



Universidad Tecnológica ECOTEC

Facultad de Derecho y Gobernabilidad

Título del trabajo:

Caracterizar la efectividad del protocolo de peritajes forenses en casos de violación a menores de 14 años de la ciudad de Guayaquil 2021-2022

Línea de Investigación:

Gestión de las Relaciones Jurídicas

Modalidad de titulación:

Proyecto de Investigación

Carrera:

Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas

Título a obtener:

Abogada

Autor (a):

Carmen Angelica Briceño Lituma

Tutor (a):

Rosa Andrea Portero Ortiz, Mgtr.

Guayaquil-Ecuador

2022

AGRADECIMIENTOS / DEDICATORIA

A Dios, por darme la fortaleza y sabiduría para llegar a este día tan anhelado, a mis padres por ser parte primordial en este proceso, por su amor y apoyo incondicional; a mi hermano por siempre alentarme a seguir adelante.

A mi fiel compañero Tommy, quien estuvo conmigo en las largas madrugadas de estudio, y a mi gatito Sean, quien ha sido mi soporte emocional y compañero en la última etapa de mi vida universitaria.

A todos y cada uno de los docentes, por su guía y conocimientos impartidos para mi desarrollo como profesional; a mis compañeros y amigos con quienes compartí momentos gratos de este proceso estudiantil.

CERTIFICADO DE REVISIÓN FINAL



ANEXO N° 14

CERTIFICADO DE APROBACIÓN DEL TUTOR PARA LA PRESENTACIÓN A REVISIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Samborondón, 08 de diciembre de 2022

Mgtr. Mario Cuvi Santacruz
Decano de la Facultad
Derecho y Gobernabilidad
Universidad Tecnológica ECOTEC

De mis consideraciones:

Por medio de la presente comunico a usted que el trabajo de titulación TITULADO: **“Caracterizar la efectividad del protocolo de peritaje forense en casos de violación a menores de 14 años de la ciudad de Guayaquil 2021-2022”**, según su modalidad PROYECTO DE INVESTIGACIÓN, fue revisado, siendo su contenido original en su totalidad, así como el cumplimiento de los requerimientos establecidos en la guía para la elaboración del trabajo de titulación, Por lo que se autoriza a: Carmen Angelica Briceño Lituma, para que proceda a su presentación para la revisión de los miembros del tribunal de sustentación.

ATENTAMENTE,

Rosa Andrea Portero Ortiz, Mgtr

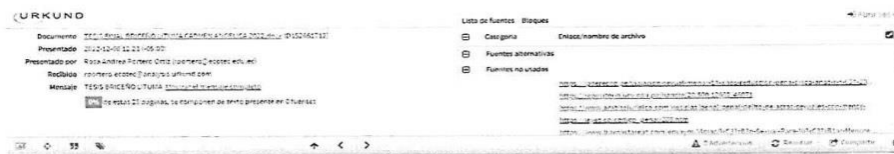
Tutor(a)

CERTIFICADO DE PORCENTAJE DE COINCIDENCIAS DE PLAGIO



UNIDAD DE INTEGRACIÓN CURRICULAR CERTIFICADO DEL PORCENTAJE DE COINCIDENCIAS DEL TRABAJO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR

Habiendo sido revisado el trabajo de integración curricular TITULADO: “Caracterizar la efectividad del protocolo para peritaje forense en casos de violación a menores de 14 años de la ciudad de Guayaquil 2021-2022” según su modalidad PROYECTO DE INTEGRACIÓN CURRICULAR elaborado por **CARMEN ANGELICA BRICEÑO LITUMA** fue remitido al sistema de coincidencias en todo su contenido el mismo que presentó un porcentaje de coincidencias del 0% mismo que cumple con el valor aceptado para su presentación que es inferior o igual al 10% sobre el total de hojas del Trabajo de integración curricular. Se puede verificar el informe en el siguiente link: <https://secure.orkund.com/old/view/145760530-222995-968585#q1bKLVayio7VUSrOTM/LTMTMTsxLTIWYmqqFAA==>. Adicional se adjunta print de pantalla de dicho resultado.



ATENTAMENTE,

ANDREA
GABRIELA ZULETA
SANCHEZ

Firmado digitalmente por
ANDREA GABRIELA ZULETA
SANCHEZ
Fecha: 2022.12.08 16:09:46
-05'00'

Firma 1

Mgtr. Andrea Gabriela Zuleta Sánchez
Tutor(a) metodológico

Firma 2

Mgtr. Rosa Andrea Portero Ortíz
Tutor(a) de la ciencia

RESUMEN

La presente investigación centró su estudio en caracterizar la efectividad del protocolo de peritaje forense usado por peritos/médicos legistas acreditados en casos de violación en contra de menores de 14 años de edad de la ciudad de Guayaquil 2021-2022, que es un grupo vulnerable ya que se trata de niños, quienes por lo general desconocen de la actividad sexual y de lo que implica. Para brindar seguridad jurídica a las víctimas de este delito, es necesario que los operadores de justicia utilicen protocolos actualizados, que aseguren la correcta praxis al momento de recolectar los indicios resultantes del cometimiento del delito de violación. El problema expuesto, fue resuelto a través de un análisis doctrinario comparativo del protocolo y legislación que mantiene Ecuador con otros países como Argentina y Perú. Así mismo, se planteó la propuesta parcial de reforma al Protocolo de Peritajes Forenses del 2014 emitido por la Fiscalía General del Estado Ecuatoriano; dicha propuesta de reforma ha sido obtenida a través del enfoque cualitativo, con el uso de entrevistas a especialistas en el área de delitos sexuales.

Palabras claves: violación, menores, protocolo, peritaje forense, médico legal.

ABSTRACT

The present investigation focused its study on characterizing the effectiveness of the forensic expertise protocol used by accredited legal experts/medical practitioners in cases of rape against minors under 14 years of age in the city of Guayaquil 2021-2022, which is a vulnerable group since that these are children, who are generally unaware of sexual activity and what it implies. In order to provide legal certainty to the victims of this crime, it is necessary for justice operators to use updated protocols, which ensure the correct praxis at the time of collecting the evidence resulting from the commission of the crime of rape. The exposed problem was solved through a comparative doctrinal analysis of the protocol and legislation that Ecuador maintains with other countries such as Argentina and Peru. Likewise, the partial proposal to reform the Protocol of Forensic Expertise of 2014 issued by the Attorney General of the Ecuadorian State was raised; said reform proposal has been obtained through the qualitative approach, with the use of interviews with specialists in the area of sexual crimes.

Keywords: rape, minors, protocol, forensic expertise, legal medicine.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS / DEDICATORIA	II
CERTIFICADO DE REVISIÓN FINAL	III
CERTIFICADO DE PORCENTAJE DE COINCIDENCIAS DE PLAGIO.....	IV
RESUMEN	V
ABSTRACT	VI
INTRODUCCIÓN	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
OBJETIVOS	5
Objetivo General	5
Objetivos Específicos.....	5
JUSTIFICACIÓN	6
CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO	8
1.1 Definición y Breves rasgos de los Delitos Sexuales.....	9
1.2 Generalidades respecto del tipo penal de violación	11
1.2.1 Definición y características de la violación.....	11
1.2.2 Tipos de violación	12
1.2.3 Violación a menores de 14 años.....	13

1.2.4	Casos de violación a menores de 14 años de edad en la ciudad de Guayaquil	15
1.3	Importancia de la Prueba Pericial en el proceso penal de violación	16
1.3.1	Concepto y generalidades de la prueba.....	16
1.3.2	La prueba en el proceso penal. Generalidades y clases de medios probatorios.....	16
1.3.2.1	Generalidades de la Prueba Penal.....	16
1.3.2.2	Clases de Prueba dentro del proceso penal.....	18
1.3.2.3	Prueba Documental.....	18
1.3.2.4	Prueba Testimonial.....	19
1.3.2.5	Prueba Pericial.....	20
1.4	Peritaje Forense en casos de violación a menores de 14 años.....	21
1.4.1	Aspectos previos.....	21
1.4.2	Descripción del Protocolo para Peritaje Forense emitido por la Fiscalía General del Estado.....	22
1.4.2.1	Generalidades.....	22
1.4.2.2	Descripción del Protocolo.....	23
1.4.2.3	Validez probatoria del Informe pericial en el proceso penal.	24
1.4.2.4	Diversas falencias en el protocolo para peritaje forense.....	26

1.5 Comparación con otros protocolos de peritaje forense para delitos sexuales en otras naciones	27
1.5.1 Protocolo para peritaje forense en Argentina	27
1.5.2 Protocolos de peritaje forense usados en el Perú	30
1.6 Marco Legal Aplicable	32
1.6.1 Constitución de la República del Ecuador.....	32
1.6.2 Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos	33
1.6.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos	33
1.6.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	33
1.6.2.3 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José).....	34
1.6.2.4 Declaración de los Derechos del Niño	34
1.5.2.5 Convención sobre los Derechos del Niño	34
1.6.2.5 Código Orgánico Integral Penal	35
1.7 Legislación Comparada respecto al tema de investigación.....	35
1.7.1 El delito de violación a menores en la Legislación Peruana	35
1.7.1.1 Descripción del tipo penal de violación.....	35
1.7.1.2 El delito de violación a menores en la Legislación Argentina	36
CAPÍTULO 2. METODOLOGÍA DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN	38
2.1 Enfoque de la investigación	39

2.2 Tipos de Investigación empleados.....	39
2.2.1 Investigación explicativa.....	39
2.3 Periodo y lugar donde se desarrolló la investigación	40
2.4 Universo y Muestra	40
2.5 Métodos de Investigación utilizados	41
2.5.1 Método Deductivo	41
2.5.2 Método Analítico.....	41
2.5.3 Método Empírico	42
2.6 Técnica de Investigación usada en el presente trabajo	42
2.6.1 Entrevistas.....	42
 CAPITULO 3. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN	
.....	44
3.1. Entrevistas a Peritos Médicos Legales	45
3.2. Entrevista a Agente Fiscal	51
Análisis de los Resultados de las entrevistas a expertos.....	54
 CAPÍTULO 4. PROPUESTA	56
4.1 Justificación de la propuesta.....	57
4.2. Propuesta de Reforma parcial al Protocolo para Peritaje Forense en casos de violación expedido por la Fiscalía General del Estado en el año 2014.	57

Reforma parcial al Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales

FGE	59
CONCLUSIONES.....	63
RECOMENDACIONES	64
Bibliografía	65

INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas que interesan a la criminalística y al Derecho Penal, refiere al tratamiento judicial y pericial de la violación en contra de los menores de 14 años, niños quienes, por lo general, desconocen de la actividad sexual y de lo que implica, por lo que los actos cometidos en contra de ellos son y deben ser considerados una degeneración.

