivos, con el objetivo de que las evidencias sean las mismas y no se encuentren alteradas, contaminadas o destruidas, dejando una constancia de todas las actividades y personas que estuvieron en contacto con dichas evidencias. Constituyendo una garantía sobre los indicios que se recolectaron en el lugar de los hechos, que sean los mismos que se analizaron y dieron nacimiento al dictamen pericial.

Sin embargo, la deficiencia en el tratamiento de evidencias en el debido proceso penal representa un problema que aqueja a todo el Ecuador, pues la realidad procesal muestra las irregularidades dadas en el procesamiento de la cadena de custodia de fluidos orgánicos u otros componentes

materiales que imposibilitarían configurarlos en indicios válidos, y por tanto canalizarlos como pruebas dentro de la administración de justicia.

Para un adecuando manejo de la cadena de custodia es indispensable que la evidencia física no tenga la menor alteración, habiendo aplicado con este propósito las técnicas señaladas para su protección, conservación, levantamiento y embalaje. A lo largo de estas diferentes etapas la cadena de custodia debe ser estrictamente preservada, de lo contrario, los indicios perderán su valor procesal.

El contexto anterior se enlaza plenamente con el suministro eficaz de indicios al laboratorio, lo cual se traduce en que la función primordial del laboratorio de criminalística consiste en examinar la evidencia física (indicios) mediante la aplicación de la ciencia, con el fin de posibilitar reconstruir el hecho delictivo e identificar a sus autores; lo cual, adaptado a este tema, fortalecería la cadena de custodia al implementar procedimientos que cumplan con este objetivo; pues todo avance puede aprovecharse para el descubrimiento del delito.

De tal manera, el Legislador ha tomado en cuenta y trata de establecer normas y protocolos para cuidar la evidencia que tiene el nombre de cadena de custodia, que no es sino el procedimiento estricto del recogimiento, etiquetado, almacenamiento y análisis de los indicios que luego, judicializados, tomarán el nombre de PRUEBA.

Un claro ejemplo es la práctica del examen de ADN, instrumentaliza en el mejor de los casos, y en muy raras excepciones, hielo seco (bióxido de carbono en estado sólido) para preservar los componentes orgánicos, situación que se agrava con la entredicha inmediatez procesal, pues han existido casos de violación perpetrados en los más recónditos sitios del país (frontera limítrofe), carentes de Laboratorio de Genética Molecular, circunstancia que se ve suplida por el traslado de muestras al único laboratorio, centralizado en la ciudad de Quito, donde, pese a las recomendaciones de nivel internacional de utilizar equipos específicos en la cadena de frío, se prescinden de estos, concluyendo paladinamente que jamás se dará degradación alguna del ADN. De tal manera que, si por ejemplo una persona fue víctima de violación en la ciudad del Coca, debe prever que las 13 horas que se necesitan para encomendar a la empresa de courier (sin contar el tiempo de despacho o del ingreso y retiro y consignación en el laboratorio), posiblemente el insuficiente hielo haya desvanecido la integridad de las muestras.

La insuficiencia de la normativa legal obligatoria para todas las Instituciones de salud privadas que tengan autorización del Ministerio de Salud Pública de observar la cadena de custodia en los delitos afines a su función, cumplidas estas sean admitidas como indicios y luego judicializadas como prueba, entidad que debe sustentar y fundamentar el resultado de su investigación ante los tribunales.

En todas las instituciones públicas y privadas de salud se maneja la llamada historia clínica, que debe ajustarse para casos de delitos sexuales a los protocolos emitidos por la Fiscalía General del Estado, para que estos se constituyan en custodios de los indicios y que los operadores de justicia en las diferentes etapas procesales tengan acceso, y en caso de controversia de la prueba el Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses, sea el que dirima.

Con la finalidad de unificar los procedimientos y cumplir con todas las formalidades del caso, mejorarlos operaciones de recolección de información, proporcionar definiciones y aclaraciones técnico-legales y evitar la retraumatización secundaria, se han creado los protocolos para la realización de las experticias médico legales, las mismas que se han integrado como pruebas judiciales con el resto de evidencias, con el fin de producir en el juzgador certeza a la hora de fallar. Los informes presentados por peritos especializados en la materia determinarán la prueba material irrefutable para esclarecer el delito cometido; la determinación de las causas de muerte, las lesiones, el establecimiento o no de hallazgos en los delitos contra el pudor y la libertad sexual, el examen psiquiátrico para determinar el daño emocional, por mencionar algunos ejemplos, son casos en los que se requieren de un conocimiento altamente especifico y calificado.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1 Constitución de la República del Ecuador

El Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador establece que "*Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria*"[59]

Esta norma se refiere que las pruebas obtenidas, acerca del debido proceso, lo que fundamentada la cadena de custodia, puesto que un adecuado cuidado de la prueba y del debido proceso solo se logrará con una adecuada cadena de custodia por parte de todos los funcionarios involucrados.

El Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador expresa: "*El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.*"[60]

El no tenerse un adecuado manejo de la cadena de custodia y preservación de los diferentes indicios biológicos por parte de los centros especializados, da lugar que se reduzca la confianza de los usuarios en la justicia penal y se

[59] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 76 núm. 4
[60] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 82

violenta la garantía constitucional de que todos los ciudadanos deben tener acceso a la justicia oportuna.

Igualmente, es preciso que se incorpore normativa de carácter obligatorio con respecto al cumplimiento de estos diferentes procesos, para que se tenga en cuenta cada uno de los métodos y procedimientos que se llevarán a cabo con la finalidad de tener la seguridad de que los indicios que se presentarán en la etapa de juicio sean los mismos que se recolectaron al principio de la investigación, y que no hayan sido contaminados, alterados o destruidos, para que puedan servir como prueba plena.

El Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa que "*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.*

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el

proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley."[61]

Con la potestad de la fiscalía de dirigir un sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, ésta realiza cambios en los protocolos médico legales para realizar las pericias, los mismos que se declararon unificados en todo el territorio nacional mediante la resolución N0. 005-FGE-2009. Cabe señalar que las mejoras de los protocolos fueron consensuados con todos los miembros del Sistema Nacional de Medicina Legal y se aprobaron los formatos para valorar víctimas de los delitos contra la libertad sexual, agresión física, violencia intrafamiliar, sucesos de tránsito, examen del presunto agresor y autopsia médico legal.

La protección de los indicios biológicos debe darse a lo largo de todo el proceso, desde que se encuentran en una escena del crimen, hasta que el juez disponga que los indicios se pueden destruir; asimismo, se debe tener en cuenta la preservación de los indicios biológicos a largo plazo en los casos no resueltos.

4.3.2. Tratados Internacionales

El Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala: "*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*"[62]

[61] CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 195

La persona tiene derecho a la vida, lo que significa que ninguna otra persona puede quitarle la vida a un ser humano, pero también tiene derecho a la libertad, siendo éste un derecho a ser libre en cualquier ámbito, personal, familiar y social, siendo también catalogado como una protección integral del ser humano, en la cual se lo respeta como entre personal; y por última cada Estado está en la obligación de dar seguridad a cualquier persona como un respeto a la vida que lo merece.

El Art. 3 de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, expresa: "*Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.*"[63]

Los estados deben garantizar a las personas su protección, entre ellas la sexual, en la cual deben tomar las medidas adecuadas para garantizar su integridad. En el caso de delitos de violación sexual, existe de por medio un hecho de revictimización, en la que debe tratarse en el menor tiempo investigar sin que se vulnere su derecho a la intimidad, siendo el lado sexual un hecho que afecta el lado psicológico de la persona, para ello es

---

[62] DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS, http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CICG9NX_ltACFVYHhgodN0cJfQ

[63] Convención sobre la Eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer. http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm

importante para proteger el aspecto procesal en sus derechos exista un protocolo para valorar las pruebas de violación sexual, y poder los jueces que administran justicia sancionar a los responsables de la infracción y al mismo tiempo darle protección social a las personas víctimas de estos delitos.

4.3.3. Código Orgánico Integral Penal

El Art. 89 del Código Orgánico Integral Penal expresa: "*Delitos de lesa humanidad.- Son delitos de lesa humanidad aquellos que se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil: la ejecución extrajudicial, la esclavitud, el desplazamiento forzado de la población que no tenga por objeto proteger sus derechos, la privación ilegal o arbitraria de libertad, la tortura, violación sexual y prostitución forzada, inseminación no consentida, esterilización forzada y la desaparición forzada, serán sancionados con pena privativa de libertad de veintiséis a treinta años.*"[64]

El Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal señala "*Violación.- 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 objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de*

[64] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 89

libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.

2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.

3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.

2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.

3. La víctima es menor de diez años.

4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.

5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo.

En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años."[65]

El Art. 444 numeral 12 del Código Orgánico Integral Penal expresa que "*Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes:*

12. Ordenar el peritaje integral de todos los indicios que hayan sido levantados en la escena del hecho, garantizando la preservación y correcto manejo de las evidencias."[66]

El Art. 455 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta "*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.*"[67]

Para trazar una investigación correcta del delito, no basta conformarse con saber ilustrar o informar al juzgador sobre la existencia del ilícito y de sus detalles incriminatorios, o la culpabilidad del autor, sino que abarcaría además el investigar la relación de la causalidad entre el hecho y el imputado, basándose en hechos reales introducidos a través de un medio de

[65] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 171
[66] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 444 núm. 12
[67] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 455

prueba (documento, testimonio o pericia), para lo cual la Policía Judicial tendrá como deber primordial recoger las evidencias, previa autorización del fiscal, tendiente a asegurar la certeza en la determinación de los indicios y su relación con el culpable.

Lastimosamente, en la casuística ecuatoriana se han dado ciertas transgresiones a la cadena de custodia, a pesar de su importancia procesal, pues se han judicializado como pruebas, que pese a que las evidencias de donde se dedujeron el ADN incriminatorio no tuvieron origen lícito, ni recuperación, incautación o ni siquiera existencia constante en informe o parte policial, inspección ocular técnica, o reconstrucción de los hechos, es decir, su intromisión devino por algún agente extraño al debido proceso.

El Art. 456 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta "*Cadena de custodia.- Se aplicará cadena de custodia a los elementos físicos o contenido digital materia de prueba, para garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original; las condiciones, las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos y se incluirán los cambios hechos en ellos por cada custodio.*

La cadena inicia en el lugar donde se obtiene, encuentra o recauda el elemento de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente. Son responsables de su aplicación, el personal del Sistema especializado integral

de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, el personal competente en materia de tránsito y todos los servidores públicos y particulares que tengan relación con estos elementos, incluyendo el personal de servicios de salud que tengan contacto con elementos físicos que puedan ser de utilidad en la investigación."[68]

En esta disposición se detallan los casos en que se aplicará la cadena de custodia durante las diferentes etapas de la investigación penal, en la que señala que será a los elementos físicos o contenido digital materia de prueba, para garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original, las condiciones, las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos, y se incluirán los cambios hechos en ellos por cada custodio. La cadena inicia en el lugar donde se obtiene encuentra o recauda el elemento de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente.

Una vez que el informe pericial ha sido presentado dentro del plazo señalado, este servirá para llevar al conocimiento sobre los hechos suscitados y servirá como prueba. El Art. 457 del Código Orgánico Integral Penal indica que "*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.*

[68] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 456

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."[69]

Por lo expuesto, el procesamiento de los indicios y evidencias biológicas enrola múltiples condiciones de orden legal, sin embargo, actualmente el manejo de la cadena de custodia adolece de leves deficiencias, pero cuya prolongación pondría en riesgo la resolución exitosa del proceso penal, pues este se instrumentaliza a través de evidencias, las cuales, tras un encadenado procesamiento, lograrán su conversión a pruebas. De lo contrario, si se prescindiera de una preservación íntegra de evidencias biológicas, resultaría un caldo de cultivo de afecciones al debido proceso de custodia indiciaria, que obviamente desnaturalizaría las garantías de los partícipes en el proceso.

En el cometimiento de un delito de violación sexual, es necesario que la víctima se encuentre en un lugar seguro e inmediatamente reciba atención médica; para realizar dicho examen es indispensable contar con la debida autorización de la presunta víctima al momento que se vaya a realizar el examen médico legal, como se encuentra contemplado en la legislación ecuatoriana, en el artículo 459, numeral 1, del Código Orgánico Integral Penal que manifiesta: "*Para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa el consentimiento expreso de la persona o la*

[69] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 457

autorización de la o el juzgador, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida"[70].

Examen médico legal en la victima: Al momento de realizarse el examen médico legal se debe buscar en el cuerpo de la víctima la localización de la saliva, es frecuente sobre las sugilaciones, lametazos, etc., y dependerá de la forma cómo se desarrollaron los hechos.

El Art. 459 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta: "*En caso de no existir una institución pública acreditada, las autopsias, exámenes médicos, de laboratorio o pruebas biológicas, podrán ser realizados en una institución de salud privada acreditada y los costos serán asumidos por el Consejo de la Judicatura. Los mismos tendrán valor pericial.*"[71]

La normativa prevé que únicamente en el caso de que no exista una entidad pública autorizada, la víctima se realice los exámenes en una institución de salud privada que esté acreditada. Por lo dicho antes, se evidencia que esta normativa no contempla la facultad para que las víctimas de una violación sexual concurran a un servicio médico privado, acreditado o no, más cercano y de su elección, con la finalidad de preservar su derecho constitucional a la intimidad, su pudor y confidencialidad, en vista de los

[70] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 459, núm. 1
[71] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 459 núm. 5

prejuicios que dicha situación ocasiona en la víctima y que terminan por revictimizarla, constituyendo un factor importante para la deserción de la denuncia y que esta clase de delitos quede en la impunidad conforme las estadísticas de la propia Fiscalía General del Estado.

El Art. 465 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal sobre exámenes médicos y corporales expresa: "*Podrán efectuarse exámenes médicos o corporales de la persona procesada o de la víctima en caso de necesidad para constatar circunstancias relevantes para la investigación, de acuerdo con las siguientes reglas:*

5. Se podrá solicitar un peritaje psicológico en los casos de violencia sexual, contra la mujer o miembros del núcleo familiar u otros delitos, especialmente cuando la víctima sea niña, niño, adolescente, adulto mayor o mujer embarazada. Estos se realizarán en centros especializados acreditados en esta temática."[72]

El Art. 505 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta: "*Testimonio de peritos.- Los peritos sustentarán oralmente los resultados de sus peritajes y responderán al interrogatorio y al contrainterrogatorio de los sujetos procesales.*"[73]

[72] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 465 núm. 5
[73] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 505

El Art. 511 numeral 6 del Código Orgánico Integral Penal expresa que "*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.*"[74]

El informe pericial contendrá toda esta información, además de todo el estudio que se le ha encomendado, debiendo estar debidamente motivado y analizado, para que una vez que sea entregado, con tal finalidad se dé una explicación sobre los hechos mandados a investigar. Para que se practique la pericia, será cualquiera de las partes en la etapa de instrucción quienes podrán solicitar al fiscal que se realice, así lo contempla el artículo 598 del Código Orgánico Integral Penal.