La violación como conducta penalmente relevante es relación sexual no consentida, lo que difiere de otros tipos penales como el acoso y el abuso sexual, porque se requiere que exista una penetración o introducción del miembro viril u objetos en el conducto vaginal, anal o bucal en la persona agraviada, a lo que se suma también una serie de actos revictimizantes destinados a garantizar la impunidad del hecho. Entre ellos las amenazas, chantajes, extorsiones, engaños, e incluso la intoxicación de la víctima con sustancias estupefacientes a fin de vulnerar su consciencia.

En el sistema judicial ecuatoriano, específicamente en el Código Orgánico Integral Penal, se tipifica la violación con una pena privativa de 19 a 26 años, se ve subdividida según la gravedad y las circunstancias que definen dicho delito, la misma puede subir hasta más allá de los 34 años si existiesen agravantes que incrementen el castigo que impone la normativa, siendo el cometimiento en contra de menores de 14 años precisamente una de ellas.

Justamente por ello, y por la necesidad de que dicho delito sea sancionado con el máximo rigor de la ley, es que se requiere que la investigación pericial y penal confirmen la existencia de la violación, sino también la sanción al responsable de su cometimiento, es que el COIP incluye una serie de técnicas investigativas que permiten este efecto y producen además consecuencias probatorias en favor de las partes solicitantes, en estos casos, es el Fiscal que ordena la realización de estos actos indagatorios.

En el año 2014, la Fiscalía General del Estado presentó un protocolo de investigación y peritaje forense para el desarrollo de investigaciones e instrucciones fiscales por delitos sexuales, el cual es aplicable a todos los tipos que se encuentran a partir del artículo 164 ibidem, entre los que se destacan los exámenes médico legales, las entrevistas con psicólogos a fin de determinar el grado de afectación mental que pueda tener la persona agraviada, todos con el objetivo de maximizar las investigaciones.

Dentro de la investigación se evidencia que el protocolo necesita ser actualizado y aterrizado a los casos de violación que se cometen en contra de menores de 14 años edad, por cuanto la tecnología y la ciencia van avanzando, siendo importante renovar estrategias destinadas a efectivizar la investigación de los encargados de la Fiscalía, así como a los peritos forenses en este tipo penal y facilitar la labor judicial en el proceso de juzgamiento de estos casos, a fin de evitar de manera radical la impunidad.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Código Orgánico Integral Penal establece las técnicas de investigación que debe seguir el fiscal en conjunto con otros sujetos procesales como el Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, teniendo la finalidad recabar los elementos de convicción destinados a la imputación de cargos a los responsables de un delito, por lo tanto, deben contar con el respaldo necesario y suficiente para poder corroborar la existencia del mismo.

En ciertos tipos penales, sobre todo los que atentan contra la integridad sexual y reproductiva, debido a su naturaleza, para poder disponer la materialidad del hecho y la responsabilidad penal, se requiere de la realización de indagaciones precisas, para lo cual se advierte del apoyo de médicos legales, psicólogos, y demás peritos; es necesario también acotar que se necesitan protocolos a fin de permitir el buen manejo de la información.

Se conoce que, a nivel mundial y continental, varios países han desarrollado una serie de protocolos con el objetivo principal de establecer reglas para la investigación de delitos sexuales, puesto que la delicadeza del mismo puede trascender en problemas y trabas judiciales, abandono de causas, insuficiencia probatoria, entre otras causales.

En el caso del Ecuador, desde el año 2014 la Fiscalía General del Estado estableció un protocolo de peritaje forense, con el objetivo de acordar los lineamientos que deben seguir los peritos médico legistas en los delitos de violación y otros tipos penales sexuales, con algunos aspectos específicos, tales como el

consentimiento informado para los menores de edad, formularios para que el médico legal pueda caracterizar todos los detalles de los exámenes a las víctimas.

Se establece dentro del Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 450 que en caso que no se disponga del Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde se requiera de médico legal, se dispondrá que otros profesionales de la salud que se encuentren acreditados por el Consejo de la Judicatura se encarguen de las entrevistas y exámenes destinados a la elaboración de investigación, siendo este uno de los problemas que radican en que este protocolo vigente no se adapte a las condiciones actuales ya que adolece de ciertas deficiencias.

En este trabajo de investigación se pretende caracterizar la efectividad del protocolo de peritaje forense aplicado en el procedimiento realizado a los menores de 14 años en Medicina Legal en la ciudad de Guayaquil durante los años 2021-2022. Para lo cual se plantea este problema a partir de la presente interrogante:

- ¿Cuál es la efectividad que tiene el protocolo de peritajes forenses en casos de violación a menores de 14 años de la ciudad de Guayaquil 2021-2022?

OBJETIVOS

Objetivo General

- Caracterizar la efectividad del protocolo de peritaje forense en casos de violación en menores de 14 años en la ciudad de Guayaquil 2021-2022.

Objetivos Específicos

- Analizar el contenido del protocolo de peritaje forense en delitos sexuales otorgado por la Fiscalía General del Estado 2014.
- Realizar un análisis comparativo del protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales y legislación usada en Ecuador, con países como Argentina y Perú.
- Proponer una reforma parcial del protocolo de peritaje forense en delitos sexuales existente desde 2014 en Ecuador.

JUSTIFICACIÓN

En el presente trabajo de investigación se hace énfasis a caracterizar la efectividad del Protocolo para peritajes forenses en delito de violación en menores de 14 años de edad y su aplicación en las investigaciones penales en la ciudad de Guayaquil durante los años 2021-2022, contrastando también con las cifras otorgadas por el ente competente, es decir la Fiscalía General del Estado.

La importancia y necesidad de llevar a cabo este tema surge de la realidad jurídica por cuanto en gran parte de los casos de violación no se usa de forma correcta y eficaz el protocolo, lo cual desemboca en insuficiencia probatoria y, por ende, el resultado casuístico se resuelve a favor de la persona que está siendo procesada y en los casos que las pericias se desarrollen en investigación previa, el expediente pre procesal puede archivarse si no se toman las medidas suficientes.

El expandir más el protocolo en cuanto a establecer elementos claves como las etapas del proceso del examen de la víctima, las muestras que deben ser recolectadas, los objetivos que mantienen las preguntas en el interrogatorio, concretar el tiempo adecuado para realizar la pericia médico legal, motivando en que no se la debe apresurar, se advierte que los profesionales de Derecho y Médicos Legistas encargados en estos casos necesitan constantes capacitaciones. El perito forense debe siempre pensar en el bienestar de la víctima y la realización de un examen médico legal apresurado resultará revictimizante.

Es un tema que mantiene un alto interés, ya que las víctimas ostentan una condición de vulnerabilidad extrema. A causa de esta problemática, la obligación de

las organizaciones jurídicas es garantizar una protección eficaz, libre y oportuna de los derechos constitucionales de las víctimas de violencia sexual, lo cual sólo se consigue con una investigación acertada y una serie de pericias destinadas a descubrir a quienes son responsables de los hechos.

CAPÍTULO 1. MARCO TEÓRICO

1.1 Definición y Breves rasgos de los Delitos Sexuales

La definición ampliada de delitos sexuales según Cavada (2020) es, “Conjunto de actos sexuales caracterizados por el aprovechamiento de una situación de superioridad del autor sobre la víctima, sin importar la forma en que se materialice el ataque, el que puede traducirse un acceso carnal o en otro acto diverso” (p.02).

Existen dos concepciones para poder realizar una definición propiamente dicha de delitos sexuales conforme a la óptica y doctrina del Derecho Penal. Una que engloba los hechos que incluyen acceso carnal o penetración y otra mucho más restrictiva que sólo incluye a tipos penales donde no conlleva estas características, en dicha categoría entra el abuso sexual.

La legislación ecuatoriana acoge la definición ampliada, puesto que, a más del abuso sexual, acoso sexual, prostitución forzada, corrupción de menores, el Código Orgánico Integral Penal engloba la violación y más recientemente la violación incestuosa como tipos penales que atentan contra el bien jurídico protegido de la integridad sexual y reproductiva, llegando a incluirse tipos penales sexuales cometidos por medio de la tecnología, adaptado a los tiempos actuales. El abogado ecuatoriano Yauri (2022) manifiesta de forma general que:

Los tipos penales que se encuentran tipificados en la óptica del Código Orgánico Integral Penal y que atentan contra la integridad sexual y reproductiva son sancionados con penas mayormente ejemplificadoras, a pesar de que tipos como la violación y el abuso sexual son de los más

comunes, se incluyen otros que también afectan la integridad de la víctima.

(p.07)

El Código Orgánico Integral Penal incluye un amplio catálogo de tipos penales que atentan contra la integridad sexual y reproductiva, cuyas penas privativas de libertad van desde unos cuantos meses hasta 26 años, estos delitos se encuentran tipificados en el párrafo comprendido entre los artículos 164 a 174 ibidem.

Tabla 1: Delitos sexuales conforme al Código Orgánico Integral Penal

Delitos sexuales contemplados en el Código Orgánico Integral Penal
<ul style="list-style-type: none">• Inseminación no consentida (Art. 164)• Privación forzada de capacidad de reproducción (Art. 165)• Acoso Sexual (Art. 166)• Estupro (Art. 167)• Distribución de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes (Art. 168)• Corrupción de niñas, niños y adolescentes. (Art. 169)• Abuso sexual (Art. 170)• Violación (Art. 171) y violación incestuosa (Art. 171.1)• Utilizar personas para exhibición al público cuyos fines son de naturaleza sexual (Art.172)• El uso medios electrónicos para tener contacto con motivo sexual en menores de dieciocho años. (Art.173)• Propuesta de oficio sexual con menores de dieciocho años a través de recursos electrónicos. (Art.174)

Fuente: Código Orgánico Integral Penal.

Elaborado por: Carmen Angelica Briceño Lituma.

De todo este aparataje de tipos penales señalado, la violación es el más grave de todos los delitos, por cuanto se conjuga no solamente el acceso carnal violento y no consentido de la persona agresora en contra de la persona ofendida, sino también coacción e incluso puede terminar en la muerte de la víctima, razón por la cual su pena privativa de libertad es muy extensa y puede abarcar en muchas legislaciones la pena de muerte, siendo en el caso del Ecuador el tipo penal hasta de 34 años (si se toman en cuenta agravantes).

1.2 Generalidades respecto del tipo penal de violación

1.2.1 Definición y características de la violación

Núñez (1988) define a la violación como: “uno de los modos de ofender la honestidad¹, donde se vulnera el derecho del individuo a la incolumidad del consiente y voluntario trato de tipo sexual” (pag.143). En la actualidad se puede decir que la violación es un delito o tipo penal en el cual se atenta gravemente contra la libertad sexual de la persona agraviada.

El sujeto activo del tipo penal de violación es en gran porcentaje un hombre, puesto que en la mayoría de las codificaciones penales se la describe con la introducción del miembro viril en las partes íntimas de la víctima o sujeto pasivo, además debe existir penetración, es decir la introducción del pene o algún otro objeto en la vagina o ano de la víctima, lo cual puede interpretarse que el sujeto pasivo puede ser tanto el hombre como la mujer. Dicho acto tiene todo tipo de consecuencias físicas y psíquicas en contra de la víctima, tales como discapacidad, enfermedades venéreas curables (como la sífilis o la gonorrea) o incurables (SIDA

¹ Antiguamente se mencionaba la honestidad como sinónimo de virginidad.

o VPH), y trastornos psicológicos como estrés postraumático, ira, depresión, ansiedad.

En la legislación ecuatoriana, el tipo penal de violación engloba otras modalidades más allá del tradicional coito anal o vaginal; también el sexo oral no consentido es una forma de violación, así como la penetración o introducción de objetos (mayormente juguetes sexuales) en la boca, ano o vagina de quien la padece, tal y como lo menciona el artículo 171 ibidem, siempre que no haya consentimiento o aun cuando lo haya en caso de que la violación ocurra en un menor de 14 años de edad, sobre esto existen cuestionamientos. El jurista ecuatoriano Zavala (1991) manifiesta que:

Respecto del consentimiento de la víctima en el delito de violación existe un conflicto de intereses sobre todo en los casos en que el tipo penal es cometido en contra de niños y adolescentes, por cuanto algunos estudiosos del Derecho, sobre todo en la escuela clásica penal, detallaban que en el caso el menor no tiene consentimiento natural, pero sí provocado, por lo que invisibilizaba el delito, lo mismo de una persona con discapacidad mental, pero los criterios doctrinales manifiestan que aun cuando el menor de edad consiente en tener sexo con su agresor, el consentimiento allí es irrelevante por cuanto es considerado incapaz.(p.27)

1.2.2 Tipos de violación

La doctrina y la norma señalan varios tipos de violación, aunque conforme a la edad del sujeto pasivo, puede ser violación cometida en contra de mayores y menores de edad, siendo esta última más grave por cuanto las consecuencias

psicológicas son altas debido a que se trata de personas consideradas incapaces total o parcialmente y su consentimiento es inválido, además que ésta es consecuencia de otros delitos como la corrupción de menores, prostitución forzada entre otros tipos penales.

1.2.3 Violación a menores de 14 años

Para poder entender la violación a menores de 14 años de edad, es necesario entender varios conceptos respecto de niños y adolescentes. Se debe tenerse en consideración que la persona menor de edad según varias legislaciones es aquella que no ha cumplido aún los 18 años y en el caso de algunos países hasta los 21, por lo tanto, sus potestades son mucho menores.

Una persona menor de edad (niño o adolescente), no puede celebrar contratos o vender bienes sin consentimiento, además que tiene derechos mayores, etiquetados como prioridad absoluta. Según el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia (2017):

El interés superior del niño es un principio que está orientado a satisfacer el ejercicio efectivo de conjunto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, e impone a todas las autoridades administrativas y judiciales y a las instituciones públicas y privadas, el deber de ajustar sus decisiones y acciones para su cumplimiento. (p.01)

Precisamente, por tener menos atribuciones, el menor de 14 años de edad suele conocer menos aspectos vitales, e incluso desconoce ciertas facultades del ser humano como la sexualidad, por lo tanto, no puede consentir en tener sexo o

actividades relacionadas al acceso carnal, por lo cual, en muchas ocasiones puede ser presa fácil para delitos como la violación. Según Núñez (2018):

En la infancia también se habla de sexualidad integral, la cual pasa por etapas de desarrollo propias de cada edad. Niños y niñas sienten sensaciones en todo su cuerpo, manifiestan mucha curiosidad por sus cuerpos, el cuerpo de otros niños y adultos, sus nacimientos, las relaciones sexuales. Esta curiosidad se manifiesta en sus observaciones, juego y con preguntas cuando son más grandes. Cuando sus juegos son con otros niños o niñas de su misma edad son considerados norma. (p.05)

Se debe tener en cuenta que en lo que respecta al consentimiento de los menores de 14 años para la violación, es irrelevante y no debe argüirse que el menor quiso tener relaciones para que la persona responsable quede en calidad de inimputable por violación, puesto que un niño no sabe a ciencia cierta qué es tener sexo o placeres carnales. Como señala Núñez (1988), “en la infancia existe una sensación de curiosidad por descubrir su cuerpo, por tanto, requieren de la guía de sus padres para que les expliquen su funcionamiento, de ahí la importancia de la Educación Sexual Integral (ESI)” (p.10).

En cuanto a los sujetos activos del tipo penal de violación, debe tener en consideración que la Corte Constitucional emitió a comienzos del presente año, la Sentencia No. 13-18-CN/21, con el propósito de que evalúe el consentimiento de los adolescentes al momento de tener relaciones sexuales, con la diferencia de que solamente beneficiaría a quienes se encuentran en el rango de edad entre los 14 y los 18 años, sin necesidad de que se despenalice las relaciones carnales entre

adolescentes y adultos. La Sentencia No. 13-18-CN/21 (2021) menciona lo siguiente:

La Corte Constitucional si considera necesario tomar en cuenta el artículo 171 del COIP que incluye como causal del delito de violación, “cuando la víctima es menor de catorce años”, puesto que, de acuerdo con la legislación actual, toda relación sexual con personas menores de 14 años es delito. (p.21)

Se tiene que indicar que toda relación sexual, consentida o no, entre un mayor de edad o menor de edad, y otra persona menor de 14 años siempre será violación, sin importar situaciones como las ocurridas en las zonas rurales de muchos países del continente, donde por lo general se empieza a tener una vida sexual a partir de los 11 o 12 años de edad, o en algunas partes del mundo como el Medio Oriente, donde las niñas suelen ser casadas o unidas desde antes de los 10 años con adultos.

1.2.4 Casos de violación a menores de 14 años de edad en la ciudad de Guayaquil

Guayaquil es la segunda ciudad más grande y poblada del Ecuador², con un total de 2.7 millones de habitantes, distribuidos en un total de 16 parroquias urbanas y 5 rurales.

Conforme a lo relacionado al rango etario (edad de las personas) que habitan en la urbe porteña, la población de 0 a 14 años, centro del presente estudio,

² Según datos del INEC, hasta finales de 2018 era la ciudad más poblada del país, siendo superada por Quito desde entonces hasta la actualidad.

concentra actualmente el 27,17% o sea un total de 99.374 personas conforme a cifras correspondientes al año 2021, cuya mitad de dicha población se encuentra concentrada en el sector norte de la urbe porteña.

“Han receptado 1256 denuncias por violación, en parte menores de 14 años, quienes han sido víctimas de un adulto conocido o familiar, esto desde enero 2021 hasta septiembre 2022” (Fiscalía General del Estado, 2022, pág. 02).

1.3 Importancia de la Prueba Pericial en el proceso penal de violación

1.3.1 Concepto y generalidades de la prueba

Para conocer la finalidad, las clases, y el objeto de la prueba es necesario conocer sus definiciones previas.

Cabanellas (2006) la define como “demostración de la verdad de una afirmación, de la existencia de una cosa o de la realidad de un hecho”. (p.497)

En la teoría general de la prueba se manifiesta también el ONUS PROBANDI, mismo que no es más que la carga de la prueba. La Real Academia de la Lengua Española (2020) menciona, “locución latina empleada para indicar que la carga de la prueba incumbe al actor que alega de un hecho a reclamar un derecho, que queda obligado a probar su existencia” (p.342).

1.3.2 La prueba en el proceso penal. Generalidades y clases de medios probatorios

1.3.2.1 Generalidades de la Prueba Penal

Si bien la prueba dentro de un proceso penal tiene la intención de demostrar la veracidad de los hechos, ya que en el proceso acusatorio lo que debe buscarse es desvirtuar la presunción de inocencia de la persona procesada dentro del juicio,

mediante una serie de mecanismos que permitan determinar el grado de participación de ésta en el delito por el que se le acusa.