Una vez que se realice el examen pericial, todas las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio. En tal sentido, el debido cuidado de los indicios biológicos no darán lugar a eventuales incidentes de nulidad de pericias o alguna garantía del debido proceso, contrarrestando para ello a los agentes degradantes que circundan el entorno de dichas evidencias, ya sea con la incorporación de un manejo adecuado desde la recolección, conservación o preservación de las muestras.

[74] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 511 núm. 6

El Art. 511 numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal señala que "*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.*"[75]

Al estar contemplada la pericia como un medio de prueba, los peritos se ven en la obligación de comparecer en la audiencia de juicio y sustentar de manera oral sus informes y contestar los interrogatorios de las partes, teniendo la facultar de emplear el medio que ello crean pertinentes.

[75] CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016, Art. 511 núm. 7

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA

En lo referente a la legislación latinoamericana y que servirá como base para nuestro estudio está el Código Penal argentino, que en su libro segundo DE LOS DELITOS, Título III DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD, Capítulo II VIOLACION Y ESTUPRO:

Art. 119 del Código Penal que prescribe: "*Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo, cuando esta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción*"[76].

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancia de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediante las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.
En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

[76] CÓDIGO PENAL ARGENITNO: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm

a) Resultare un grave daño a la salud física o mental de la víctima,

b) El hecho fuere cometido por ascendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación, o de la guardia,

c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio.

d) El hecho fuere cometido por dos o más personas o con armas.

e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones.

f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente en el mismo, en el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a,b,d,e,o f.

La legislación argentina habla de la integridad como el bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual que encierra como elementos objetivos para que este llegue a configurar; la edad, la violencia, la amenaza, el abuso coactivo, la intimidación, en una relación de dependencia o de autoridad o cualquier causa por la que la víctima no haya podido consentir libremente en la acción. En esta parte la diferencia con nuestra legislación reside en que algunos de los elementos que constituirían agravantes en el delito de violación según el Código Penal ecuatoriano, resulta ser elementos objetivos para el código penal argentino, mismos que al presentarse podrían ser suficientes para considerar a una acción como delito de violación..

La normativa penal argentina hace referencia en general al abuso sexual, en el que tanto el hombre como la mujer podrían ser considerados sujetos pasivos y activos, agravando la pena en caso de que exista acceso carnal, y bajo esta circunstancia únicamente el hombre sería calificado como sujeto activo, pues solo él puede acceder carnalmente a otra persona, además trae una serie de eventos en los que las sanciones son mayores cuando dejan secuelas físicas y psicológicas, así como con el parentesco, la relación entre el agresor y el sujeto pasivo y los medios utilizados por el sujeto activo para lograr el abuso sexual, lo cual se asemeja a nuestra legislación.

El Código Penal español contempla el delito de agresión sexual en varios de sus artículos contenidos bajo el título VIII, que trata de los delitos contra la libertad sexual, de modo tal que no hay duda de que en esta legislación, el bien jurídico protegido es la libertad sexual.

Las diferencias que se pueden colegir con respecto a nuestra legislación penal en cuanto al delito de violación sexual, son las siguientes:

El Código Penal español habla del delito de agresión sexual y el ecuatoriano se refiere específicamente a la violación sexual que se encuentra en el título VIII “de la Rufianería y corrupción de menores “capítulo II “del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro”.

La legislación española no se refiere a la amenaza, sino solo a la intimidación; mientras que en nuestro código penal la amenaza, además de

la intimidación, si están previstas para que se configure el delito de violación; sin embargo, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, no hay diferencias semánticas entre la palabra amenaza y la palabra intimidación, por lo que consideramos que usarlas indistintamente no trae dificultades.

Las penas en la legislación española para los delitos de violación son menos severas que en el caso de la legislación ecuatoriana, ya que se habla de prisión, cuando en nuestra legislación se puede llegar a sancionar hasta con reclusión mayor extraordinaria.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

La modalidad de investigación a utilizarse será cuantitativa - cualitativa, es cuantitativa si es medible numéricamente y cualitativo si no admite medición numérica. Es así que el número de víctimas y la condición económica con la cuenten cada uno de ellos son caracteres cuantitativos, mientras que el sexo y el estado civil son caracteres cualitativos.

5.1. Materiales

Previa la realización de la elaboración del instrumento para la recolección de los datos y la autorización verbal, se revisaron los archivos de la Fiscalía General del Estado de la Ciudad de Quito. Se tomaron los expedientes que contenían todos los datos necesarios para llenar la encuesta formulada.

En cuanto a los medios necesarios para la realización de la encuesta, se deben tener en cuenta los medios procedimentales e instrumentales.

MEDIOS PROCEDIMENTALES: Autorización verbal del Director de Gestión Procesal de la Fiscalía General del Estado.

MEDIOS MATERIALES E INSTRUMENTALES: Redacción y prueba de la encuesta, herramienta que sirvió para la recolección de los datos del presente estudio.

Archivos de la Fiscalía General del Estado.

Medios de reproducción gráfica: Equipo fotográfico, en los casos en los cuales el tiempo permitido para la revisión de los expedientes fue insuficiente.

El llenado de los formularios fue elaborado por el autor del presente trabajo, quien trató en lo posible, de que la información sea veraz y completa.

Los datos de los expedientes son de responsabilidad de sus autores.

5.2. MÉTODOS

Dada la naturaleza del fenómeno médico jurídico sometido a la investigación utilizaremos los siguientes métodos:

5.2.1. Método Científico.

Es un término colectivo que denota los diferentes procesos que ayudan a construir la ciencia y sirve para entender la naturaleza de la ciencia y tiene su fundamento en la observación del mundo circundante.

5.2.2. Método Deductivo.

Se parte de los aspectos y principios generales conocidos, aceptados como válidos por la ciencia, los que por medio del razonamiento lógico y la

síntesis, se pueden deducir suposiciones o explicar los hechos particulares; significa que sacamos determinadas consecuencias de algo generalmente aceptado, por medio de la comparación y demostración en un proceso sintético-analítico del todo a la parte.

5.2.3. Método Inductivo.

Este método se utiliza para descomponer o desintegrar el hecho que se investiga, un problema, una entidad jurídica, una norma vigente; en sus deferentes elementos, (partes) que hacen el todo, explicando sus implicaciones con ese todo, sin perder la visión que la hace parte del todo, pues cada parte tiene sus propias características y estructura, dentro de la estructura que hace parte del todo.

5.2.4. Método Exegético.

Consiste en la interpretación y explicación literal de la norma; se explica el contenido, se expone el sentido y se determina el alcance de la letra de la Ley y las expresiones que la originaron en la forma como el legislador la elaboró. Tratando de desentrañar la intención y voluntad del autor, su autenticidad e intencionalidad, para su aplicación por parte del juez o la administración de las entidades y el Estado".

5.2.5. Método Comparativo.

Este método nos permite establecer comparaciones jurídicas, semejanzas y diferencias, con las similares que rigen en otros países, por supuesto evidenciar la bondad de ellas en su aplicación, como experiencias válidas para nuestra realidad".

5.2.6. Método Analógico.

Consiste en inferir de la semejanza de algunas características entre dos objetos, la probabilidad de que las características restantes sean también semejantes. Los razonamientos analógicos no son siempre válidos.

5.2.7. Método Analítico.

El análisis es un objeto significa comprender, sus características a través de las partes que lo integran, es hacer una separación de sus componentes y observar periódicamente cada uno de ellos, a fin de identificar tanto su dinamia particular como las relaciones de correspondencia que gradúan entre sí y dan origen a las características generales que se quieren conocer.

5.2.8. Método Sintético.

Se manifiesta en forma contraria al analítico, pues parte reuniendo los elementos del todo, previamente separados, descompuestos por el análisis.

Es labor de volver a reunir las partes divididas por el análisis, ya previamente examinadas.

5.2.9. Método Sistémico.

Está dirigido a modelar el objeto mediante la determinación de sus componentes, así como las relaciones entre ellos. Esas relaciones determinan por un lado la estructura del objeto y por otro su dinámica.

5.2.10. Método histórico.

Se analiza la trayectoria concreta de la teoría, su condicionamiento a los diferentes períodos de la historia. Los métodos lógicos se basan en el estudio histórico poniendo de manifiesto la lógica interna de desarrollo, de su teoría y halla el conocimiento más profundo de esta, de su esencia. La estructura lógica del objeto implica su modelación.

5.3. PROCEDIMIENTOS Y TÉCNICAS

Mediante un formulario redactado para el efecto, se averigua si la valoración médico legal recaba fundamentos suficientes en los casos de violación sexual para que el fiscal o el juez tomen una decisión; se solicitaron datos como la edad de la persona agredida, el tiempo transcurrido entre la agresión y el examen médico, el lugar donde ocurrió el suceso, la relación

existente entre el agresor y la persona agredida, las lesiones corporales encontradas y la decisión del fiscal; además se averiguó si la víctima previo a la agresión consumió alcohol. El estudio se lo hizo en las Fiscalía de la ciudad de Quito, durante el año 2013.

Posteriormente realicé la investigación de campo en la ciudad Quito, en donde obtendré la información directa y documental del examen médico y protocolo de autopsia en los delitos sexuales; a través de 30 encuestas dirigidas a profesionales del derecho.

Los resultados recopilados durante mi investigación fueron expresados en la tesis, la misma que contiene la recopilación bibliográfica y el análisis de resultados los cuales serán expresados mediante cuadros estadísticos. Finalmente realizaré la comprobación de los objetivos y la verificación de la hipótesis planteada. Esta fase se concretó con la formulación de las conclusiones, recomendaciones y proyecto de reforma encaminado a la solución del problema planteado.

6. RESULTADOS

6.1. Resultados de las encuestas

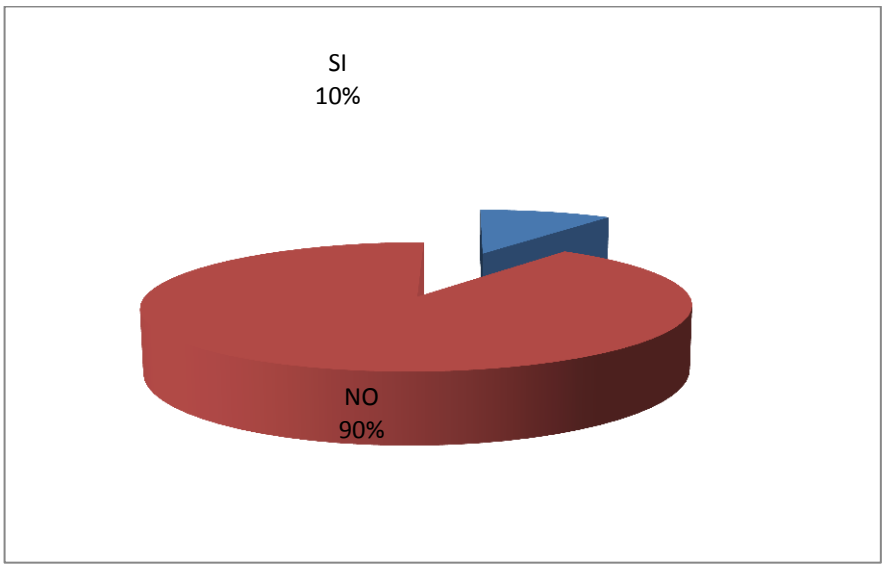
1. ¿Conoce usted si existe una normativa de protocolo para manejo adecuado de la cadena de custodia de los indicios y evidencias biológicas en los delitos por violación sexual?

CUADRO N° 1

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	3	10 %
NO	27	90 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: José Luis Flores

GRÁFICO N° 1



INTERPRETACIÓN

De acuerdo a la primera pregunta de un universo de treinta personas veintisiete que corresponde el 90% manifestaron que no existe una normativa de protocolo para manejo adecuado de la cadena de custodia de los indicios y evidencias biológicas en los delitos por violación sexual; en cambio tres encuestados que equivale el 10% consideran que si existe una normativa de protocolo para manejo adecuado de la cadena de custodia de los indicios y evidencias biológicas en los delitos por violación sexual.

ANÁLISIS

En nuestra legislación no existe una normativa de protocolo para manejo adecuado de la cadena de custodia de los indicios y evidencias biológicas en los delitos por violación sexual, por lo que se dan problemas, que aquellos protocolos que se desarrollan por separado no sean por lo general confiables y puedan aportar como pruebas en las investigación y así poder determinar la responsabilidad del presunto infractor, porque en los delitos sexuales, por estar afectado el bien jurídica de la intimidad sexual es de difícil aplicación, por lo que deben existir parámetros adecuados que regulen y así tener credibilidad de la información obtenida.

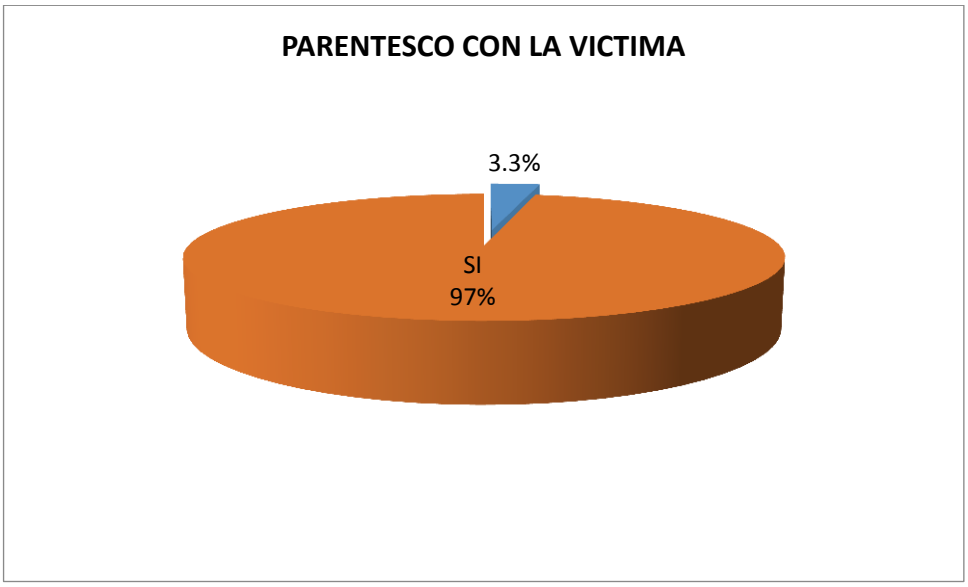
2. ¿Cree usted conveniente que un protocolo para el manejo adecuado de la cadena de custodia debe existir unificación de procedimientos de trabajo y su protección efectiva?