Para lo cual deben estudiarse los principios probatorios que se le presentarán al juzgador para poder determinar su valoración. En ese sentido Núñez (2020) detalla que, “la prueba se traduce en la necesidad ineludible de demostración, de verificación o investigación de la verdad de aquello que se ha afirmado en el proceso” (p.58).

La prueba dentro del proceso penal debe ceñirse en torno a los principios de oportunidad, inmediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia y exclusión, así como la igualdad de oportunidades para su práctica, por lo tanto toda prueba que no se ciña a estos principios generales no podrá ser admitida como tal dentro del proceso penal, de lo que se desprende la teoría del fruto del árbol envenenado, doctrina que permite la exclusión total de toda prueba que se obtenga por medios contrarios a la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos, por cuanto existe la creencia de que cualquier prueba que se obtenga por el medio en que se logró obtener la primera se encuentra viciada.

Otra de las características del proceso penal es el papel principal que tiene el fiscal dentro del mismo, por cuanto requiere de todos los medios y evidencias suficientes que obren como demostración de la materialidad del delito.

Todos los documentos, testimonios anticipados, peritajes, allanamientos, reconocimientos de lugar de los hechos que fueren ordenados a lo largo de las etapas preprocesales y procesales, serán anunciados en la etapa intermedia para ser practicados en el juicio. En el caso de los testimonios, se esperará hasta la

audiencia de juicio para que se practiquen, teniendo en cuenta que los versionistas son estimados para esta etapa previo solicitud de que se recepte su aseveración anticipada dentro de la investigación penal, como es el caso de menores de edad.

1.3.2.2 Clases de Prueba dentro del proceso penal

El COIP señala dentro del artículo 499 tres medios de prueba que permiten la verificación y demostración de que el hecho denunciado es verdadero: la prueba documental, prueba testimonial y prueba pericial. Cabe recalcar que la característica genérica de la actividad probatoria dentro del proceso penal es que el fiscal tiene la potestad para la recopilación de medios probatorios que serán sustentados en audiencia.

1.3.2.3 Prueba Documental

La prueba documental es cualquier instrumento público o privado que puede ser usado dentro de la audiencia.

Este documento puede ser original o copia certificada que se ingresa al proceso, puede también ser un documento nuevo o defectuoso, lo cual sí es inadmisibles que sea falso, mismo que debe ser anunciado dentro de la etapa de juicio, debiendo además versar sobre el proceso que se juzga. Según el Código Orgánico Integral Penal (2018), “el contenido digital es todo acto informático que representa hechos o información, almacenados, procesados o transmitidos por cualquier medio tecnológico que colabore en proceso electrónicos integrados sistemas diseñados para personal técnico interconectado o vinculado entre sí”.

(p.164)

1.3.2.4 Prueba Testimonial

Según Miranda (2007):

En la prueba testimonial se manifiestan varias modalidades como: la declaración de parte y de testigos hacia un juez, ambas se desarrollan mediante el interrogatorio y contrainterrogatorio, mismo que no es más que un cuestionario de preguntas pueden ser abiertas, cerradas, capciosas, impertinentes, (éstas suelen ser objetadas por la contraparte), además de que el declarante jamás debe contestar las preguntas que puedan causar responsabilidad penal. (p.17)

Hay que resaltar que dentro del proceso penal se toma en cuenta el testimonio anticipado, mismo que se recepta a las personas que no pueden comparecer a juicio como, personas enfermas, que se encuentran fuera del país o por salir y de forma especial a menores de edad en caso de delitos derivados de la violencia intrafamiliar o sexuales cometidos en su contra, en este último caso debe seguirse un procedimiento especial determinado en la norma jurídica.

El COIP establece en su artículo 504 el testimonio anticipado de niños, niñas, adolescentes y personas consideradas en situación de doble vulnerabilidad (tales como adultos mayores, personas con discapacidad y quienes sean considerados en este rubro), mismo que debe ser receptado en el momento oportuno y deberá ser usado como prueba testimonial en la audiencia de juicio.

El jurista Parra Quijano (2007) lo define como, “un medio probatorio excepcional, que está asociado con la ir reproducibilidad de declaración o algunos obstáculos de su práctica en el juicio, ante tal circunstancia se dispone que se

realice ante el juez de garantías penales” (p.111). Por lo tanto, es de mucha utilidad sobre todo en casos donde la persona que por alguna circunstancia no puede comparecer a audiencia de juicio y debe declarar en calidad de testigo, pueda hacerlo en una etapa procesal o preprocesal.

En el caso de los menores de edad de acuerdo a lo que se estipula en el artículo 510 ibidem, el testimonio o declaración anticipada deberá darse en una audiencia especial, a través de medios que eviten el contacto directo con la persona agresora, siendo la cámara de Gesell el método tradicionalmente usado para receptar el testimonio³, con el fin de evitar la revictimización del agredido.

1.3.2.5 Prueba Pericial

En cambio, la prueba pericial se desarrolla mediante experticias realizadas por un perito, el cual es un profesional que no necesariamente debe ser abogado o profesional del derecho, sino que también puede ser de otras artes, siempre y cuando su experticia pueda aportar en la resolución judicial. (Cruz Ponce, 2020, p. 02)

Los peritos deben ser acreditados por el Consejo de la Judicatura para poder desempeñar actividades afines, además que puede solicitarse su presencia para sus actos de oficio o a petición de parte, el resultado de su experticia debe sustentarse en audiencia con la mayor imparcialidad posible, en caso de no asistir a defender su informe pericial, puede perder su acreditación en el Consejo de la Judicatura.

³ Mayormente con apoyo de personal especializado al tratarse de personas de atención prioritaria.

1.4 Peritaje Forense en casos de violación a menores de 14 años

1.4.1 Aspectos previos

Como ha sido mencionado, la violación cometida por adolescentes o mayores de edad en contra de un menor de 14 años es uno de los tipos penales más problemáticos que puede haber en el universo del Derecho Penal sobre todo en lo que respecta al Ecuador. Es por esta razón, que la investigación penal debe estar acompañada de pericias determinadas a encontrar la responsabilidad del presunto autor de este delito, así como la materialidad del hecho delictivo.

En delitos sexuales como la violación, las pericias más importantes para desvirtuar la existencia del delito son: el examen médico legal para determinar la afectación física derivada de la consumación del ilícito, por lo general relacionado con la consistencia del himen (si este ha sido desflorado o no), el aspecto de la vagina, la existencia de laceraciones, desgarros anales, entre otros. La valoración psicológica para determinar el daño o alteraciones en el comportamiento de la víctima, así como para la persona agresora a fin de confirmar o descartar enfermedades mentales.

Hay que recalcar que en este tipo de delitos se usan exámenes de ADN para determinar la responsabilidad penal del presunto agresor mediante los fluidos corporales (por lo general semen), a fin de coadyuvar con la determinación de responsabilidades.

1.4.2 Descripción del Protocolo para Peritaje Forense emitido por la Fiscalía General del Estado

1.4.2.1 Generalidades

Dentro de la Resolución 047-2014, la Fiscalía General del Estado emite el protocolo para Peritajes Forenses para Violencia Intrafamiliar, Delitos Sexuales y Lesiones cuando la vida de las personas no corre riesgo, con el objetivo de “formular el protocolo forense a ser aplicado en la labor investigativa garantizando que el Sistema Nacional de Salud interactúe y participe en todo aquello comprenda tareas públicas respecto del alcance clínico y remisión de víctimas” (Fiscalía General del Estado , 2014, pág. 122).

Dicho protocolo se compone de la descripción de las actividades que deben tener en consideración los peritos médico legales para la realización de experticias destinadas a la verificación de la existencia del delito de violación, entre otros tipos penales relacionados, así como la conducción a la Fiscalía en caso de que el hecho constituya delito o las unidades judiciales de violencia intrafamiliar en caso de que lo constituido sea contravención, a más del cumplimiento del consentimiento informado y otras actividades.

Debe tenerse en cuenta que el proceso de peritaje forense no solo determina la existencia de delitos, sino también la administración de medicamentos de emergencia, asesoría integral para que las personas agredidas puedan denunciar, a más de manejar las muestras de semen, sangre, orina y fluidos, así como la detección de enfermedades infectocontagiosas como resultado de los hechos delictivos antes descritos.

1.4.2.2 Descripción del Protocolo

Cabe resaltar que el protocolo forense se compone de una serie de actividades destinadas al esclarecimiento de los delitos sexuales que se hayan cometido en contra de todo tipo de personas, en las que se incluyen los menores de edad que son violados. Dicho protocolo se inicia con la coordinación de la agenda que deben tener los peritos para realizar sus investigaciones, pudiendo incluso ser elaborado mediante solicitud, también se envían los requisitos necesarios para el manejo de documentos.

Además, debe tener en consideración el consentimiento informado de la persona afectada para que se realicen los exámenes correspondientes, su cumplimiento es obligatorio, teniendo en cuenta que en caso de menores de edad deben estar junto a su representante legal o solicitar al fiscal a fin de que se nombre un curador ad litem. Para el desarrollo de los exámenes médico legales destinados a la determinación de delitos sexuales, se entrega a los peritos un kit que deberá ser usado obligatoriamente para el efecto.

Para el desarrollo de las pericias médico legales, debe iniciarse con una anamnesis o entrevista a fin de que pueda conocerse las características del delito, debiendo referir a la supuesta víctima al Sistema de Protección de Víctimas, Testigos y otros Participantes del Proceso Penal en caso de que existan amenazas, luego de ello se realizará el examen físico donde deben usarse materiales desechables y hacer las fotografías suficientes, con el consentimiento del sujeto pasivo, a las cuales deben identificarse con número de caso, nombre del perito asignado, todo en secuencia.

Luego de ello, se valorará la realización de exámenes o muestras biológicas, tanto de hisopados, sangre, orina, mismas que deben transportarse al laboratorio en cadena de custodia, de este procedimiento se tiene la obligación de hacerse las fotografías suficientes, las cuales tienen que incorporarse al informe pericial. En el laboratorio en cambio se procesan y analizan las muestras necesarias a fin de que se determine el resultado, con el único objetivo de enviarse al fiscal mediante informe.

En caso de que el informe pericial determine la existencia de un delito, el perito debe asesorar a la víctima y sus acompañantes a denunciar el hecho en una fiscalía de turno o cualquier Servicio de Atención Integral de la Fiscalía General del Estado del lugar donde ocurre la infracción. Si llega a ser contravención, se deriva a los juzgados de violencia contra la mujer y la familia o Unidades Judiciales de Familia en caso de que no hubiera estos primeros.

Para la violación, además la persona afectada debe otorgar consentimiento para que se le suministren medicamentos anticonceptivos y antirretrovirales (sobre todo cuando son mujeres, por la propensión a quedar embarazadas), mismos que deben ser suministrados por el médico forense o familiar para lo cual debe derivarse a la víctima a los centros de salud del Ministerio del ramo. Estos peritos deberán sustentar su informe en audiencia de juzgamiento, puesto que los informes periciales forman parte como prueba en el proceso penal.

1.4.2.3 Validez probatoria del Informe pericial en el proceso penal

En caso de que el informe fuera obtenido en investigación previa, será elemento de convicción importante para poder formular cargos en contra de la

persona investigada por violación, por cuanto describe la materialidad del hecho, al igual que la pericia psicológica y otros elementos investigativos, por lo cual puede servir como medio de prueba en un posible juicio. De ser necesario otra pericia, será determinada en la instrucción fiscal.

Si el informe pericial se obtiene en flagrancia o instrucción fiscal, constituye elemento importante para que el fiscal pueda sustentar su dictamen acusatorio para la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, misma en la que deberá anunciarlo como medio de prueba. El juez deberá ampararse en los principios antes descritos, tomar en consideración aspectos detallados en el protocolo como el orden y arreglo del informe a fin de que no presente anomalías que puedan invalidarlo.

Es necesario que el informe pericial tenga al menos la identificación del perito, el número de proceso al que va ligado, identificación de la autoridad que lo solicita (puede ser el juez o el fiscal, generalmente el fiscal), identificación de la víctima (si es menor de edad mediante iniciales), desarrollo de cada una de las actividades que formaron parte de la pericia, conclusiones a las que se llegó, recomendaciones y de ser necesario, bibliografía.

Como se menciona en el Protocolo antes descrito, la toma de fotografías, su orden secuencial e identificación pueden validar o invalidar el informe como medio de prueba necesario para que se sustente en audiencia. Si cumple con los requisitos, el juez puede declararlo válido y se conminará al perito responsable para que pueda sustentar su informe en audiencia, a fin de someterse al interrogatorio y conainterrogatorio de los testigos.

1.4.2.4 Diversas falencias en el protocolo para peritaje forense

Cabe recalcar que el protocolo para peritaje forense se encuentra vigente desde el año 2014 sin cambios de ningún tipo, sin embargo debe valorarse la forma en que éste se aplica en la recopilación de elementos convictorios suficientes para la persecución y juzgamiento de delitos de carácter sexual, en este caso específico, la violación, puesto que la sola omisión de alguno de ellos incide negativamente en el proceso penal, sobre todo cuando lo que se pretende es que se juzgue a la persona responsable, la cual es la máxima aspiración de las víctimas del hecho.

Es importante acotar que las necesidades físicas y psicológicas de un menor de 14 años víctima de violación son muy distintas a las de un adolescente que rebasa ese límite etario, con respecto a la evidencia de problemas psicológicos derivados del hecho delictivo, existe desde el año 2018 un protocolo para manejo forense psicológico a víctimas de violación y otros delitos sexuales, por tanto, debe ser un conductor para mejorar al protocolo estudiado en esta investigación, ya que las circunstancias constitutivas y/o modificatorias del delito de violación se agravan cuando el afectado es menor de 14 años.

Otro de los problemas de los que adolece este protocolo es la falta de tratamiento en caso de que niñas menores de 14 años estén en gestación producto de una violación. Como se puede evidenciar de la revisión y lectura del peritaje forense, no existen reglas para el manejo del consentimiento en casos donde la menor ha sido ultrajada y se ha detectado un embarazo, incluso para las féminas mayores de edad, lo cual se debe expresamente a que el aborto por violación estaba

penalizado a la época en que se elaboró este protocolo, llegando a ser legalizado de forma gradual con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal.

Si bien la despenalización de la interrupción del embarazo es de reciente data y surge de la necesidad de los derechos femeninos a decidir sobre su integridad sexual y reproductiva en casos de violación, no existe una formalidad específica para que un médico forense recomiende o acoja el consentimiento de la agraviada de continuar con el proceso de gestación o, por el contrario, abortar de forma segura⁴. Esto a pesar de que dentro del formato de consentimiento informado que deben usar los peritos, se encuentra la posibilidad de que la víctima dé su voluntad para que se le suministre un medicamento anticonceptivo de emergencia en caso de ser necesario.

1.5 Comparación con otros protocolos de peritaje forense para delitos sexuales en otras naciones

1.5.1 Protocolo para peritaje forense en Argentina

Argentina posee desde el año 2021 un protocolo para peritaje forense actualizado, para el manejo y examinación de las víctimas de delitos sexuales, sobre todo la violación, con el objetivo principal de determinar las circunstancias y obtenerlas como prueba pertinente dentro de un proceso penal. Cabe resaltar que existen dos protocolos: uno para el manejo de investigaciones por parte de los médicos legistas y otro elaborado por el Ministerio de Salud.

⁴ Claro está, que el médico forense no es competente para practicar abortos o recomendar medicinas que lo produzcan, solamente el profesional ginecológico-obstétrico es el único competente para realizar este trabajo.

Este último es el que tiene atención para el manejo de información suficiente para instaurar elementos de certeza que permitan aportar pruebas al proceso que se inicie en materia de violación, admitiendo que se encuentra regulado, además para el uso de los médicos que llegasen a recibir a personas que hayan sido ultrajadas. El protocolo surge en 1999, con la expedición de la Ley No. 25.087 que reforma el antiguo Código Penal y renombra a los delitos deshonestos con sus nombres actuales.

Palomero (2004) detalla que, “el examen forense debiera ser realizado acorde a un protocolo específico. En algunos lugares, el protocolo es provisto por las agencias oficiales (cuerpos periciales judiciales o policiales)” (p.44). Por lo tanto, su éxito en el desarrollo de indagaciones destinadas a la obtención de resultados de estos delitos, va orientada a la redacción de un buen registro. Por lo general, en el caso concreto, el protocolo forense para la realización de pruebas periciales destinadas a delitos sexuales es elaborado mayormente por el cuerpo de Medicina Forense en conjunto con el Ministerio de Salud.

En el año 2021⁵, el Ministerio de Justicia argentino elaboró un protocolo de atención a las víctimas de delitos sexuales en los que se describe el rol que debe tener el sistema de salud en estos casos, no sólo para atender a personas que hayan sido ultrajadas, sino también tratar enfermedades venéreas resultantes de los actos vejatorios y también la detección temprana de violación o abuso sexual

⁵ En realidad, es la cuarta edición de un protocolo que ya fue elaborado en el año 2011, adaptado a un enfoque y perspectiva de género como se estila en los tiempos actuales.

(ambos integrados en un solo tipo penal) a fin de que se puedan tomar las muestras necesarias y tomar las acciones legales pertinentes.

En este protocolo se muestran las fases que debe pasar una persona que es o ha sido víctima de algún delito de naturaleza sexual, desde el momento en que entra en un hospital para que pueda recibir la atención integral de un profesional de la salud, la realización de exámenes y análisis de sangre para descartar o corroborar la existencia de enfermedades venéreas, entre ellas la sífilis, gonorrea, hepatitis B y C (las cuales se transmiten de forma sexual), VIH-SIDA, así como embarazos.

En los primeros sucesos, el médico a cargo de la persona debe administrar un tratamiento consistente en antibióticos y demás medicamentos destinados a la curación de dicha enfermedad, con la excepción del VIH, que, al no tener cura, dispondrá que el paciente use retrovirales destinados a tardar la inmunodeficiencia, en caso de embarazo preguntará a la víctima si desea un aborto seguro o continuar con el mismo, de no existir se otorgarán píldoras anticonceptivas para evitar la gestación.

En la mecánica forense, se desarrollarán una serie de estudios biogenéticos destinados al análisis de secreciones corporales como semen, sangre, fluidos vaginales, a fin de poder determinar el ADN de la persona responsable, claro está que deben realizarse con hisopos en las áreas donde ha ocurrido el hecho, esto es el ano, la vagina, la boca⁶, salvo en casos de niñas y adolescentes para lo cual se hará un procedimiento especial.

⁶ También se realizan exámenes del pubis a fin de determinar la existencia de pelos pubianos del agresor.

Toda esta información debe levantarse mediante una historia clínica que debe incluir aparte de los datos básicos de la víctima, los resultados de los exámenes, la existencia de pericia psicológica destinada a determinar los resultados psicológicos de la acción, así como los consentimientos informados cuando se trata de menores de edad⁷, los cuales deben estar firmados por los representantes legales.

1.5.2 Protocolos de peritaje forense usados en el Perú

A la par que, en el Ecuador, en el año 2012, el Poder Judicial en conjunto con el Ministerio Público expidió un Protocolo o Guía Médico-Legal en la cual se establecen los protocolos de peritaje forense destinados a la investigación de delitos sexuales, sobre todo la violación, describiendo en ese sentido las medidas que deben tomar los peritos que se encarguen del proceso de recopilar información destinada a la materialización del hecho delictivo, así como la búsqueda de sus responsables.

Hay que destacar que el principal objetivo del peritaje forense en delitos sexuales es orientar a los médicos legistas en la elaboración de informes que deberán ser incorporados al proceso penal. Al igual que en los protocolos descritos con anterioridad tanto de este país como Argentina, la presente Guía cuenta con áreas temáticas en las que debe enfocarse el examen pericial, con la diferencia de que el protocolo del país austral no incluye exámenes a las personas sospechosas.