CUADRO N° 2

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	1	3.3 %
Si	29	96.7 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: José Luis Flores

GRÁFICO N° 2



INTERPRETACIÓN

En la segunda pregunta, una persona que corresponde el 3.3% no está de acuerdo que es conveniente que un protocolo para el manejo adecuado de la cadena de custodia debe existir unificación de procedimientos de trabajo y

su protección efectiva; en cambio veintinueve personas que equivale el 96.6 si están de acuerdo, que es conveniente que un protocolo para el manejo adecuado de la cadena de custodia debe existir unificación de procedimientos de trabajo y su protección efectiva

ANÁLISIS

Es conveniente que un protocolo para el manejo adecuado de la cadena de custodia debe existir unificación de procedimientos de trabajo y su protección efectiva

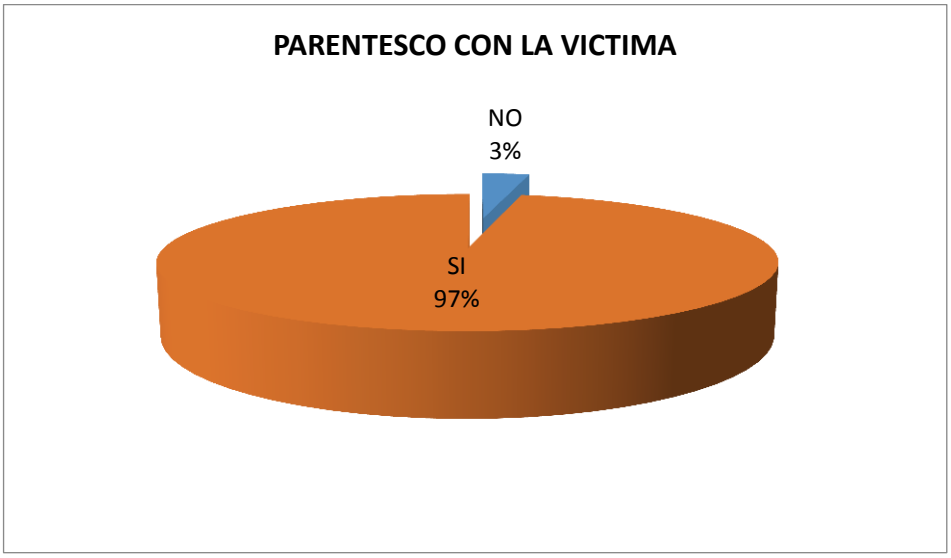
3. ¿Cree usted que la existencia de lineamientos básicos para el desarrollo del sistema de cadena de custodia, mejora el desempeño y confiabilidad de quienes tengan contacto con los elementos materia de prueba o evidencia físicas?

CUADRO N° 3

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	1	3.3 %
Si	29	96.7 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: José Luis Flores

GRÁFICO N° 3



INTERPRETACIÓN

En esta pregunta una persona que corresponde el 3.3% no está de acuerdo que la existencia de lineamientos básicos para el desarrollo del sistema de cadena de custodia, mejora el desempeño y confiabilidad de quienes tengan contacto con los elementos materia de prueba o evidencia físicas; en cambio veintinueve personas que significa el 96.7% si cree que la existencia de lineamientos básicos para el desarrollo del sistema de cadena de custodia, mejora el desempeño y confiabilidad de quienes tengan contacto con los elementos materia de prueba o evidencia físicas

ANÁLISIS

La existencia de lineamientos básicos para el desarrollo del sistema de cadena de custodia, mejora el desempeño y confiabilidad de quienes tengan contacto con los elementos materia de prueba o evidencia físicas.

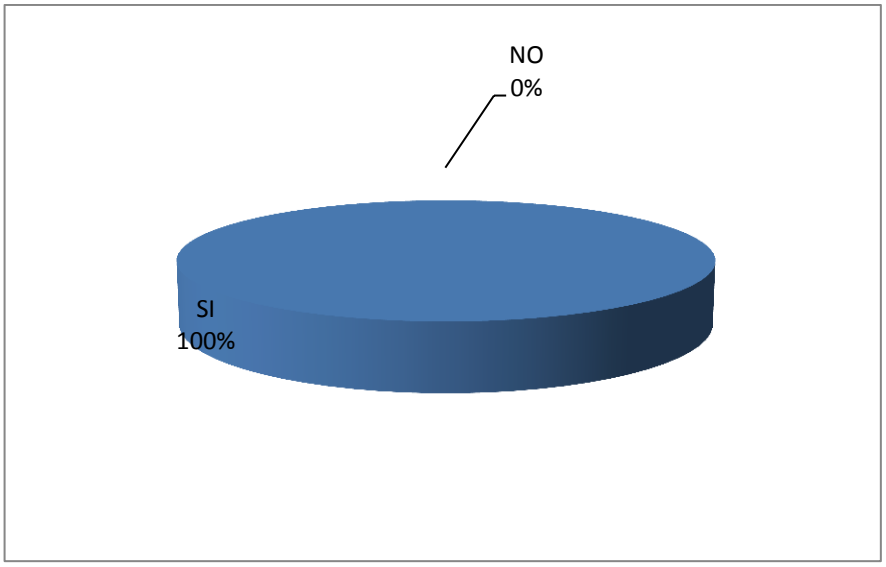
4. ¿Piensa usted que el protocolo para la realización del examen médico legal en víctimas del delito de violación sexual, debe contener suficiente información para determinar la existencia de la infracción, relacionar a los participantes en la acción violenta y su grado de participación?

CUADRO N° 4

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	0	0 %
Si	30	100 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: José Luis Flores

GRÁFICO N° 4



INTERPRETACIÓN

En la cuarta pregunta, los treinta encuestados que equivale el 100% de manifestaron estar de acuerdo que el protocolo para la realización del

examen médico legal en víctimas del delito de violación sexual, debe contener suficiente información para determinar la existencia de la infracción, relacionar a los participantes en la acción violenta y su grado de participación

ANÁLISIS

El protocolo para la realización del examen médico legal en víctimas del delito de violación sexual, debe contener suficiente información para determinar la existencia de la infracción, relacionar a los participantes en la acción violenta y su grado de participación.

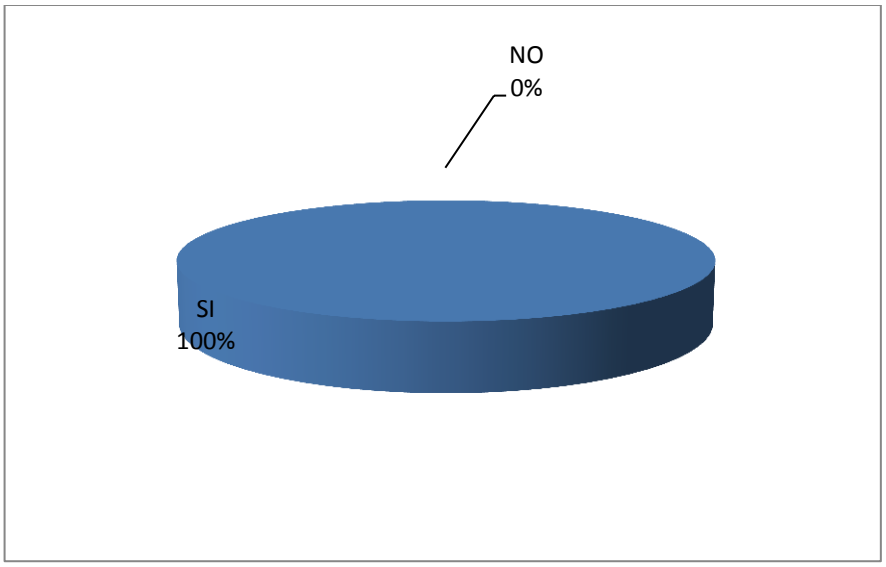
5. ¿Cree usted la implementación de un adecuado protocolo de valoración médico legal en los delitos de violación sexual, evitaría la re victimización de la víctima y la de su familia dentro de la acción judicial?

CUADRO N° 5

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	0	0 %
Si	30	100 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: José Luis Flores

GRÁFICO N° 5



INTERPRETACIÓN

En la quinta pregunta el 100% de los encuestados consideraron estar de acuerdo que la implementación de un adecuado protocolo de valoración médico legal en los delitos de violación sexual, evitaría la revictimización de la víctima y la de su familia dentro de la acción judicial

ANÁLISIS

La implementación de un adecuado protocolo de valoración médico legal en los delitos de violación sexual, evitaría la revictimización de la víctima y la de su familia dentro de la acción judicial

6. ¿Estima usted que para una mejor credibilidad del sistema judicial, debe existir una mejora en la recolección de la información, a través de un sistema de calidad, un examen físico ordenado y completo y un proceso de

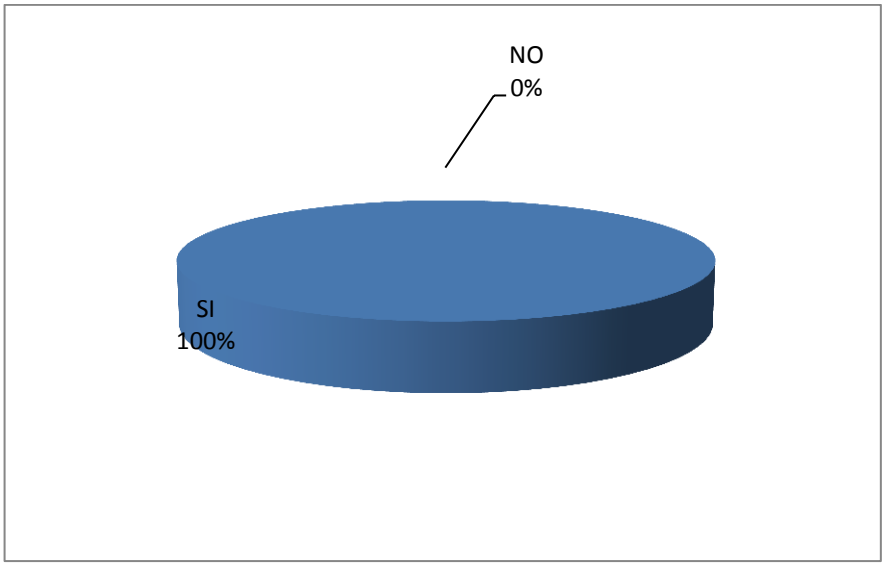
levantamiento, manipulación y análisis de indicios acorde con los ordenamientos científico jurídicos actuales?

CUADRO N° 6

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	0	0 %
Si	30	100 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: José Luis Flores

GRÁFICO N° 6



INTERPRETACIÓN

En esta pregunta los treinta encuestados que corresponde el 100% señalaron que para una mejor credibilidad del sistema judicial, debe existir una mejora en la recolección de la información, a través de un sistema de

calidad, un examen físico ordenado y completo y un proceso de levantamiento, manipulación y análisis de indicios acorde con los ordenamientos científico jurídicos actuales

ANÁLISIS

Para una mejor credibilidad del sistema judicial, debe existir una mejora en la recolección de la información, a través de un sistema de calidad, un examen físico ordenado y completo y un proceso de levantamiento, manipulación y análisis de indicios acorde con los ordenamientos científico jurídicos actuales

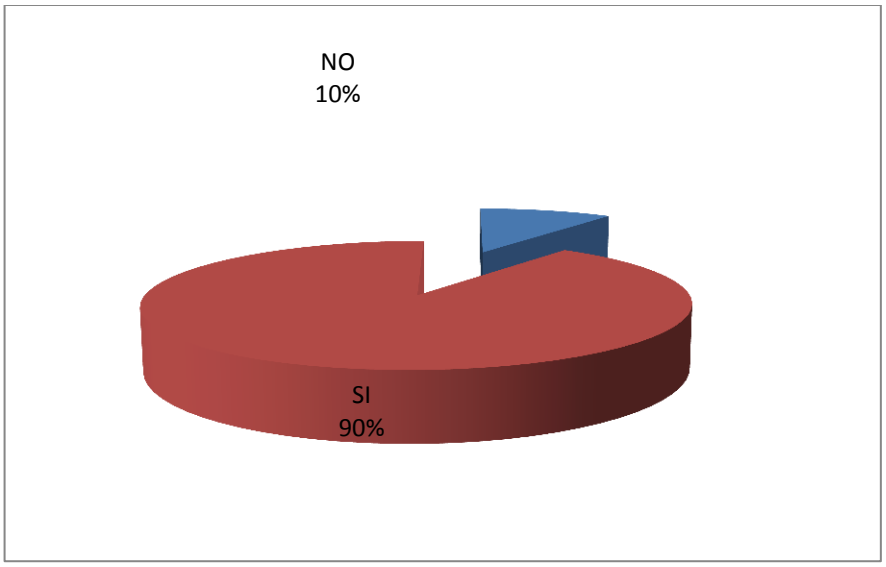
7. ¿Estima necesario proponer una reforma que se incluya un protocolo para la valoración médico legal en delitos sexuales, como prueba en los procesos penales?

CUADRO N° 7

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
No	3	10 %
Si	27	90 %
TOTAL	30	100 %

UNIVERSO: Abogados en libre ejercicio profesional
Autor: José Luis Flores

GRÁFICO N° 7



INTERPRETACIÓN

En la última pregunta tres personas que corresponde el 10% señalaron no estar de acuerdo que se necesario proponer una reforma que se incluya un protocolo para la valoración médico legal en delitos sexuales, como prueba en los procesos penales; en cambio veintisiete personas que significa el 90% están de acuerdo que es necesario proponer una reforma que se incluya un protocolo para la valoración médico legal en delitos sexuales, como prueba en los procesos penales

ANÁLISIS

Es necesario proponer una reforma que se incluya un protocolo para la valoración médico legal en delitos sexuales, como prueba en los procesos penales**.**

7. DISCUSIÓN

7.1. Verificación de objetivos

OBJETIVO GENERAL

- Elaborar un Protocolo de pericia Médico Legal para los delitos de naturaleza sexual que esté enfocado en respeto a la víctima, recolección adecuada de pruebas y vestigios, garantía de la cadena de custodia y efectividad del peritaje dentro del proceso penal.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Estandarizar procesos mínimos de tratamiento a la víctima de delitos de naturaleza sexual.

2. Establecer la obligatoriedad entre los funcionarios peritos la toma de ciertas muestras consideradas relevantes en la víctima y sus ropas, independientemente de su edad y sexo.

3. Garantizar que se cumpla con la cadena de custodia que viabilice el uso de los vestigios e indicios hallados como pruebas dentro de la investigación criminal y posterior procesamiento penal.

4. Potenciar el documento que se genera como peritaje para que tenga un peso y relevancia indiscutible dentro del proceso penal, susceptible del principio de contradicción pero que tenga la mayor cantidad de información para el juzgador y para las partes

7.2. Contrastación de hipótesis

El protocolo para la realización del examen médico legal en víctimas del delito de violación sexual, no obtiene suficiente información para determinar la existencia de la infracción, relacionar a los participantes en la acción violenta y su grado de participación y no genera pruebas irrefutables dentro del Proceso Penal.

7.3. Fundamentación jurídica de la propuesta de reforma

Los fundamentos jurídicos para la propuesta de reforma son los siguiente:

El Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador establece que "*Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria*"

El Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador expresa: "*El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la*

Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes."

El Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa que "*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.*

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley."

El Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal señala "*Violación.- 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 objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de*

libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.

2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.

3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.

2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.

3. La víctima es menor de diez años.

4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.

5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo.

En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años."