⁷ Aunque hay personas mayores de edad que pueden dar su consentimiento informado, puesto que por vergüenza podrían no aceptar los exámenes.

El presente protocolo se inicia con la recepción de la persona que ha sido afectada por los sucesos violentos, con el fin de que pueda ser atendida cordialmente por los profesionales y se someta a las pruebas de rigor (exámenes toco-ginecológicos, físicos, psicológicos, sociales), a fin de poder establecer la existencia de fluidos y secreciones corporales, los cuales se remiten a laboratorio para el análisis del ADN. Se incluye además la toma de muestras dactiloscópicas de la mano o de únicamente uno de los dedos.

Asimismo debe informarse los métodos que se van a seguir para el proceso de pericia los cuales son exámenes físicos, vaginales, anamnesis o recopilación de datos generales de la persona que se someterá a las pruebas destinadas a dicho efecto, esta guía es incluso mucho más específica que las dos anteriores puesto que permite determinar la edad de las víctimas bajo criterios físicos como la erupción dental, estatura, manifestación de signos como erupción mamaria, desarrollo de vello, existencia de signos de envejecimiento, siendo algo realmente elemental, puesto que permite tomar las medidas más adecuadas.

En este manual se especifica la forma como deben realizarse los exámenes, como deben tomarse las fotografías y su envío al organismo correspondiente, mismo que debe ser conforme a la zona donde se encuentra el lugar a analizar, esto es; si es la vagina, boca, ano, las posiciones en las que debe situarse la víctima para la realización del examen, además del análisis toxicológico de alcohol y drogas, así como el análisis de prendas a fin de determinar el ADN existente en las manchas que podrían estar presentes.

En definitiva, la Guía para el manejo del protocolo forense en delitos sexuales es completo, puesto que contiene no solo las reglas y recomendaciones para el manejo de las posibles víctimas y responsables de delitos sexuales, sino cómo deben elaborarse los exámenes tanto en menores como en mayores de edad, por lo que es considerado bastante efectivo debido a la especificación que tiene.

1.6 Marco Legal Aplicable

1.6.1 Constitución de la República del Ecuador

La Carta Magna de Ecuador contiene disposiciones relacionadas a la protección de las personas contra todas las formas de violencia que puedan afectar la vida cotidiana, tal es el caso del artículo 66, los derechos de libertad que tienen todas las personas en general, y en particular las mujeres. Se puede desprender de ese artículo el tercer numeral (referente al derecho a una vida libre de violencia), de forma más explícita en el segundo literal del articulado, el cual detalla lo siguiente:

Los ciudadanos del Ecuador deben vivir una vida libre de violencia, en disfrute de sus derechos y obligaciones, en especial aquellos que se encuentren catalogados dentro de los grupos vulnerables, niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad, entre otros, a más de que las entidades públicas establecen una serie de programas destinados a la prevención y erradicación de cualquier figura de violencia en contra de personas indefensas. (Constitución de la República del Ecuador , 2021, pág. 22)

1.6.2 Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos

1.6.2.1 Declaración Universal de Derechos Humanos

Este tratado internacional en especial, establece las bases para que los ciudadanos del mundo vivan en una sociedad pacífica, precisamente en el artículo 5, si bien no menciona de forma específica la violencia en contra de las mujeres y grupos vulnerables, se puede interpretar que existe un derecho de la población en general a no padecer ninguna situación de violencia que, entre otras cosas pueda atentar contra el disfrute de una vida tranquila y sin temores.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) dice, “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes” (p.03). Lo cual incluye la violencia a la que se refiere la presente memoria escrita y que es padecida desgraciadamente por niños y adolescentes menores de 14 años en la forma de violación, sobre todo cuando se encuentran en un lugar donde se supone se encuentran seguros como el hogar y junto a su familia.

1.6.2.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece de forma general la prohibición de todas las formas de violencia que puedan existir en contra de las personas, en lo que se puede sumar la violación, sobre todo cuando es cometido en contra de personas y grupos vulnerables.

El artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976) detalla de forma específica lo siguiente, “nadie será sometido a torturas ni a penas

o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En conclusión, no se puede hacer experimentos científicos o médicos a nadie sin su consentimiento previo” (p.08).

1.6.2.3 Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)

Este cuerpo legal internacional hace referencia a los derechos humanos de los que gozan ciudadanos, de igual o similar característica que la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual hace referencia justamente a los derechos de integridad personal, mismos que se encuentran en el escrito del artículo 5.

En cuanto a lo relacionado al tema de investigación está inmiscuido tácitamente en el numeral 2 ibidem de la Convención Americana de Derechos Humanos (San José) (1978), “nadie será sometido a penas o tratos inhumanos, ni penas crueles” (p.04).

1.6.2.4 Declaración de los Derechos del Niño

La Declaración de los Derechos del Niño se encuentra vigente en el marco jurídico para evitar toda forma de abuso sexual en contra de los menores en el hogar, también a lo dispuesto en el primer inciso del principio 9 ibidem de la Declaración de los Derechos del Niño (1959) detalla lo siguiente, “el niño no será materia de ningún tipo de trata y debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación” (p.03).

1.5.2.5 Convención sobre los Derechos del Niño

Como corolario de la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño, se expide una Convención referente a ésta, misma que es mucho más particular, por

cuanto establece las pautas necesarias que debe seguir cada Estado respecto al cumplimiento de prerrogativas que vayan en favor de los menores. El artículo 19 de la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño (1989) detalla que, “los menores de edad deben ser protegidos en contra de las agresiones en contra de éstos, lo cual incluyen los delitos sexuales” (p.16).

1.6.2.5 Código Orgánico Integral Penal

Como ya se especificó anteriormente, en el Código Orgánico Integral Penal se encuentra el régimen jurídico para la protección de menores de 14 años en cuanto a la violación, además de la diferenciación entre violación y violación incestuosa, así como las técnicas de investigación necesarias para el juzgamiento.

Cabe resaltar que dentro de las técnicas de investigación que se usan para la formulación de cargos o la sustentación de informe, la aplicación de técnicas de criminalística destinadas para materializar la existencia de elementos de convicción se utiliza a fin de poder determinar la responsabilidad penal en contra de la persona que haya cometido la violación.

1.7 Legislación Comparada respecto al tema de investigación

1.7.1 El delito de violación a menores en la Legislación Peruana

1.7.1.1 Descripción del tipo penal de violación

La diferencia entre la normativa ecuatoriana con la peruana es que está inmersa, sobre todo en lo que se refiere a la capacidad punitiva de Perú al momento de calificar la pena privativa resultante del delito de estudio.

El artículo 170 ibidem Código Penal Perú (2018) detalla que, “la pena privativa que se debe imponer al autor del delito de violación no debe ser menor de

14 años ni mayor de 26, es decir que debe estar en ese intervalo de tiempo” (p.147). Si se hace una comparación o símil con el sistema penal ecuatoriano, se puede dar a entender de que la pena privativa de libertad es mucho más severa en esta norma que en el Código penal del país vecino, debido a que es considerado como un delito muy grave, más si es en contra de menores de 14 años, a pesar de que a ciencia cierta esto es muy relativo, sobre todo si se toma en consideración las circunstancias constitutivas de dicho tipo penal; la penetración o acceso carnal (relaciones sexuales) no consentidos, sumados a intimidación para que la víctima no pueda denunciar el hecho.

El jurista Valderrama (2021) en su artículo, “el delito de violación sexual y sus modalidades” detalla que: “el delito base de violación sexual, también denominado delito doloso de acceso carnal sexual, se perfecciona con acciones efectivamente sexuales” (p.04). No puede evidenciarse delito de violación si no existe apetito sexual por parte de la persona agresora, pudiendo desarrollar incluso conductas atípicas para la legislación peruana como es el caso de la introducción de sustancias estupefacientes en los órganos sexuales como la vagina.

1.7.1.2 El delito de violación a menores en la Legislación Argentina

La diferencia entre la normativa penal ecuatoriana con la argentina recae en la capacidad punitiva que tiene este último al cometimiento del delito sexual, si la víctima tuviere trece años, exista la perpetración del hecho con amenazas, intimidación, abuso de poder. El artículo 119 ibidem del Código Penal de la Nación Argentina (1984) detalla que:

La pena privativa de libertad que se debe imponer en contra del sujeto activo depende de las circunstancias del hecho y en caso de existir acceso carnal, violación sería de 6 a 15 años. Pero también el castigo que será impuesto incrementará de 8 a 20 años afectare a la salud física o mental de la víctima, violación incestuosa, violación colectiva, el autor del delito de violación tuviere conocimiento de ser portador de ITS graves, violación cometida por policías o miembros de seguridad en abuso de sus funciones, violación a menores de dieciocho años. Y en casos donde la víctima resultare muerta, el victimario tendrá prisión perpetua. (p.05)

CAPÍTULO 2. METODOLOGÍA DEL PROCESO DE INVESTIGACIÓN

2.1 Enfoque de la investigación

Debido a la naturaleza del presente trabajo de investigación, que busca caracterizar la efectividad del protocolo para peritaje forense para la investigación y obtención de prueba suficiente para la formulación de cargos y/o llamamiento a juicio en delitos de violación cometidos en contra de menores de 14 años, se le ha dado un enfoque cualitativo, por cuanto se han desarrollado varias dudas y preguntas desde el primer momento del desarrollo de la misma y que han sido respondidas durante su desarrollo.

Conforme a lo mencionado por el periodista e investigador Monje (2011), "El enfoque cualitativo también se guía por áreas o temas significativos de investigación. Los estudios cualitativos pueden desarrollar preguntas e hipótesis antes, durante o después de la recolección y el análisis de la información" (p.45).

Dentro del enfoque cualitativo de investigación se menciona también como característica principal la ampliación del sentido del tema propuesto a fin de que pueda descomponerse en varios cuestionamientos o teorías que le den las respuestas suficientes y corroborar las hipótesis que se planteen.

2.2 Tipos de Investigación empleados

2.2.1 Investigación explicativa

Como su nombre lo indica, la investigación explicativa describe el problema de investigación desde su origen, ya que es importante la comprensibilidad para poder plantear soluciones factibles y concretas al problema que se está investigando, en este caso, caracterizar la efectividad del protocolo para peritaje forense en casos de violación en contra de menores de 14 años de edad y detallar

lo concerniente al tipo penal descrito conforme a la ley y la doctrina, desarrollando técnicas destinadas a dar con la materialidad de la infracción y el descubrimiento de las personas responsables.

El investigador Sampieri (2014) la define como, “aquel mediante el cual permite la explicación de las distintas ideas que se desprenden del tema y obtener los detalles necesarios para poder dar una solución al problema” (p.528).

2.3 Periodo y lugar donde se desarrolló la investigación

La presente investigación se realizó en el perímetro urbano de la ciudad de Guayaquil, durante el último bienio (2021-2022), específicamente en los Laboratorios de Criminalística y Ciencias Forenses y Fiscalías de la urbe, puesto que el objetivo de la misma es caracterizar la efectividad del protocolo para peritaje forense emitido por la Fiscalía General del Estado, de manera específica en los procesos penales de violación en contra de menores de 14 años.

2.4 Universo y Muestra

En cuanto al universo y muestra de este estudio jurídico, se puede detallar conforme al método cualitativo, que se procedió a caracterizar la efectividad de la del protocolo para peritaje forense en casos de violación en contra de un menor de 14 años en la ciudad de Guayaquil, además se desarrollaron entrevistas a 2 médicos legistas del departamento de Criminalística y Ciencias Forenses, así como a una fiscal agente de delitos sexuales quienes respondieron preguntas a fin de compartir sus experiencias en el tema de investigación.

2.5 Métodos de Investigación utilizados

2.5.1 Método Deductivo

Se realizó a través de un análisis del contenido del protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales otorgado por la Fiscalía General del Estado, promulgado en el año 2014, también un análisis comparativo con protocolos de peritajes forenses de países como Argentina y Perú con el uso de la legislación ecuatoriana en casos como el delito de violación en menores de 14 años, con el fin de reconocer factores que inciden a la correcta efectividad de los mecanismos criminalísticos forenses para determinar el hecho punible.

Precisamente este método se utiliza en estudios de casos, donde se escoge un tema (o es asignado), la persona debe desarrollarlo hasta conseguir comprobar los datos y resultados que la llevan a la misma. Prieto (2017) lo define, “el método deductivo que en términos de sus raíces lingüísticas significa conducir o extraer, está basado en el razonamiento. La aplicación es totalmente intrínseca del ser humano ya que permite pasar de principios generales a hechos particulares” (p.11).

2.5.2 Método Analítico

Se realizó un esquema explicativo del problema de investigación escogido con el fin de poder descifrar la naturaleza de la existencia del mismo, además de las causas y efectos de que este protocolo forense usado para determinar violación se siga manteniendo y/o se modifique, puesto que es necesario conocer las consecuencias que acarrea su implementación y ejecución.

El método analítico de Investigación, según Ruiz (2007), “es aquel método de investigación que consiste en la desmembración de un todo, descomponiéndolo en sus partes o elementos para observar las causas, la naturaleza y los efectos. El análisis es la observación y examen de un hecho en particular” (p.112). Lo cual se manifiesta como descomponer el fenómeno para poder realizar un análisis o investigación de sus características generales, además de las causas y efectos de su aplicación en el contexto investigativo.

2.5.3 Método Empírico

Se efectuaron entrevistas a un grupo de expertos en materia Penal y Médico Legal, se alcanzó con mayor detalle sus conocimientos sobre esta figura y si opinan importante o no, que exista una reforma dirigida a establecer mejor el contenido de los protocolos forenses destinados a resolver el delito de violación en menores de 14 años de edad.

2.6 Técnica de Investigación usada en el presente trabajo

2.6.1 Entrevistas

En el presente trabajo de investigación se desarrollarán entrevistas a médicos legistas y agentes fiscales afincados en la urbe porteña, a fin de que puedan compartir información y experiencias dentro del tema que se investiga y aportar al trabajo. Misma que es definida como una técnica muy flexible que permite la interacción directa entre las partes a fin de conseguir información mediante una conversación sobre el tema que se está investigando. Díaz et al. (2013) la definen como: “entrevista es una técnica de gran utilidad en la investigación cualitativa para

recabar datos; se define como una conversación que se propone un fin determinado distinto al simple hecho de conversar” (p.05).

Las prenombradas autoras destacan la utilidad de la entrevista a partir de una investigación cualitativa, ya que se puede obtener gran parte de los datos que complementan la información recopilada en las etapas anteriores del proceso de investigar.

CAPITULO 3. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1. Entrevistas a Peritos Médicos Legales

Profesional entrevistada No.1

Dra. María Isabel Sánchez Vicuña

Año de ejercicio profesional: 13 años en el área forense.

Cargos:

Perito Laboratorio de Biología forense-Centro Forense de Manta 2013-2014.

Coordinadora Laboratorio de ADN de la FGE Quito 2014-2016.

Gerente General de SIAF CIA.LTDA SERVICIO INTEGRAL ASESORAMIENTO FORENSE 2018 hasta la actualidad.

Docente Universidad Ecotec 2022

Perito del Consejo de la Judicatura (ADN) 2022

1. ¿Cuál es su apreciación respecto del protocolo de peritaje forense con el que se apoyan los peritos médicos legales actualmente para examinar casos de violación en menores a 14 años de edad?

Si bien considero que el protocolo para peritaje forense es acorde a la modalidad de estudio del delito de violación, deberían existir algunos ajustes, más específicos y no muy generales, sobre todo en el área de biología molecular, puesto que para realizar técnicas determinadas para que se pueda detectar el semen y otros fluidos corporales se requiere de materiales desechables que si bien constan escritos en el protocolo que se deben usar, no hay suministros en los centros médicos legales, haciendo que el perito encargado no pueda seguir con el procedimiento. Además,

es necesario que se estipule cual es el procedimiento que debe seguir el perito médico legal en caso de que una víctima esté en gestación producto de violación.

2. ¿Considera usted que dicho protocolo es eficaz para la búsqueda de indicios en delitos de violación?

No del todo, hay técnicas de investigación de delitos sexuales, violación, que son consideradas obsoletas y deben grosso modo adecuarse a los tiempos actuales, por ejemplo, en la identificación de semen y espermatozoides para saber de forma específica quienes son los responsables de este delito, existen algunas discrepancias entre la técnica usada en la práctica de la pericia y lo que señala el manual, por lo que es importante capacitarse continuamente y mejorar los métodos de investigación forense.

3. ¿Cuál es el procedimiento que sigue el perito médico legal en cuanto a la atención de víctimas de violación menores de 14 años de edad?

Las víctimas tienen que acudir a los centros especializados junto con sus representantes legales de así ser necesario, donde el perito médico legal tiene contacto con ellos, explica el procedimiento, el consentimiento informado, entre otros pasos como, la toma de muestras, hacer exámenes pertinentes a la cavidades anales, vaginales, orales, físicas cuya experticia científica serán hallazgos y/o espermatozoides del victimario del menor de 14 años de edad.

4. ¿Cuál es su comentario respecto a la falta de capacitación a médicos de hospitales públicos también acreditados por el Consejo de la Judicatura para que realicen exámenes ginecológicos por violación a menores de 14 años de edad?

Muchos médicos generales al no tener la experticia adecuada en el tema forense, cometen errores garrafales al momento de hacer los exámenes, causando en cierta forma revictimización, tal es el caso de quienes han introducido “cotonetes” de forma equivocada en las cavidades de la víctima y no hisopos largos como lo establece el protocolo, en ese sentido hace falta mayor capacitación en forense/médico legal a los profesionales de la salud que laboran en hospitales públicos.

5. ¿Considera que el contenido del protocolo para peritaje forense usado en el tratamiento de delitos sexuales, violación, se puede perfeccionar, si o no, justifique su respuesta?

Si considero necesario el perfeccionar al protocolo descrito en tu proyecto de investigación, debido a que el tiempo ha avanzado por ende todo ha evolucionado, el individuo, la pericia, lo legal, la práctica, la metodología, lo científico, el mismo uso y la poca atención de las autoridades competentes en sentido de verificar la forma y modalidad de uso, entre otros factores.

6. ¿Recomienda usted que se reforme total o parcialmente el protocolo descrito en esta investigación o sea reemplazado por uno nuevo?

Estimo correcto una reforma parcial al protocolo para peritaje forense usado por peritos médicos legistas en el hallazgo de hechos que confirmen un delito sexual como lo es la violación en menores de 14 años, debido a que los tiempos cambian, y se necesitan de capacitaciones al personal, de elementos probatorios periciales pertinentes y específicos que confirmen dicho ilícito, entre otras cuestiones legales.

Profesional entrevistado No.2

Dr. Fausto Gonzalo Chacón Chacón

Año de ejercicio profesional: 10 años como Médico Legista.

Cargos:

Médico Perito acreditado por el Consejo de la Judicatura con especialidad en Medicina Legal/Forense.

Docente de la materia Medicina Legal en la Facultad de Derecho y Gobernabilidad, Universidad Ecotec.

1. ¿Cuál es su apreciación respecto del protocolo de peritaje forense con el que se apoyan los peritos médicos legales actualmente para examinar casos de violación a menores de 14 años de edad?

Basándome en el concepto de que yo recibo al paciente luego de que ya tengo el oficio del fiscal, donde el me indica como se tiene que proceder, el protocolo médico legalista se aplica para examinar a estas víctimas de 14 años, en este sentido mi apreciación es que el protocolo tiene tantos puntos importantes para realizar una buena pericia como otros que si necesitan de actualización. Te comento

que los laboratorios criminalísticos carecen de suministros como kits esenciales para hacer los exámenes ginecológicos a una víctima de violación, también personal que no está especializado en el tema, por tanto, se estaría recayendo en revictimización.