El Art. 444 numeral 12 del Código Orgánico Integral Penal expresa que "*Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes:*

12. Ordenar el peritaje integral de todos los indicios que hayan sido levantados en la escena del hecho, garantizando la preservación y correcto manejo de las evidencias."

El Art. 455 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta "*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.*"

El Art. 456 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta "*Cadena de custodia.- Se aplicará cadena de custodia a los elementos físicos o contenido digital materia de prueba, para garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original; las condiciones, las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos y se incluirán los cambios hechos en ellos por cada custodio.*

La cadena inicia en el lugar donde se obtiene, encuentra o recauda el elemento de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente. Son responsables de su aplicación, el personal del Sistema especializado integral

de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, el personal competente en materia de tránsito y todos los servidores públicos y particulares que tengan relación con estos elementos, incluyendo el personal de servicios de salud que tengan contacto con elementos físicos que puedan ser de utilidad en la investigación."

El Art. 457 del Código Orgánico Integral Penal indica que "*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."

El Art. 459, numeral 1, del Código Orgánico Integral Penal que manifiesta: "*Para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa el consentimiento expreso de la persona o la autorización de la o el juzgador, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida*"

El Art. 459 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal manifiesta: "*En caso de no existir una institución pública acreditada, las autopsias, exámenes médicos, de laboratorio o pruebas biológicas, podrán ser realizados en una institución de salud privada acreditada y los costos serán*

asumidos por el Consejo de la Judicatura. Los mismos tendrán valor pericial."

El Art. 465 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal sobre exámenes médicos y corporales expresa: "*Podrán efectuarse exámenes médicos o corporales de la persona procesada o de la víctima en caso de necesidad para constatar circunstancias relevantes para la investigación, de acuerdo con las siguientes reglas:*

5. Se podrá solicitar un peritaje psicológico en los casos de violencia sexual, contra la mujer o miembros del núcleo familiar u otros delitos, especialmente cuando la víctima sea niña, niño, adolescente, adulto mayor o mujer embarazada. Estos se realizarán en centros especializados acreditados en esta temática."

El Art. 511 numeral 7 del Código Orgánico Integral Penal señala que "*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. CONCLUSIONES

- No existe una normativa de protocolo para manejo adecuado de la cadena de custodia de los indicios y evidencias biológicas en los delitos por violación sexual.

- La existencia de lineamientos básicos para el desarrollo del sistema de cadena de custodia, mejora el desempeño y confiabilidad de quienes tengan contacto con los elementos materia de prueba o evidencia físicas.

- El protocolo para la realización del examen médico legal en víctimas del delito de violación sexual, debe contener suficiente información para determinar la existencia de la infracción, relacionar a los participantes en la acción violenta y su grado de participación.

- La implementación de un adecuado protocolo de valoración médico legal en los delitos de violación sexual, evitaría la revictimización de la víctima y la de su familia dentro de la acción judicial.

-El protocolo para la valoración médico legal en los delitos sexuales, garantiza a la justicia que se cumplan los principios del sistema procesal de eficacia, eficiencia en la administración de justicia.

-Un protocolo para la valoración médico legal, permite una aplicación general para garantizar la cadena de custodia, con la finalidad de que se respeten todas las garantías contempladas en la Constitución.

9. RECOMENDACIONES

- Es conveniente que un protocolo para el manejo adecuado de la cadena de custodia debe existir unificación de procedimientos de trabajo y su protección efectiva.

- Para una mejor credibilidad del sistema judicial, debe existir una mejora en la recolección de la información, a través de un sistema de calidad, un examen físico ordenado y completo y un proceso de levantamiento, manipulación y análisis de indicios acorde con los ordenamientos científico jurídicos actuales.

- Es necesario proponer una reforma que se incluya un protocolo para la valoración médico legal en delitos sexuales, como prueba en los procesos penales.

- Los fiscales apliquen un solo sistema de protocolo de valoración médico legal en los delitos de violación sexual, para con ello evitar la revictimización de la víctima y la de su familia dentro de la acción judicial.

-Los jueces al dictar sentencia cumplan, sujetándose al protocolo para la valoración médico legal en los delitos sexuales, deben tomar en cuenta la aplicación de los principios del sistema procesal de eficacia, eficiencia en la administración de justicia.

-El Consejo de la Judicatura implemente una capacitación de conocimiento de lineamientos básicos para el desarrollo del sistema de cadena de custodia, mejora el desempeño y confiabilidad de quienes tengan contacto con los elementos materia de prueba o evidencia físicas.

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

ASAMBLEA NACIONAL

CONSIDERANDO

Que, el Art. 76 numeral 4 de la Constitución de la República del Ecuador establece que las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria.

Que, el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

Que, el Art. 195 de la Constitución de la República del Ecuador, expresa que 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.- Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un

personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley.

Que, el Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal señala 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 objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo.

Que, la violencia de naturaleza sexual que afectan a niños, niñas, adolescentes, mujeres y adultos mayores han sido un constante tema de preocupación para el Ecuador y el mundo.

Que, el Ecuador en el marco de su lucha contra la impunidad ha implementado políticas sociales con enfoque de género que prohíbe la revictimización de aquellas víctimas de violencia sexual.

Que, se busca tener un servicio de peritajes médico – legales con altos estándares de atención a víctimas de delitos sexuales con el fin de realizar informes de alto nivel científico que sirvan indubitadamente para la acusación o desestimación penal.

Que, el artículo 194 de la Constitución de la República del Ecuador establece que, la Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, que funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y

actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso.

Que, el mismo cuerpo constitucional en el artículo 195, señala que 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.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el Sistema de Protección y Asistencia a Víctimas, Testigos y Participantes en el Proceso Penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley;

Que, el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 282, determina las funciones de la Fiscalía General del Estado;

Que, en el artículo 284 del Código Orgánico de la Función Judicial en su numeral 3, señala que es competencia del Fiscal General del Estado, expedir, mediante resolución, reglamentos internos, instructivos, circulares, manuales de organización y procedimientos y cuanto instrumento se requiera para funcionar eficientemente;

En ejercicio de las atribuciones, reforma el art 511 del COIP en el cual se dispone agregar un protocolo donde indica lo siguiente:

PROTOCOLO DE PERICIA MÉDICO LEGAL PARA LOS DELITOS DE NATURALEZA SEXUAL

Art. 1.- Obligaciones del perito médico – legal en los casos de delitos de naturaleza sexual.- El perito médico – legal debe estar debidamente acreditado en el Sistema Pericial a cargo del Consejo de la Judicatura ajustándose a los requisitos establecidos. Dentro de las obligaciones que debe cumplir el perito médico – legal en el desempeño de sus labores debe enfocarse en:

1. Realizar el informe de su peritaje con contenido claro, conciso, explicativo, de alto contenido científico, orientado a facilitar la comprensión del fiscal o del juzgador sobre las evidencias encontradas en la víctima del delito sexual.

2. Respetar la intimidad y los derechos de la víctima, de sus familiares y acompañantes de manera que no se produzca la revictimización y más bien promoviendo un espacio cálido de interacción.

Art. 2.- De los espacios físicos para realizar la pericia.- El perito médico – legal tendrá a su disposición para trabajar el espacio físico adecuado en donde ubicará un lugar destinado para la entrevista personal, una camilla para realizar las pericias, unidades de almacenamiento en donde guardará

las muestras a ser entregadas para el análisis de ADN respectivo conservando la cadena de custodia.

Art. 3.- Definición de la cadena de custodia.- Es el conjunto de actividades y procedimientos secuenciales que se aplican en la protección y aseguramiento de los indicios y/o evidencias físicas y digitales, desde la localización en la escena del delito o lugar de los hechos, hasta su presentación ante el juzgador y/o disposición final.

Art. 4.- Entrevista con la víctima.- El perito médico – legal debe conversar con la víctima con el fin de constatar si tiene alguna dificultad para entender el propósito de la pericia, para percatarse acerca de las condiciones psíquicas de la víctima y contextualizar las circunstancias en las que se produjeron los hechos punibles.

Si el perito detecta que la víctima tiene lesiones graves que pongan en riesgo su vida deberá gestionar su oportuno traslado a la sala de emergencias del hospital público o privado más cercano para tratar alteraciones de la conciencia o de la voluntad, hemorragias, fracturas, heridas corto-punzantes o de bala, fallas orgánicas que comprometan órganos vitales como cerebro, corazón, hígado y estómago.

En el caso en el que la víctima sea infante será imprescindible la presencia de un familiar o acompañante con el que la víctima se sienta cómoda.

Cuando se trate de niños y niñas de hasta 12 años también se solicitará que la pericia se desarrolle en presencia de un familiar u otra persona con la que se sienta cómoda. Si la víctima es adolescente la presencia de un acompañante no será imprescindible pero si la solicita se permitirá permanecer en la duración de la pericia. Si la víctima tiene problemas de discapacidad o de movilidad se permitirá la asistencia de un familiar o acompañante para permitir un mejor manejo de la víctima.

En todos los casos en los que la víctima requiera de la presencia de una persona o de un objeto para un mejor desarrollo de la pericia, el médico legal la permitirá, excepto cuando dicha solicitud represente un riesgo biológico o para la seguridad física, mental o emocional de la víctima.

Art. 5.- Preguntas en la entrevista.- El médico perito deberá proceder a una corta entrevista que deberá ser contestada por la víctima, quien deberá ser abordada de manera cordial y evitando hacer juicios de valor. Las preguntas básicas serán:

1. ¿Cuál es su nombre?
2. ¿Sabe qué día es hoy?
3. ¿Qué edad tiene?
4. ¿En dónde vive?
5. ¿Con quién vive?
6. ¿En dónde estudia/trabaja?
7. ¿Se siente bien/mal/le duele algo?

8. ¿Se bañó, se cambió de ropa o se lavó alguna parte de su cuerpo?

9. ¿Puede contarme lo que sucedió?

Al final de la entrevista deberá agradecerle por la colaboración y procederá a explicarle lo que ocurrirá en la pericia, indicándole qué instrumentos se utilizará, qué partes corporales se examinarán, cómo se conservarán las muestras, quién las conservarán y cómo serán utilizadas. Además le explicará la necesidad que tiene de tener una muda de ropa adicional.

Si la víctima no puede hablar en razón de su edad, de discapacidad o de su estado mental, el médico – legal puede indagar en el familiar o persona que le acompañe, haciendo constar que la información la ha obtenido por referencia de esta tercera persona.

Se le hará firmar el acta de consentimiento informado a la víctima o a su representante legal.

Art. 6.- Instrumentos a utilizar.- Las herramientas básicas que se utilizan en la pericia médico – legal para delitos de naturaleza sexual deben estar agrupadas en kit de uso único. Los materiales que sean desechables se usarán una sola vez y los instrumentos que sirvan para el examen físico de la víctima deberán ser adecuadamente esterilizadas para su reutilización.

Además el consultorio del médico – legal debe tener provisión suficiente de gasa estéril, vendas de gasa, esparadrapo blando o duro, líquidos de

limpieza (solución salina), torniquete, algodón, guantes de manejo (látex, nitrilo y estériles), jeringuillas 10cc, 5cc, 3cc, frascos de plásticos de poliuretano estériles para muestras (frascos de muestra de orina), tubos de ensayo con tapa de color rojo y lila, batas desechables, sábanas desechables, zapatos desechables, interiores desechables, mascarillas, tijera, toallas sanitarias, espéculos vaginales desechables (será utilizado solo a criterio clínico del médico y con normas de bioética), anticoncepción oral de emergencia, antiretrovirales, papel filtro fta, hisopos largos de algodón, placas de vidrio, porta placas de plástico, sobres manila de diferentes tamaños, cinta adhesiva ancha (cinta de embalaje), cooler para transporte de muestras en cadena de frio y cámara fotográfica.

Art. 7.- Examen Físico del torso de la víctima.- El médico legal tomará fotografías a la víctima con la ropa puesta de frente y de perfil para evitar la suplantación de la identidad de la persona. Le hará parar sobre un pliego de papel para que pueda sacarse la ropa cómodamente y se recepte cualquier posible indicio que se desprenda. Con el instrumento apropiado le retirará el material orgánico e inorgánico que tenga bajo las uñas, en caso de tenerlo.
Si la ropa que trae puesta es la que vestía cuando sucedió la infracción le pedirá que se la saque, les tomará fotografías de cada una de las prendas y la guardará etiquetada en una funda de plástico.

Primero le pedirá que se desprenda de la parte superior de la vestimenta es esto, lo que cubra el torso de la víctima sin incluir la ropa interior. El médico

– legal tomará las fotografías del caso cuando se hallen huellas de mordeduras, fricciones, pinchazos, equimosis, petequias, excoriaciones, hematomas en cráneo, cara, cuello, brazos, pecho, espalda y abdomen.

Tomará muestras de posibles fluidos de la boca y cualquier otra parte del cuerpo superior en donde se haya podido producir eyaculación o salivación del agresor, con los hisopos embebidos en solución salina. Les dejará secar 10 minutos a la sombra y los guardará en los sobres manila correspondientes.

Art. 8.- Examen físico de la parte inferior.- Se le pedirá a la víctima que se desprenda de zapatos, medios, pantalones, faldas sin incluir la ropa íntima. El médico – legal tomará fotografías de cada una de las prendas y las guardará en una funda de plástico. El médico – legal tomará las fotografías del caso cuando se hallen huellas de mordeduras, fricciones, pinchazos, equimosis, petequias, excoriaciones, hematomas en pubis, piernas, zona genital, glúteos y pies.

Se pedirá a la víctima que se suba a la camilla y en posición sentada se le examinarán las piernas para detectar posibles fluidos del agresor. Se le solicitará a la víctima que se saque la ropa íntima superior e inferior, dándole la contención necesaria para proseguir con la pericia. Se le proveerá de una bata desechable y zapatos desechables.

Art. 9.- Examen de los genitales y zonas glúteas.- El médico perito hará un barrido de cabello y vello de la parte púbica para detectar algún indicio. En la camilla se pondrá una sábana desechable y se le solicitará que en posición decúbito dorsal permita examinar la zona interna de los muslos y tomará muestras de: cara interna de muslos, inglés, glúteos, vulva, glande (Surco balanoprepucial), testículos, pliegues anales y glúteos de manera superficial.

Se hará una toma de muestras internas en los siguientes lugares:

- 2 hisopos en el canal vaginal posterior. El número de hisopos aumenta si fueron varios los agresores.
- 1 hisopos en el canal anal. El número de hisopos aumenta si fueron varios los agresores.
- Solicite un enjuague con solución salina en la cavidad oral para vestigios biológicos. Recoja el resultado del enjuague en un frasco de plástico de muestra debidamente etiquetado y refrigerado.

Art. 10.- Etiquetado y rotulado de las muestras, fotografías y sobres.- Todas las pertenencias de la víctima que le hayan sido retiradas en el examen y que sean las mismas que usaba al momento de la agresión, serán guardadas y se etiquetarán con el número de juicio, número de pericia, fecha de práctica de la pericia y nombre del perito.

Las muestras biológicas que se contengan en sobres, frascos, bolsas, tubos de ensayo se etiquetarán con marcador permanente indicando el número de juicio, número de pericia, fecha de práctica de la pericia y nombre del perito.

Nunca se pondrá el nombre de la víctima sino que se le identificará con el número de juicio, número de pericia y fecha de práctica de la pericia. En el caso de que sean varias las víctimas del mismo proceso se les identificará además con el número de pericia además de indicar en orden secuencial el orden en el que se practicó la pericia.

Las fotografías que se toman se grabarán en un cd rotulado con el número de juicio, número de pericia, fecha de práctica de la pericia y nombre del perito.

Art. 11.- Fin del examen.- Cuando la pericia el médico – perito termine el examen debe agradecer la colaboración de la víctima, permitiendo que la víctima se vista con la ropa que haya traído adicionalmente en un espacio privado sin que el médico – legal le observe. El médico preguntará si la víctima o su acompañante tienen alguna pregunta y debe responder con palabras sencillas de manera honesta y ética.

El médico – legal debe recomendar que tenga calma y que acuda a un servicio de apoyo psicológico para que la víctima prosiga el tratamiento y acompañamiento para superar el posible estrés postraumático, manteniendo una actitud positiva y proactiva con la víctima.

Art. Final.- La reforma al Código Orgánico Integral Penal entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

10. BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ, Francisco: Salud Ocupacional, ediciones Ecoe, Botogá Colombia, 2011.

- ANGULO, R.: Cadena de Custodia en Criminalística, Doctrina y Ley, Bogotá – Colombia, 2005

- BASILE Alejandro, DEFILIPPIS Enrique y GONZÁLES Orlando, Medicina Legal del Trabajo y Seguridad Social, 1983.

- CABANELLAS, Guillermo; OSSORIO, Manuel: Diccionario de Derecho, Tomo I, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2010.

- CABANELLAS, Guillermo; OSSORIO, Manuel: Diccionario de Derecho, Tomo II, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2010.

- CARVAJAL, H., POPPE, V., & CUIZA, A. C. Protocolo de Atención y obtención de evidencias y muestras en las victimas sobrevivientes de delitos sexuales contra la libertad sexual. Praxis Legal, 2013

<

- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016.

- CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito – Ecuador, 2016.

- CÓDIGO PENAL ARGENITNO: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm

- CRIMINALÍSTICA ACTUAL, Ley Ciencia y Arte: Ediciones Euroméxico S.A., edición 2012, México

- DE SANTO, Víctor: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía, editorial Universidad, Buenos Aires Argentina, 1999.

- DEVIS ECHANDIA, Hernando: Nociones Generales de derecho procesal civil, segunda edición, editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2009

- ESPASA Calpe. (1999). Diccionario de Medicina. (J. I. Alonso, Ed.) Madrid, España

- ESPINOSA MERINO, Galo: La más Práctica Enciclopedia Jurídica, Volumen II, Vocabulario Jurídico, Instituto de Informática Básica, Quito – Ecuador, 1987.

- GOLDSTEIN, Mabel: Diccionario Jurídico Consultor Magno, Círculo Austral S.A., Buenos Aires – Argentina, 2008.

- GONZÁLEZ, A: Cadena de Custodia en Criminalística, Doctrina y Ley Ltda., Bogotá Colombia, 2005

- IBAÑEZ, J. Técnicas de Investigación Criminal, Dykinson, Madrid – España, 2012

- KVITKO, Luis Alberto: La violación peritación médico legal en las presuntas víctimas del delito, editorial Trillas, México, 2000

- LARRAURI, E., "Ayuntamientos de izquierda y control del delito", Madrid. Ed. Indret, año 2007,pág. 3

- LÓPEZ, P., & GÓMEZ, P. Investigación Criminal y Criminalística, editorial Temis, Bogotá – Colombia, 2003, p. 226

- OSSORIO, Manuel; CABANELLAS, Guillermo: Diccionario de Derecho, Tomo 2, editorial Heliasta, Buenos Aires – Argentina, 2010.

- SALAMEA, D.: Investigación Criminalistica. Jurídica del Ecuador, Quito – Ecuador, 2003.

- SALCEDO, M.: Manejo de la evidencia física de posible fuente biológica, Universidad del Valle, Cali – Colombia, 2007

- SANZ, J.: Trastorno Mental Transitorio y Drogas que inciden en la imputabilidad, editorial Barcelona, Barcelona – España, 2004.

- TAMA, Manuel: Defensas y Excepciones en el Procedimiento Civil, Segunda Edición, Edilexa, S.A., Guayaquil – Ecuador, 2012.

- TORRES CHÁVES, Efraín: Breves comentarios al Código Penal, Corporación de Estudios y Publicaciones, Volumen 4, Quito – Ecuador, 2003.

- VARGAS ALVARADO, Eduardo: Medicina Legal, editorial Trillas, segunda edición, México, 2000.

11. ANEXOS

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
PLAN DE CONTINGENCIA
MODALIDAD A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO
SEDE TENA

PROYECTO DE INVESTIGACIÓN PREVIA A LA OBTENCION DEL TÍTULO DE ABOGADO

TEMA:

"PROTOCOLO PARA LA VALORACIÓN MÉDICO LEGAL EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL COMO PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES"

AUTOR:

JOSÉ LUIS FLORES CRUZ

QUITO-ECUADOR

2015

a. TEMA:

"PROTOCOLO PARA LA VALORACIÓN MÉDICO LEGAL EN LOS CASOS DE VIOLACIÓN SEXUAL COMO PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES"

b. PROBLEMATICA

En el ámbito del litigio en materia penal se debaten los valores más preciados de las personas y entre estos, cabe destacar la "libertad sexual", bien jurídico protegido en muchas legislaciones por su trascendencia, ya que constituye la base fundamental en el normal desarrollo de la personalidad de todo ser humano, por lo que su protección en el ordenamiento jurídico es fundamental[77].

En la sociedad este bien jurídico ha sido y es vulnerado con la consumación de diferentes delitos, el de violación sexual es uno de ellos, que además de producir graves lesiones físicas, daña la esfera psíquica de la víctima, genera alarma social y una creciente sensación de inseguridad[78].

A esto hay que sumarle el elevado índice de impunidad, debida a un sinnúmero de factores. Dos de estos factores dependen directamente de la actuación del perito y de su informe. El primero: la dificultad para que la víctima comparezca durante todo el proceso por el efecto victimizador y el recrudecimiento de la sintomatología que este fenómeno le puede ocasionar, y el segundo: la determinación de responsabilidades y sanciones[79]; estas razones han motivado este trabajo de investigación, con el fin de hacer

[77] García P, Oviedo M, Lombeida C, et al. Manual de Procedimientos Investigativos de la Fiscalía – Policía Judicial 2010. 1ra edición. Quito: Grupo Internacional "Lex Medix": 2010. pp. 15 - 20.
[78] .- Donoso A. Derecho penal. 2da edición. Quito: Editora Jurídica Cevallos: 2005. pp. 82-84.
[79] Bonnet Pablo. Lecciones de Medicinas Legal. 3 era reimpresión. Buenos Aires: López Libreros Editores: 2000. pp. 123 – 130.

recomendaciones para mejorar los protocolos con los que se realiza el examen médico legal a las víctimas de violación sexual en el Ecuador. La implementación de estas recomendaciones aumentarán significativamente las posibilidades de determinar la existencia de la infracción, relacionar a los participantes en la acción violenta y su grado de participación; evitarán la revictimización de la víctima y la de su familia al no encontrar respuesta en el aparato judicial, disminuirán los índices de impunidad y aumentará la credibilidad en el sistema de justicia; a través de la mejora en la recolección de la información, con lo que se mejorará su calidad, un examen físico ordenado y completo y un proceso de levantamiento, manipulación y análisis de indicios acorde con los ordenamientos científico jurídicos actuales[80].

La Organización Mundial de la Salud (OMS), reporta que la violencia sexual es un problema de salud pública que afecta a más de un tercio de todas las mujeres a nivel mundial[5]. Según el informe publicado por la Organización Panamericana de la Salud/ Organización Mundial de la Salud (OPS/OMS), en colaboración con los Centros para el Control y Prevención de Enfermedades de los Estados Unidos (CDC)," muestra que en 12 países estudiados de América Latina y el Caribe, entre el 17 y 53 por ciento de las mujeres entrevistadas reportaron haber sufrido violencia física o sexual por parte de sus parejas[81].

A nivel mundial, el 7% de las mujeres han sido agredidas sexualmente por una persona distinta de su pareja (11,9% en África, 12,6% en los países ricos, 10,7% en Latinoamérica, 4,9% en el sudeste asiático), lo que empuja a estas mujeres a sufrir otros importantes problemas de salud derivados de la agresión[6]".

En nuestro país una de cada cuatro mujeres han vivido violencia sexual en algún momento de su vida según resultados de la Encuesta de Relaciones Familiares y violencia de género contra las mujeres.

[80] Kvitko Luis. La violación. 3ra reimpresión. Buenos Aires: Trillas: 200. pp. 17 – 100.
[81] Basile Alejandro. Fundamentos de Medicina Legal. 4ta edición. Buenos Aires: Editorial El Ateneo: 2001. pp. 153 – 173.

Las denuncias de violaciones muestran que éstas se producen –en su gran mayoría– en relaciones interpersonales de familia, amigos, conocidos, vecinos y enamorados[82].

En toda acusación por delitos sexuales es de importancia la investigación que se realice y la recolección de los indicios, así como su posterior tratamiento."La investigación se puede apreciar como un triángulo de relaciones: en el centro estaría el hecho investigado; en una de las esquinas el agente policial encargado de realizar las indagaciones necesarias para encontrar la verdad de los sucedido; en a otra esquina el investigador de la escena de los hechos encargado de recolectar los indicios; y en la tercera esquina el perito del laboratorio encargado de analizarlos"[83]. De la escena del crimen al laboratorio, todas las pruebas deben ser inventariadas para preservar su integridad, ya que, la admisibilidad de la prueba en los tribunales se fundamenta en una cadena de custodia ininterrumpida. Es importante demostrar que las pruebas presentadas en el juicio son las mismas pruebas recogidas en la escena del crimen.

Todo indicio, ha de ser legal; la legalidad significa que debe ser recolectado, embalado y transportado según los procedimientos establecidos en la ley. Estos procedimientos se aplican con el único objetivo de generar confianza entre todos los implicados; quienes creerán que las evidencias no han sido alteradas, manipuladas y son; por tanto, piezas probatorias objetivas sobre el caso investigado." Es así, que la prueba debe ser analizada y valorada adecuadamente para concluir con el análisis científico si existió delito o no.

Los rastros no siempre son visibles a simple vista y pueden ser pasados por alto fácilmente. Un metódico enfoque deliberado y disciplinado para la recolección y preservación de las pruebas es esencial. Una excepción puede ser si la integridad de la evidencia está en riesgo, y en esas circunstancias, es importante que se tomen decisiones rápidas para evitar su degradación y/o pérdida, por ejemplo si una muestra es tomada de un sospechoso

[82] Riu JA, Travella G. Lesiones. 5ta edición. Buenos Aires: Lema editora: 2005. pp. 219 – 224.

[83] Vargas A. Medicina Legal. 3ra edición. San José: Editorial Trillas: 200. Pp. 251 – 277.

mediante un hisopo, debe estar protegido de la contaminación antes de su análisis en un laboratorio.

La preservación de la evidencia es un proceso complicado con el potencial de que se cometan muchos errores y fallas en la cadena de custodia. Es necesaria la implementación de un manual acerca de los indicios y evidencias biológicas, para que las pruebas obtenidas e introducidas al proceso penal tengan plena validez y eficacia probatoria en la etapa de juicio, con el fin de garantizar la eficiencia de la administración de la justicia, según el artículo 192 de la Constitución Política de la Republica.

c. JUSTIFICACIÓN

El Sistema Penal Oral Acusatorio parte de un modelo de audiencias públicas orales sustentadas en las argumentaciones, los elementos materiales probatorios, así como la evidencia física y la información legalmente obtenida, todo lo aportado por los sujetos intervinientes es sistematizado por un Tribunal, para llegar a la verdad jurídica de los hechos, que es la razón de ser de la actuación penal[7]. Se hace imprescindible cambiar la forma como se desarrolla la investigación criminal para ser consecuentes con el actual sistema, la misma que debe ser concordante con los preceptos del Código Orgánico Integral Penal, protocolos técnicos de investigación y manuales e instructivos, para una eficaz colección, embalaje, transporte, análisis y conservación técnico-científica de los indicios y evidencias, manteniendo la cadena de custodia[84].

Los protocolos técnicos son instrumentos validados, que recogen el conocimiento y la experiencia de todos los grupos de investigación criminal y ayudan a recabar información acerca de un delito cometido, de la forma como este se perpetra, de los participantes y de los vestigios que de él quedan[85]; principalmente si son hechos que por su naturaleza nos ofrecen

[84] Alfredo Etcheberry. Derecho Penal, Tomo II. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, edición tercera, 1998. Pág. 338.

[85] Antonio Bascuñán Rodríguez. Delitos Contra la Autodeterminación Sexual. Santiago de Chile, Editorial Mimco, 1998.

limitaciones, sea por las lesiones inespecíficas que se producen en la víctima, por el impacto que causan en la sociedad, o por otras razones técnicas tales como: lo perecible de los indicios biológicos, limitante que puede ser controlada mediante un manejo prolijo de los indicios, una preservación en las condiciones más favorables según el tipo de vestigio y lo más importante que el análisis de los peritos o expertos, se realice en el menor tiempo posible[86]. En palabras de Edmond Locard, "el tiempo que pasa es la verdad que huye"[87].

Estos documentos "guía", son el resultado de un análisis y sistematización de las particularidades sociológicas que sobre un delito se han trazado dentro de una comunidad, más aun si se trata de núcleos humanos disímiles[88].

La sexualidad debe ser entendida como un proceso dinámico, que inicia con el nacimiento y se manifiesta de diferentes maneras durante toda la vida, involucra los sentimientos y las emociones que participan en el desarrollo de nuestra personalidad o identidad. La sexualidad se demuestra en cosas tan simples como nuestra forma de hablar, caminar o vestirnos y en otros procesos complejos como la manera de relacionarnos dentro de un grupo social, de ahí que su protección en el ordenamiento jurídico es esencial[89].

Los responsables de la administración de justicia han visto la necesidad de generar nuevas reglamentaciones que permitan una mejor valoración del acervo probatorio en los procesos penales que se instauran en los delitos contra la libertad sexual especialmente en el de violación sexual, debido a la dificultad para determinar la participación y el grado de responsabilidad de cada uno de los presentes durante el hecho[90]. Siendo concordantes con lo expresado, es necesario que el manejo de indicios y evidencias sea el adecuado, evitando pérdidas, sustracciones, degradaciones,

[86] Dr. Zavala Baquerizo, El Debido Proceso Penal, Editorial Endino 2002.
[87] Dr. Bonnet Pablo, Muerte Violenta, Editorial Universidad de Buenos Aires 2003.
[88] Cueva Carrión Luis, Valoración Jurídica de la Prueba Penal, Ediciones Cueva Carrión 2008.
[89] Caferata José, Maximiliano Hairabedián. La prueba en el Proceso Penal. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires 2011.
[90] Dr. Siguenza Bravo Marco. La prueba en Materia Penal. Editorial Sigmar 2004

contaminaciones, etc., lo que traerá como consecuencia, que la valoración pericial relacione al autor con el hecho y determine la responsabilidad en forma irrefutable, es por esto que es necesario crear un nuevo protocolo para la valoración de víctimas de violación sexual.

El manejo deficiente de indicios y evidencias en el proceso penal representa un problema decisivo, que aqueja a todo el Ecuador, es por ello que la participación de la Medicina legal y la Criminalística toma un gran significado, pues, van a demostrar fuera de toda duda razonable que lo que se está afirmando tiene un fundamento y un respaldo científico.

En el Ecuador la violación sexual se ha tipificado como delito desde las primeras legislaciones de las cuales se tiene noticias, pero su definición ha variado[2]. Desde 1837 hasta 1998, se consideraba al hombre como el único sujeto activo que podía acceder físicamente a otra persona mediante la utilización del miembro viril, esta limitación legal quiso ser enmendada en 1998, donde se agrega un nuevo tipo penal denominado agresión sexual, en el cual la introducción de objetos diferentes al miembro viril, en boca, ano o vagina se consideraba elementos constitutivos del delito, pese a esto, el varón continuaba siendo considerado como único sujeto activo de esta infracción[91].

La reforma del 23 de junio del año 2005, fusiona la agresión sexual y el delito de violación y se llega a establecer el tipo penal de violación, contemplado en el artículo 512 del Código Penal, el mismo que fue derogado, para dar paso al Código Orgánico Integral Penal publicado en el Registro Oficial Suplemento No 180 del 10 de febrero de 2014, vigente, que en su art 171 señala:

“Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción por vía anal o vaginal, de los objetos dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo quien la comete, será sancionado con pena privativa de

[91] Cabanellas de las Cuevas Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta 2006.

libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiere resistirse;
2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación;
3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

Se define al término acceder como entrar y la puerta de entrada de la cavidad vaginal es el himen, membrana constituida por tejido fibroso elástico, nutrido por muchos capilares sanguíneos; esta membrana en ocasiones puede ser sumamente elástica, lo que posibilita la penetración de objetos o el miembro viril en erección sin producirse lesiones físicas[92]. Esta es otra de las múltiples dificultades con las que el perito se encuentra en el momento de valorar físicamente a una víctima.

Es imperiosa la necesidad de mejorar los protocolos existentes, con el fin de brindar pautas sobre la manera de interrogar, para tener una visión panorámica del hecho, con lo que seguro se identificarán un mayor número de lesiones, se colectarán los indicios y vestigios dejados por la infracción, los mismos que luego del análisis técnico científico producirán pruebas inobjetables dentro del Proceso Penal, que liguen al agresor y demuestren su responsabilidad en el hecho[3]. Es oportuno aclarar que la violencia lesiona no solo la esfera física, también deteriora la psiquis de la víctima y la funcionalidad de sus órganos, por lo que es recomendable buscar indicios en estas tres esferas, para que se puedan obtener evidencias suficientes del delito[93].

El escaso acervo probatorio producido actualmente por los peritos en este tema, se traduce en las estadísticas generadas por la Fiscalía General del Estado y la Policía Nacional del Ecuador, que reportan en el 2011, 4.635 denuncias por delitos de violación, 1.078 casos se desestimaron, se

[92] Abarca Galeas, Delitos Sexuales, Editorial Jurídica del Ecuador 2008

[93] Lencioni, Leo Julio. Sexologia y Tocogenecologia Medico Lega. 1ra Editorial Rosatio, Buenos Aires, 2005. Pag. 282.

realizaron 735 dictámenes acusatorios y tan solo 218 casos llegaron a sentencia condenatoria.

En el año 2012 suceden similares acontecimientos, de 4.345 denuncias, 2.156 se desestimaron y se realizan 743 dictámenes acusatorios, de los cuales 261 llegan a sentencia condenatoria.

En el año 2013 se denuncian 4.206 casos, 439 dictámenes acusatorios y 348 sentencias condenatorias. En el año 2014, las denuncias por delitos de violación sexual aumentan a 4.669, se desestiman 1.866, se realizan 698 dictámenes acusatorios y solo 395 delitos llegan a sentencia condenatoria.

En el 2014 el 25% de denuncias se desestimaron; el 9% correspondieron a dictámenes acusatorios y el 5% obtuvieron una sentencia condenatoria.

Como se recordó anteriormente los factores adversos que dificultan la labor de la justicia, se originan en las víctimas y en los operadores de justicia, sea por la escasa o nula colaboración de la víctima con el proceso penal, la falta de denuncia por vergüenza, ignorancia, temor a las represalias, la dependencia económica, entre otras; y, los causados por los operadores de justicia, obedecen a su accionar desprolijo, las trabas administrativas, la burocracia, los malos tratos, comentarios inapropiados, etc[94].

A todo lo anterior debemos sumar la escasa formación pericial de los médicos, por lo que las valoraciones no son eficaces. Las muestras biológicas extraídas en la víctima, en el victimario o en la escena no culminan como pruebas irrefutables dentro del Proceso Penal, por descuido en su colección, embalaje, transporte o almacenamiento, o porque no se cumplen con los preceptos de cadena de custodia. El país carece de laboratorios especializados, que cuenten con profesionales idóneos, equipos e insumos para realizar pruebas forenses.

En el caso de los protocolos, no son llenados con información relevante y más bien se los utiliza como simples encuestas, olvidando que estos documentos fueron puestos en vigencia para que el médico evaluador recabe los datos de interés para la investigación y formule un informe pericial

[94] Mensías Pavón Fabian. Psicología Jurídica y Psiquiatría Forense, Editorial Facso. 1ra Edición 2006. Pag 326.

que sirva como prueba dentro del Proceso Penal, pero que a su vez, luego del examen de los indicios y vestigios recolectados en la víctima, en el supuesto agresor y en la escena, sus conclusiones sirvan como instrumento para acercarse a la verdad jurídica. Es necesario entonces, integrar una experticia médico legal útil para determinar la participación y la responsabilidad del hecho[95].

Como corolario Bonnet afirma que "la denuncia de violación es la actividad más difícil de peritar, ya que todo se decide con nuestro dictamen. La responsabilidad esta en evitar equívocos y sortear todas las dificultades".

El 21 de abril del 2009, la Fiscalía General del Estado, a través de la Dirección Nacional de Política Criminal, mediante la resolución N0. 005-FGE-2009 resuelve aprobar los Protocolos de Pericias Médico Legales para delitos contra la libertad sexual, agresión física, violencia intrafamiliar, sucesos de tránsito, examen del presunto agresor, autopsia médico legal y se declaran unificados los Protocolos Médico Legales para las pericias en todo el territorio nacional. Los mencionados documentos fueron analizados con todos los miembros del Sistema Nacional de Medicina Legal y miembros de varias instituciones relacionadas con el tema, quienes acuerdan usar estos formatos.

El artículo 195 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone que la "Fiscalía General del Estado, organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley", artículo que faculta a la Fiscalía General del Estado para aprobar los protocolos.

El actual protocolo para la evaluación de las víctimas de violación sexual, consta de trece epígrafes: el primero que identifica a la autoridad que emanó

[95] Yunis Emilio Jose, El ADN en la identificación humana. Editorial Temis. Bogota Colombia 2006. Pag. 219.

la orden, al perito y el lugar y la fecha en la que se realizó la pericia. Un segundo para realizar la anamnesis de la víctima, el siguiente aporta con datos sobre las personas acompañantes o quienes en determinadas circunstancias pueden localizar a la víctima.

La tercera parte corresponde a los antecedentes gineco obstétricos, aquellos que son importantes para que el perito emita un adecuado diagnóstico y pronóstico. Sigue un acápite donde se solicitan datos del victimario; para continuar con una historia médico legal, donde se anota la narración que hace la víctima sobre los hechos.

El examen físico general y segmentario es guiado por las regiones anatómicas anotadas en el protocolo, seguidamente se describen las muestras biológicas y no biológicas recogidas, los exámenes complementarios que se solicitaron sobre la víctima y las pericias que se realizarán sobre los indicios.

El contenido final corresponde a las conclusiones, en las cuales el perito demuestra su conocimiento y experiencia, pues traduce su capacidad para objetivar lo que el o la reconocida le ha narrado[4].

Las fotografías de los hallazgos, la declaración de voluntad y el consentimiento informado corresponden a los anexos.

Es necesario hacer una prolija revisión de los temas a los que hace referencia el protocolo, para adecuarlos a la legislación actual, respetando los derechos de la víctima y el supuesto agresor, organizando un protocolo que forje pruebas irrebatibles dentro del Proceso Penal, que incriminen al autor y cuantifique su grado de responsabilidad.

d. OBJETIVOS

d.1. *OBJETIVO GENERAL.*

Recomendar a la normativa un protocolo acerca del adecuado manejo de la cadena de custodia de los indicios y evidencias biológicas en los delitos por violación sexual, mediante la unificación de procedimientos de trabajo y su protección efectiva.

d.2. *OBJETIVOS ESPECÍFICOS*

- Describir los lineamientos básicos para el desarrollo del sistema de cadena de custodia, mejorando el desempeño y confiabilidad de quienes tengan contacto con los elementos materia de prueba o evidencia físicas.
- Determinar la importancia del el valor probatorio que se da a la cadena de custodia en casos de delitos por violación.
- Analizar la situación socio – jurídico en nuestro país de la cadena de custodia en los procesos penales por violación.

e. MARCO TEORICO

El temor de la víctima a que le califiquen de causante, los estereotipos sobre la víctima, la violación intrafamiliar, la falta de procesos de investigación científica, la mala aplicación de la cadena de custodia de los indicios en los delitos de violación sexual, ha creado una cultura de impunidad, apareciendo únicamente los delitos que por su relevancia se han publicado en las crónicas rojas de la prensa[10]. En su mayoría de los delitos por violación sexual han recibido sobreseimientos provisionales o definitivos por falta de Prueba. En nuestra normativa penal siempre se ha hablado de la prueba material, prueba instrumental etc., pero fundamentalmente no se ha puesto verdadero interés en los procedimientos de la cadena de custodia para asegurar que las evidencias recolectadas en los escenarios de los hechos al momento de ser requerida por la autoridad competente llegue al Juzgador, una prueba contundente que asegure la condena o libertad correspondiente.

EL Departamento de Política Criminal de la Fiscalía General del Estado, sistematiza estadísticas a nivel nacional sobre denuncias de violaciones sexuales reportadas el año 2012 se contabiliza 5270 denuncias por violación, mientras que en el año 2013, se registra 5268 denuncias por violación, de las cuales se desprende las provincias en orden a su mayor

incidencia y porcentaje son: Guayas: 1085 (20,58%); Pichincha: 935 (17,74%) y Manabí: 404 (7,66%). Del total de casos únicamente 476 casos terminaron con sentencia condenatoria, 182 casos sentencia absolutoria y 570 casos fueron desestimados por no encontrarse elementos de convicción.

Como se puede observar según los datos estadísticos en el último año, en su mayoría los procesos recibieron sentencias absolutorias y desestimación por falta de elementos de convicción. Falta de elementos de convicción en otras palabras falta de prueba, en razón de la inexistencia de la normativa exclusiva para los procedimientos de la cadena de custodia de los fluidos en los delitos de violación sexual que aseguren tener la certeza de que su recolección, embalaje, conservación y almacenamiento hallados en la escena del crimen, así como en la victima.

Tratadistas en Criminalista como Eduardo Vargas Alvarado indican el proceso que se debe observar para determinar si la víctima fue violada o no es el siguiente:

- Interrogatorio
- Inspección
- Examen de las lecciones
- Muestras para laboratorio
- Evaluación psicopatológica forense

Interrogatorio.- es de importancia ya que es una guía que ayude a comprender cómo se dio la relación de los hechos. Se debe preguntar a la víctima con cuánto donde quién y por qué ocurrió el hecho.

Inspección.- La inspección interesa el tipo constitucional de estatura, el peso, desarrollamos con esquelético genital, actitud, fáciles, gestos, lesiones en la

piel, ahora tengo desorden de caprichos y maquillaje, y daños lavarropas si son las mismas que llevaba al ser asaltado.

Examen de las lesiones.- para este tipo de examen se dividen genital, para genital y extra genital.

Muestras para laboratorio.- Las muestras que suministra laboratorio tienen como objetivo es establecer los siguientes aspectos:

- Coito reciente
- Grupos sanguíneos de víctima y agresor
- Administración de tóxicos a la víctima
- Enfermedades de transmisión sexual
- Embarazo preexistente a la agresión
- Fibras y pelos para identificar el lugar del hecho y el agresor

Evaluación psicopatológica forense.- “Está a cargo de psiquiatras y psicólogos forenses. Su objetivo judiciales aclararse la víctima estaba privada de la razón ahora incapacitada para resistir. Por otra parte, con esta evaluación puede descartarse la falsedad de la denuncia en mujeres mito maniacas, histéricas.

Es fundamental que se dé el examen psicopatológico, así se puede llegar a dilucidar que la denuncia realizada sea verídica y los sucesos que se dieron durante el hecho delictivo.

Todos estos pasos se reducen a informes escritos emitidos por los diferentes médicos forenses, documentos fáciles de custodiar, pero en un sistema acusatorio, con la presunción de inocencia, el derecho a replicar los argumentos dichos en su contra y presentar pruebas, la cadena de custodia de fluidos en los delitos de violación sexual son de transcendencia ya que en el termino de prueba puede solicitar la parte interesada por ejemplo que

nuevamente se practique el examen del semen recogido en la escena del crimen. Por el tiempo que existe en la terminación de la Indagación previa hasta estar en Tribunales el manejo Tecno científico en la cadena de custodia debe tener procedimientos traducidos en normatividad legal, para fijar responsabilidades.

Con el sistema actual, y conociendo el alto porcentaje solo de denuncias de los delitos de violación sexual que han recibido sentencias absolutorias y desestimaciones por falta de elementos de convicción, introduciendo un procedimiento secuencial científico de la cadena de custodia de los fluidos en los delitos de violación sexual, puede acortar el proceso y asegurar que los delitos no queden en la impunidad y con esto prevenir el cometimiento de nuevos delitos.

Es la impunidad entre otros factores sociales los que alientan al cometimiento de los delitos y no es característico solo en las personas de sexo femenino, se ha generalizado, pudiendo ser en ambos sexos, en las diferentes edades e incluso en personas discapacitadas, es la necesaria intervención de la ciencia, la tecnología y la normatividad de la cadena de custodia, rigurosa, responsable extendida a todos las Instituciones Públicas y Privadas que tienen relación directa o indirectamente en estos delitos o asistencia o tratamiento de la víctimas, las que tienen que frenar estos ilícitos.

Erradicar la cultura del silencio, mediante la denuncia asistida, sin estereotipos sobre la víctima, sin revictimizar mediante interrogatorios degradantes con el manejo científico adecuado y rápido se podrá desaparecer el miedo a la denuncia.

Medicina preventiva asistida por las ciencias sicológicas ayudaría no solo cuando se ha consumado el delito, sino cuando se denuncia el intento del delito, la participación de expertos en criminalista ayudaría a evitar el cometimiento de estos delitos, es decir crear un cuerpo colegiado que consientes de la responsabilidad en el manejo de los procedimientos de la

cadena de custodia aporten la evidencias para que el Juzgador aplique la Ley.

"El delincuente, como actor en el lugar de los hechos, deja indicios de su presencia y de la actitud de sus conducta, llevándose también de ese lugar cualquier cosa por sencilla que sea; que en lo posterior nos da indicios plenos de identificación u orientación, generalmente existe una víctima o destinatario de la conducta delincuencial que también aporta estos indicios, cerrando de esta manera una interacción entre ellos: autor, victima víctima y lugar de los hechos[11]".

Si en la investigación no se aprovecha todos los indicios recogidos en la escena de los hechos y después de no haber observado los procedimientos de la cadena de custodia siempre dejara la oportunidad de contradecir la prueba al momento de ser judicializada.

El comienzo de la cadena de custodia se da con la protección del lugar de los hechos por parte de la Policía Judicial, "se debe determinar lo que ha sucedido y en un momento dado reconstruir lo acontecido en el lugar de los hechos, es indispensable en primera instancia realizar una evaluación, análisis y protección, para posteriormente colectar todos los indicios, lo cual es materialmente imposible cuando la escena no ha sido protegida y conservada adecuadamente", según el Manual de la Cadena de Custodia de la Policía Judicial.

En el caso de violación la recolección de indicios es necesario un manejo especial, ya que la recolección de los indicios o evidencias que se encuentre ayudara a que se identifique al agresor por los restos de material genético que se pueden hallar en la escena del crimen así como en la victima y todas sus pertenencias.

La víctima se debe desvestir sobre pliegos de papel blanco. De esta manera se puede facilitar la recuperación de pelos, fibras, tierra o de cualquier otro tipo de evidencia traza que pueda aportar información dentro del proceso de investigación.

La localización de los indicios requiere de una observación minuciosa por parte de los responsables hacia la escena del crimen y la víctima, para luego pasar a la recolección y embalaje, cada indicio biológico tendrá sus particularidades acerca de su manejo. Dentro de los indicios biológicos principales podemos encontrar:

Semen.- Es una "secreción producida por los testículos y las glándulas que contienen espermatozoides, más los productos de secreción glandulares. En conjunto forman el líquido seminal."

Este tipo de evidencia es de mayor incidencia en casos delitos sexuales junto con otros tipos de evidencia biológicas.

"Siempre se debe realizar una inspección de la piel de la víctima, con la finalidad de buscar manchas sospechosas de semen. El uso de una lámpara de luz ultravioleta puede ayudar a su localización puesto que estas presentan una fluorescencia característica dada por la composición del fluido seminal". (Castro, 2001) Los rastros de semen son determinantes dentro del proceso penal, pues se podría determinar al agresor y por lo tanto vincularse dentro de la investigación criminal. Los residuos de semen es una evidencia que ayudaría a la identificación del agresor.

"Se debe recoger la mancha con un hisopo estéril ligeramente mojado con agua destilad. Limpiar todo el área presionado suavemente y si es posible con un solo hisopo".

Sangre.- La sangre es uno de los indicios que pueden encontrase dentro del lugar de los hechos, ayudando a la reconstrucción de las escena y a identificar a los posibles involucrados. La sangre puede encontrarse liquida o

seca, en las prendas de los involucrado y en la escena del crimen y su aspecto va a variar de acuerdo al tiempo que se haya derramado, mientras más antigua será más oscura.

Pelos.- Este tipo de evidencia está asociada con crímenes que involucran contacto físico tales como homicidios, asaltos sexuales, hurtos y accidentes de tránsito en los cuales se lesione a una persona. La recolección de los pelos debe ser con técnicas especiales ya que por su tamaño a veces pasan inadvertidos o no se los recoge correctamente, olvidando por parte de la autoridades la importancia de este indicio en el proceso investigativo.
"Las estructuras filamentosas deben ser consideradas como evidencia física potencial en los casos de delitos sexuales, en donde por la naturaleza del delito, las características de fácil transferencia y adherencia de este tipo de evidencia, sigue el principio de intercambio o ley de Locard". Por consiguiente es primordial que se revise todo el lugar de los hechos, además al ser fácil de adherirse, se den buscar en las prendas de la víctima así como del presunto agresor si existirá.

Secreciones.- En ocasiones es de vital importancia identificar fluidos corporales poco comunes como la saliva, Lagrimas, orina, materia fecal, líquido amniótico, secreción nasal. Todos estos fluidos no son muy habituales de identificarse, sin embargo la recolección y su posterior análisis son una pieza fundamental en el esclarecimiento de los hechos, considerando que cada fluido tiene características específicas.

Saliva.- La saliva es una evidencia no muy común, y difícil de encontrar a comparación de otros fluidos como la sangre o semen. "Esta técnica tiene un buen valor en la búsqueda de manchas presuntamente originadas por el depósito de saliva sobre el cuerpo de las víctimas, principalmente de asalto sexual."

Al momento de realizarse el examen Médico Legal se debe buscar en el cuerpo de la víctima, la localización de la saliva dependerá de la relación con los hechos.

“Todos los fluidos biológicos enumerados se recomienda especial cuidado con la cadena de refrigeración , dado que la mayoría de los análisis son de naturaleza bioquímica y en ellos se busca su actividad enzimática la cual se puede perder por acción de la temperatura humedad o contaminantes” Los diferentes indicios anteriormente descritos, que se descubren por parte de los investigadores (Policía Judicial) en el lugar de los hechos o en la victima están estrechamente relacionados en el delito de violación y son de gran valor para el esclareciendo de los hechos.

En el año 2008, la Constitución da un cambio radical, es así que la Asamblea Nacional del Ecuador, publica en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre; en el Capítulo VI art.66 “se reconoce y garantizará a las personas, el derecho a la inviolabilidad de la vida. No habrá pena de muerte y el derecho a la integridad personal, que incluye la física, psíquica, moral, sexual. Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar, y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niños, niñas, y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilida; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. La prohibición de la tortura, la desaparición forzada y los tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes y la prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos”. Al respecto nuestra Constitución Política de la República protege la integridad sexual.

En el Código Penal ecuatoriano, con la reforma del 23 de junio del año 2005, publicada en el RO 45, fusiona la agresión sexual y el delito de violación, estableciéndose el tipo penal de violación, el mismo que se mantiene en el

Código Orgánico Integral Penal con mínimos cambios en el art. 171 y que define a la violación como el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción por vía anal o vaginal, de los objetos dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo en los siguientes casos:

1. Cuando la víctima se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiere resistirse,
2. Cuando se use violencia, amenaza o de intimidación.
3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

Este artículo hace referencia a la introducción por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, por lo cual tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos y pasivos del delito de violación sexual.

La sanción en el delito de violación sexual; en el artículo 171 de nuestro Código Orgánico Integral Penal, señala:

“Quien la comete, será sancionado con pena privativa de la libertad de diecinueve a veintidós años…”

Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psíquico permanente.
2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.
3. La víctima es menor de diez años.
4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del ambiente íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.
5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo.

En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Este mismo cuerpo legal en su artículo 453 determina la finalidad de la prueba: “La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada. Es así que el tema de esta investigación es importante para llegar a establecer la veracidad y eficacia del examen realizado por el médico forense, herramienta que comprobará la existencia del delito y la responsabilidad del procesado y no solo su participación en el hecho.

Los indicios son los resultantes de la infracción, pueden ser físicos, químicos o biológicos, se pueden encontrar o no en la escena del delito y pueden o no ser producto de este. Estos indicios tienen que ser analizados por expertos o peritos para que se transformen en evidencias o pruebas irrefutables del hecho, la participación de los involucrados y su responsabilidad.

Todos los indicios tienen que ser recogidos y conservados, estudiados por peritos para poder ser valorados por los tribunales de garantías penales. así podríamos decir que mediante el examen médico forense se deben obtener las evidencia necesarias, para que se identifique el delito y a su hechor.

Es importante que se llegue a establecer un protocolo eficaz de actuación forense en los delitos de violación sexual, por ser una de las pruebas de mayor valor para los jueces de los tribunales de garantías penales, quienes determinan la sentencia de culpabilidad o inocencia del imputado, a través de estos informes.

El Diccionario de la Real Academia de Lengua Española define la violación, como: “Acción y efecto de violar” y violar es “Tener acceso carnal con una mujer por fuerza o hallándose privada de sentido, o cuando es menor de doce años”. Sin embargo esta definición dista mucho de ser aceptada, ya que enmarca únicamente como sujeto pasivo de violación a las mujeres;

además al referirse al acceso carnal, se puede colegir que considera como sujeto activo de la violación exclusivamente al hombre, quien es el único capaz de acceder carnalmente a otro.

Varios son los autores que han ofrecido diferentes definiciones acerca del delito de violación, entre los que podemos destacar los siguientes:

Para el Profesor Alfredo Etcheberry, la violación es “El acceso carnal de un varón a una mujer sin la voluntad de ésta” El profesor Etcheberry nos trae un concepto limitado, sin hacer referencia a todo lo que encierra el delito de violación, al padecer del mismo defecto que el aquel dado por la Real Academia, puesto que considera únicamente como sujeto pasivo de violación a la mujer y como sujeto activo al hombre.

Sebastián Soler, autor chileno, sostiene que la violación es “El acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta”; así también Bonadelly, trae una definición similar al señalar que “El delito de violación consiste en el acceso carnal con personas de uno u otro sexo, ejecutado sin consentimiento o contra su voluntad; mediante violencia real o física, como por amenaza grave o intimidación presunta”

Estas definiciones son más amplias que las dos citadas anteriormente ya que mencionan como sujeto pasivo del delito a las personas en general, sin hacer distingos entre mujer y hombre. Sin embargo, cae en el mismo error que Etcheberry al mencionar únicamente el acceso carnal, y por ende calificar como sujeto activo de tipo violación, solamente al hombre.

Una definición que merece mención es la dada por el autor Peruano Miguel Noguera Ramos, quien manifiesta que el delito de violación sexual es “El acto sexual o análogo practicado contra la voluntad de una persona que inclusive puede ser su cónyuge o conviviente (del sujeto activo); mediante la utilización física o grave amenazada que venza su resistencia”. Noguera Ramos al conceptualizar al delito de violación como el acto sexual y no únicamente como acceso carnal, escapa al defecto de los autores anteriores, de esta definición se puede entender que la mujer también podría

ser calificada como sujeto activo del delito, además cabe rescatar un elemento novedoso que menciona Noguera Ramos y es el que se refiere al sujeto pasivo incluyendo al cónyuge o al conviviente, cuando se configuren la utilización física o amenaza.

Es necesario hacer referencia al concepto de violación que se maneja en el Derecho Internacional : “La invasión sexual que se realiza con una persona, sin diferencia de género, practicado en contra de su voluntad, mediante el uso de la violencia, la amenaza, o el aprovechamiento de determinadas circunstancias en que se encuentra el otro”, mismo que ha sustituido el término “penetración sexual “por el de “invasión sexual” para que resultara neutro en cuanto al género de la víctima así dicho término incluye no solo la penetración de un órgano sexual, sino también cualquier tipo de abuso sexual con objetos o partes del cuerpo. Este concepto ha sido clave para muchas legislaciones latinoamericanas donde todavía se define a la violación como “acceso carnal”, reduciéndose a la penetración del órgano sexual masculino.

La anterior definición encierra los siguientes elementos:

1. Invasión sexual, este concepto hace referencia tanto al acceso carnal como a la introducción de objetos o instrumentos diferentes al miembro viril masculino, en la víctima, lo que si hace referencia nuestra legislación.
2. Sin diferencia de género: con esto se quiere precisar que tanto hombre como mujer pueden ser considerados sujetos activos o pasivos del delito de violación.
3. Voluntad: el elemento imperativo de la violación es el abuso de la libertad sexual de la víctima, cuya voluntad o conciencia está deprimida o anulada.
4. Violencia, amenaza o determinadas circunstancias en que se encuentra la víctima estas circunstancias constituyen el elemento objetivo del tipo penal de violación.

COMPARACIÓN CON LEGISLACIONES ECUROPEAS Y LATINOAMERICANAS

Códigos Penales Europeos.- EL Código Penal Italiano, considera como víctima posible de violación a personas de cualquiera de los dos sexos, en tanto que el Código Penal Español y el de la República Federal de Alemania, establecen que la mujer puede ser la única víctima.

Códigos Penales Latinoamericanos.- La tipificación del delito de violación, en los distintos Códigos penales latinoamericanos, se puede clasificar en dos grandes grupos. En el primero se considera como víctima a la persona de uno u otro sexo, al igual que nuestra ley penal. Segundo determina como víctima posible sólo a la mujer.

Dentro del primer grupo se encuentran: Bolivia, en su artículo 308, Colombia, en su artículo 316, Costa Rica, en su artículo 156, Argentina en su artículo 119, Haití, en su artículo 279, Panamá en su artículo 281, Paraguay en su artículo 314, El Salvador en sus artículos 192 a 196, Uruguay en su artículo 272, Venezuela, en su artículo 375 y México en su artículo 265, que a la letra dice:

Art. 265. “Al que por medio de la violencia física o moral tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo, se le aplicarán las penas de dos a ocho años de prisión y multa de dos mil a cinco mil pesos. Si la persona ofendida fuere impúber, la pena de prisión será de cuatro a diez años y la multa de cuatro mil a ocho mil pesos”.

Dentro del segundo grupo se encuentran: Brasil, en su artículo 213, Cuba, en su artículo 482, Chile, en su artículo 361, República Dominicana, en su artículo 332, Guatemala en su artículo 173, Honduras en su artículo 436, Nicaragua, en su artículo 195, Perú en sus artículos 196 a 198 y en Puerto Rico, en su artículo 99. 28.

En lo que se refiere a la legislación latinoamericana y para efectos de nuestro estudio, nos basaremos en el Código Penal argentino, que en su libro segundo DE LOS DELITOS, Título III DELITOS CONTRA LA HONESTIDAD, Capítulo II VIOLACION Y ESTUPRO:

Art. 119 del Código Penal que prescribe:

“Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo, cuando esta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia de autoridad o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción”.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancia de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediante las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

a) Resultare un grave daño a la salud física o mental de la víctima,

b) El hecho fuere cometido por ascendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación, o de la guardia,

c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio.

d) El hecho fuere cometido por dos o más personas o con armas.

e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones.

f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente en el mismo, en el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a,b,,d,e,o f.29

La legislación argentina habla de la integridad como el bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual que encierra como elementos objetivos para que este llegue a configurar; la edad, la violencia, la amenaza, el abuso coactivo, la intimidación, en una relación de dependencia o de autoridad o cualquier causa por la que la víctima no haya podido consentir libremente en

la acción. En esta parte la diferencia con nuestra legislación reside en que algunos de los elementos que constituirían agravantes en el delito de violación según el Código Penal ecuatoriano, resulta ser elementos objetivos para el código penal argentino, los mismos que una vez que se presenten podrían ser suficientes para considerar a un acto como delito de violación, así por ejemplo tenemos la intimidación en las relaciones de independencia, de autoridad o de poder.

La normativa penal argentina hace referencia en general al abuso sexual, en el que tanto el hombre como la mujer podrían ser considerados sujetos pasivos y activos indistintamente, agravando la pena en caso de que exista acceso carnal, y bajo esta circunstancia únicamente el hombre seria calificado como sujeto activo, pues solo él puede acceder carnalmente a otra persona. Además, el articulo antes descrito, trae una serie de eventos en los que así mismo, las sanciones son mayores y que tienen que ver principalmente con las secuelas físicas y psicológicas que el delito pueda dejar en la victima así como con el parentesco, la relación entre el agresor y el sujeto pasivo y los medios utilizados por el sujeto activo para lograr el abuso sexual, lo cual asemeja a nuestra legislación.

Ahora nos basaremos para nuestro estudio en España

Así el Código Penal español contempla el delito de agresión sexual en varios de sus artículos, así:

Art. 178.- “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años”

Art. 179.- “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”.

Art. 180.- 1. “Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cuatro a diez años para las agresiones del Artículo 178, y de doce a quince años para las del Artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

1. ª Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.
2. ª Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.
3. ª Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, y, en todo caso, cuando sea menor de trece años.
4. ª Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.
5. ª Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los Artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.
2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este Artículo se impondrán en su mitad superior".

Los artículos antes indicados el título VIII del Código Penal español que trata de los delitos contra la libertad sexual, de modo tal que no hay duda de que en esta legislación, el bien jurídico protegido es la libertad sexual.

Las diferencias que se pueden colegir con respecto a nuestra legislación penal en cuanto al delito de violación sexual, son las siguientes:

- El Código Penal español habla del delito de agresión sexual y el ecuatoriano se refiere específicamente a la violación sexual que se encuentra en el título VIII "de la Rufianería y corrupción de menores "capítulo II "del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro".
- La legislación española no se refiere a la amenaza, sino solo a la intimidación; mientras que en nuestro código penal la amenaza, además de la intimidación, si está prevista para que se configure el delito de violación; sin embargo, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española, no hay diferencias semánticas entre la palabra amenaza y la palabra intimidación, por lo que consideramos que usarlas indistintamente no trae dificultades.

Las penas en la legislación española para los delitos de violación son menos severas que en el caso de la legislación ecuatoriana, ya que se habla de prisión, cuando en nuestra legislación se puede llegar a sancionar hasta con reclusión mayor extraordinaria.

f. HIPÓTESIS

El protocolo para la realización del examen médico legal en víctimas del delito de violación sexual, no obtiene suficiente información para determinar la existencia de la infracción, relacionar a los participantes en la acción violenta y su grado de participación y no genera pruebas irrefutables dentro del Proceso Penal.

g. METODOLOGÍA

g.1. MÉTODOS

La modalidad a utilizarse será cuantitativa- cualitativa, es cuantitativa si es medible numéricamente o cualitativo si no admite medición numérica. Es así que el número de víctimas y la condición económica con la cuenten cada uno de ellos son caracteres cuantitativos mientras que el sexo y el estado civil son caracteres cualitativos.

El trabajo investigativo se circunscribe al estudio de las normas penales, tomando como medios de referencia la Constitución de la República del Ecuador, y por supuesto las legislaciones internacionales sobre los protocolos que se utilizan para realizar la experticia médico legal en delitos de violación. La investigación se incluirá los años 2011-2014; conociendo que los delitos de violación han aumentado en número en los últimos años. De esta manera daremos una respuesta a cada uno de los puntos planteados en la presente temática.

Dada la naturaleza del fenómeno jurídico sometido a la investigación utilizaremos los siguientes métodos:

g.1.1. MÉTODO DEDUCTIVO.- "Se parte de los aspectos y principios generales conocidos, aceptados como válidos por la ciencia, los que por medio del razonamiento lógico y la síntesis, se pueden deducir suposiciones o explicar los hechos particulares; significa que sacamos determinadas consecuencias de algo generalmente aceptado, por medio de la comparación y demostración en un proceso sintético-analítico del todo a la parte"

g.1.2. MÉTODO DEDUCTIVO – ANALÍTICO.- "Este método se utiliza para descomponer o desintegrar el hecho que se investiga, un problema, una entidad jurídica, una norma vigente; en sus deferentes elementos, (partes) que hacen el todo, explicando sus implicaciones con ese todo, sin perder la visión que la hace parte del todo, pues cada parte tiene sus propias características y estructura, dentro de la estructura que hace parte del todo".

g.1.3 MÉTODO EXEGÉTICO.- "Consiste en la interpretación y explicación literal de la norma; se explica el contenido, se expone el sentido y se determina el alcance de la letra de la Ley y las expresiones que la originaron en la forma como el legislador la elaboró. Tratando de desentrañar la intención y voluntad del autor, su autenticidad e intencionalidad, para su aplicación por parte del juez o la administración de las entidades y el Estado".

g.1.4 MÉTODO COMPARATIVO.- "Este método nos permite establecer comparaciones jurídicas, semejanzas y diferencias, con las similares que rigen en otros países, por supuesto evidenciar la bondad de ellas en su aplicación, como experiencias válidas para nuestra sociedad".

g.1.5 MÉTODO MATERIALISTA HISTÓRICO.- Permitirá conocer el desarrollo del delito de violación, sus orígenes y evolución. Este conocimiento permitirá comparar las realidades pasada y actual, y proponer mejoras sustanciales en su valoración.

g.1.6 MÉTODO INDUCTIVO.- Este método me permitirá investigar partiendo desde lo particular para llegar a lo general.

g.1.7 MÉTODO DEDUCTIVO.- Se parte de lo general para arribar a lo particular y singular del problema que en el caso de mi tema.

g.1.8 MÉTODO DESCRIPTIVO.- Este método permite realizar una descripción objetiva de la realidad actual en la que se desarrolla el problema.

g.1.9 MÉTODO SINTÉTICO.- Una vez segmentada y analizado las normas del Código de Procedimiento Civil, y los conceptos y definiciones de demanda, improcedencia de la demanda, estableceré un texto claro del problema que existe en dicha norma.

g.1.10 MÉTODO DESCRIPTIVO.- Describiré el ambiente actual y la norma con la cual, se produce el acontecimiento jurídico investigado.

g.1.11 MÉTODO ESTADÍSTICO.- Me servirá para realizar la tabulación de la recolección de datos realizados mediante la encuesta.

g.2 *TÉCNICAS*

Se la denomina así porque la información se la recogerá por medio de la aplicación de instrumento de trabajo como lo son los formularios para: encuesta, entrevista y observación directa. En lo posible se realizará una entrevista con los familiares de las víctimas de éstos delitos. Las técnicas que se utilizarán en el desarrollo de la investigación, serán: la observación, la entrevista, la encuesta.

g.2.1. **LA OBSERVACIÓN.-** se revisarán los borradores de exámenes médicos legales realizados durante los años a los que corresponde la investigación.

g.2.1. **LA ENTREVISTA.-** "Es una técnica para recolectar información muy difundida, se realiza mediante preguntas formuladas con anticipación a personajes conocedores o estudiosos de la materia- problemática a investigar".

G.2.3. **LA ENCUESTA.-** Es la técnica más utilizada para recoger información, se hace efectiva por medio de los cuestionarios, que son elaborados de acuerdo a los indicadores.

g.3 *INSTRUMENTOS*

Toda técnica de investigación requiere de instrumentos, los que sirven para registrar, clasificar y almacenar la información. Las técnicas a utilizar en esta investigación son:
Técnica del gabinete o documental.- Ficha Bibliográfica.- Ficha Nemotécnica.- "Ficha Hemerográfica.- "Técnica de Campo.- Encuesta.-

g.3.1. TÉCNICAS DE GABINETE:

Para la recolección de la información utilizaré fichas bibliográficas, fichas mnemotécnicas de transcripción y mnemotécnicas de comentario, con la finalidad de recolectar información doctrinaria, así mismo mantendré un cuaderno de campo para anotar todos los aspectos relevantes que se puedan establecer durante la investigación casuística y en la recolección de la información a través de la aplicación de las técnicas de la encuesta y la entrevista.

g.3.1.1. FICHAS BIBLIOGRÁFICAS. - “Contiene la descripción y catalogación de una obra”. “Es la que nos permite anotar a un libro, resaltando datos como el título de la obra, el nombre del autor, editorial, país y número de páginas totales”.

g.3.1.2. FICHAS HEMEROGRÁFICAS.- Esta ficha se utiliza para guardar o datos de alguna revista o periódico. “Al igual que las bibliográficas, son fichas, en las cuales se pueden anotar revistas, periódicos, etc.”

g.3.1.3. FICHAS NEMOTÉCNICAS.- Se llama también ayuda memoria o ficha de trabajo, es un verdadera herramienta en el trabajo intelectual de investigación, en ella podemos escribir todo cuando uno lee, estudia, piensa, escucha”.

Finalmente los resultados de la investigación recopilada durante su desarrollo serán expuestos en el informe final el que contendrá la recopilación bibliográfica y análisis de los resultados que serán expresados mediante cuadros estadísticos; continúa con la comprobación de los objetivos y la verificación de la hipótesis planteada, para finalizar redactando las conclusiones, recomendaciones.

h. CRONOGRAMA DE TRABAJO

TIEMPO / ACTIVIDADES	2015- 2016																											
	ABRIL				MAYO				JUNIIO				JULIO				AGOSTO				SEPTIEMBRE				OCTUBRE			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Elaboración del perfil de proyecto	X	X																										
Aprobación del proyecto y designación del director de tesis			X	X																								
Revisión de Literatura Marco Conceptual, Doctrinario, Jurídico y Legislación comparada					X	X	X	X																				
Trabajo de Campo y procesamiento de la información									X	X	X	X	X	X	X	X												
Verificación de hipótesis Formulación de conclusiones y recomendaciones																	X	X	X	X								
Elaboración del informe de Final y Presentación del informe Final																					X	X	X	X	X	X	X	X

i. PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO

Recursos Humanos:

Tutor

Postulante

Expertos en Medicina legal

Funcionarios del Departamento de Medicina legal.

Recursos Técnicos:

Dictámenes periciales nacionales e internacionales

Estadísticas

Recursos Materiales:

Cds, bolígrafos, resaltadores, papelería, suministros de oficina, equipo de computación, grabadora, vehículo etc.

Recursos Financieros:

Los gastos en el presente trabajo, serán financiados con los recursos del postulante

i.2. RECURSOS MATERIALES

CONCEPTOS	VALORES
Hojas de papel bond	$ 40.00
Discos compactos	$ 30.00
Esferográficos, lápices	$ 10.00
Textos y copias	$ 600.00
Movilización	$ 100.00
Internet	$ 50.00
Impresión	$ 100.00
TOTAL	$ 830.00

i.3 RECURSOS ECONÓMICOS (PRESUPUESTO)

Para la presente investigación el costo será: de OCHOCIENTOS TREINTA DÓLARES AMERICANOS, que comprende la adquisición de material bibliográfico necesario para el desarrollo del trabajo, la búsqueda en internet, la elaboración del borrador de tesis, presentación de resultados finales y movilización.

j. BIBLIOGRAFÍA

Referencias

1.- García P, Oviedo M, Lombeida C, et al. Manual de Procedimientos Investigativos de la Fiscalía – Policía Judicial 2010. 1ra edición. Quito: Grupo Internacional "Lex Medix": 2010. pp. 15 - 20.

2.- Donoso A. Derecho penal. 2da edición. Quito: Editora Jurídica Cevallos: 2005. pp. 82-84.

3.- Bonnet Pablo. Lecciones de Medicinas Legal. 3 era reimpresión. Buenos Aires: López Libreros Editores: 2000. pp. 123 – 130.

4.- Kvitko Luis. La violación. 3ra reimpresión. Buenos Aires: Trillas: 200. pp. 17 – 100.

5.- Basile Alejandro. Fundamentos de Medicina Legal. 4ta edición. Buenos Aires: Editorial El Ateneo: 2001. pp. 153 – 173.

6.- Riu JA, Travella G. Lesiones. 5ta edición. Buenos Aires: Lema editora: 2005. pp. 219 – 224.

7.- Vargas A. Medicina Legal. 3ra edición. San José: Editorial Trillas: 200. Pp. 251 – 277.

8.- Alfredo Etcheberry. Derecho Penal, Tomo II. Santiago de Chile, Editorial Jurídica, edición tercera, 1998. Pág. 338.

9.- Antonio Bascuñán Rodríguez. Delitos Contra la Autodeterminación Sexual. Santiago de Chile, Editorial Mimco, 1998.

10.- Dr. Zavala Baquerizo, El Debido Proceso Penal, Editorial Endino 2002.

11.- Dr. Bonnet Pablo, Muerte Violenta, Editorial Universidad de Buenos Aires 2003.

12.- Cueva Carrión Luis, Valoración Jurídica de la Prueba Penal, Ediciones Cueva Carrión 2008.

13.- Caferata José, Maximiliano Hairabedián. La prueba en el Proceso Penal. Editorial Lexis Nexis. Buenos Aires 2011.

14.- Dr. Siguenza Bravo Marco. La prueba en Materia Penal. Editorial Sigmar 2004

15.- Cabanellas de las Cuevas Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta 2006.

16.- Abarca Galeas, Delitos Sexuales, Editorial Jurídica del Ecuador 2008

17.- Lencioni, Leo Julio. Sexologia y Tocogenecologia Medico Lega. 1ra Editorial Rosatio, Buenos Aires, 2005. Pag. 282.

18.- Mensías Pavón Fabian. Psicología Jurídica y Psiquiatría Forense, Editorial Facso. 1ra Edición 2006. Pag 326.
19.- Yunis Emilio Jose, El ADN en la identificación humana. Editorial Temis. Bogota Colombia 2006. Pag. 219.

INDICE

PORTADA ……..… i

CERTIFICACIÓN…… ii

AUTORÍA…….. iii

CARTA DE AUTORIZACIÓN…….. iv

DEDICATORIA……... v

AGRADECIMIENTO……..… vi

TABLA DE CONTENIDOS…….. vii

a. TITULO……... 1

b. RESUMEN…….…… 2

ABSTRACT……..…….. 4

c. INTRODUCCIÓN…….… 6

d. REVISIÓN DE LITERATURA……..……..……..…. 9

e. MATERIALES Y MÉTODOS…… 84

f. RESULTADOS…… 90

g. DISCUSIÓN……..…… 101

h. CONCLUSIONES…….…… 108

i. RECOMENDACIONES…….. 109

9.1. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA……..… 111

j. BIBLIOGRAFÍA…….…….…… 122

k. ANEXOS……..... 126

ÍNDICE…….. 162