2. ¿Considera usted que dicho protocolo es eficaz para la búsqueda de indicios en delitos de violación?

Parcialmente, desde el punto de vista médico legal es un protocolo apropiado, se trata de sacar provecho al examen que se realiza, sin embargo, en la praxis, en ocasiones nos vemos limitados al momento de querer tomar muestras y no tener personal idóneo para que traslade las pruebas y cumpla con la cadena de custodia.

3. ¿Cuál es el procedimiento que sigue el perito médico legal en cuanto a la atención de víctimas de violación menores de 14 años de edad?

Todas las víctimas tienen una atención igualitaria, sin embargo, el protocolo indica que las víctimas entre 12 y 14 años están en posibilidades de por si solas hacer la denuncia, inclusive ellas pueden autorizar al médico hacerle o no el examen, tampoco es necesario que vengan con sus representantes legales, ni con la madre ni padre. Pero, las víctimas menores de 12 años si tienen que acudir con un representante legal y al momento de tener que ejecutar exámenes ginecológicos en ellas se debe pedir su colaboración y también de los padres, el perito médico legal tiene que abordarla de manera táctica y trabajar en equipo con el área psicológica.

4. ¿Cuál es su comentario respecto a la falta de capacitación a médicos de hospitales públicos también acreditados por el Consejo de la Judicatura para que realicen exámenes ginecológicos por violación a menores de 14 años de edad?

Definitivamente, en este caso si se tiene una falencia enorme, imagínate si algunos médicos legistas no tienen práctica en terreno de delitos sexuales, mucho menos estarán capacitados los médicos que trabajan en áreas hospitalarias, podrán saber de medicina clínica, pero en el área legal hay una deficiencia mayor, no hay conocimientos básicos de medicina legal ni de como hacer una pericia en el área ginecológica, esto traería como consecuencia que los informes estén mal realizados, por ende un alto porcentaje de revictimización.

5. ¿Considera que el contenido del protocolo para peritaje forense usado en el tratamiento de delitos sexuales, violación, se puede perfeccionar, si o no, justifique su respuesta?

Si, estimo necesario que su contenido se perfeccione a los tiempos actuales, ya que eso traerá consecuencias buenas para el área judicial, desde comprobar con mayor agilidad y exactitud quien fue el agravante y que el agraviado tenga un tratamiento con mayor diligencia, esto podrá efectuarse si se capacita a los funcionarios públicos encargados de las pericias legales, si también se cuenta con una esa infraestructura óptima para realizar exámenes, si se contratan a profesionales afines al tema como enfermeras y secretarias, ya que muchas veces

el médico legista se ve limitado en producir de forma oportuna la toma de muestras, guardarlas, etiquetarlas, así como el informe pericial y otras ocupaciones que requiere.

6. ¿Recomienda usted que se reforme total o parcialmente el protocolo descrito en esta investigación o sea reemplazado por uno nuevo?

Si recomiendo que haya una actualización, en toda materia existe, más aún si fue promulgada en el 2014, es preciso que se reúna una mesa técnica, pero con profesionales expertos, personas que hayan trabajado en el área porque no es lo mismo alguien que venga de la teoría, a alguien que esté en la práctica, se necesitan sujetos trabajadores en el área, que sepan las deficiencias del contenido al momento de ejecutarlo, más el establecer un tratamiento especial si es un menor de 14 años de edad.

3.2. Entrevista a Agente Fiscal

Profesional entrevistada No.3

Ab. Gioconda Auxiliadora Armijos Morán, Msc.

Cargo: Agente Fiscal de Delitos Sexuales en la Fiscalía General del Estado de la ciudad de Guayaquil.

1. ¿Cuál es el procedimiento usado por vuestra autoridad para la investigación de delitos de naturaleza sexual en menores de 14 años?

Por lo general, al tratarse de un tipo penal muy grave, puedo manifestar que las investigaciones son muy exhaustivas, y no es suficiente sólo con la denuncia ante el fiscal, se necesitan otros medios para obtener las pruebas que los fiscales demostramos en audiencia, una de ellas es la cámara de Gesell en donde se recepta el testimonio anticipado de las víctimas, además de los exámenes periciales pertinentes (análisis de cavidades, ADN, muestras genéticas de fluidos corporales, etc.), los cuales son determinantes a la consecución de resultados, es necesario en ese sentido que el fiscal se encuentre en acompañamiento total con los peritos a fin de que la investigación sea exitosa.

2. ¿Considera usted que el protocolo actual emitido por la Fiscalía es eficaz en casos de violación a menores de 14 años de edad, si o no, por qué?

A breves rasgos y simple vista, se podría decir que no en gran parte, muchos peritos/médicos forenses desean aplicar técnicas novedosas para la detección de pruebas a fin de sustentar la acusación, así como de no seguir una correcta cadena de custodia luego de la toma de muestras, deficiencia de conocimientos y praxis por parte de ciertos profesionales, por ello y más se recomienda la actualización del protocolo, ya que los tiempos cambian, por ende, los manuales también deberían hacerlo.

3. ¿Qué recomendaciones aportaría usted para mejorar el procedimiento que siguen los peritos/médicos forenses en casos de violación en contra de menores de 14 años?

Se necesita capacitar exhaustivamente a quienes prestan sus funciones en los laboratorios de Criminalística, a quienes tienen contacto directo con la víctima, por cuanto en ocasiones los peritos forenses omiten ciertos pasos en el desarrollo del protocolo por falta de conocimientos básicos, materiales para realizar exámenes a la persona afectada, incidiendo a futuro en la resolución de las causas penales, un informe pericial deficiente, puede repercutir en revictimización e insuficiencia probatoria.

4. ¿De qué forma se puede mejorar la investigación y peritaje en casos de violación en menores de 14 años de edad?

La función en particular de conocimientos científicos, legales, forenses quedan consagradas en el COIP, la necesidad de la pericia como instrumento central para establecer el cuerpo del delito obliga a llamar a la persona capacitada para que realice pruebas lo más antes posible, por ello es necesario la modernización del protocolo de peritaje forense, permitiendo luego al fiscal con el informe, analizar circunstancias atenuantes o agravantes en la investigación del delito sexual.

5. ¿Está de acuerdo con mantener el actual protocolo para peritaje forense para el tratamiento e investigación de delitos sexuales o debe separarse uno especial para menores de 14 años de edad?

Recomiendo que se reforme el protocolo existente del 2014 con contenido más particular, tomando como guía al protocolo psicológico forense expedido en el 2018 para casos de violencia sexual en contra de niñas, niños y adolescentes con la única finalidad de que se reduzca la revictimización de las víctimas, los cuales son sujetos

de derechos según lo estipulan los tratados internacionales, la Constitución del Ecuador, entre otras normativas vigentes.

Análisis de los Resultados de las entrevistas a expertos

Los resultados obtenidos por las entrevistas realizadas a expertos en materia de delitos sexuales, permitieron decidir de manera fidedigna la existencia de la problemática antes descrita en este proyecto de investigación, por cuanto la efectividad que tiene el protocolo para peritaje forense en casos de violación en menores de 14 años de la ciudad de Guayaquil 2021-2022 se ve comprometida, ya que establecieron que existen divergencias entre el contenido y su aplicación práctica.

Los entrevistados peritos/médicos legales mencionan que estiman necesario el perfeccionar puntos del protocolo para delitos sexuales, ya que hay muchos cambios tanto en la pericia, en el derecho, lo científico, la metodología de uso, así como la presencia del poco interés de las autoridades competentes en cuanto a suministrar kits para la toma de muestras, tal que no se podrá establecer de forma inmediata la existencia del cuerpo del delito y si se tuvo lugar al hecho denunciado en los términos mencionados por la ley y la jurisprudencia; el corto el tiempo que tienen los médicos legales para hacer todo el procedimiento como lo dice el protocolo por tanto, necesitan de personal capacitado. Y varias situaciones que dan como resultado el no cumplir de forma oportuna y expedita con los derechos

consagrados en la Constitución del Ecuador, así como del contenido del protocolo forense.

En cuanto a lo que comenta la fiscal versada en delitos sexuales, tanto el asunto del protocolo como su práctica forense en casos de violación a menores de 14 años tienen que modernizarse a través de una reforma, porque el sistema penal acusatorio ecuatoriano tiene como objetivo dictaminar la culpabilidad del sujeto que cometió el delito sexual y encontrar soluciones en pro de las partes procesales. El desarrollo de técnicas especializadas de investigación en la forma prevista en el Código Orgánico Integral Penal necesita justamente de los peritos de medicina legal.

En tal sentido los expertos opinan que es necesaria una propuesta de reforma parcial al protocolo de peritaje forense usados en el delito de violación en contra de menores de 14 años.

CAPÍTULO 4. PROPUESTA

4.1 Justificación de la propuesta

La justificación más idónea que lleva a la redacción de la presente propuesta de investigación jurídica alude justamente a la caracterización del presente protocolo de peritaje forense, conforme a las necesidades que ameriten en el más grave de los tipos penales que se cometen en contra de la integridad y libertad sexual una persona, esto es la violación en contra de menores de 14 años, mayormente niños y niñas, quienes se ven vulnerados en sus derechos fundamentales.

4.2. Propuesta de Reforma parcial al Protocolo para Peritaje Forense en casos de violación expedido por la Fiscalía General del Estado en el año 2014.

Protocolo para Peritajes Forenses FGE 2014

Que, el numeral 3a. del Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales (2014):

El perito médico legal debe revisar que los datos consten en los documentos que fueron entregados por las autoridades encargadas de la unidad de medicina legal respectiva. Para que el proceso sea menos revictimizante y traumático debe controlar a la víctima. Responsable: peritos forenses. (p.120)

Que, el numeral 3c. del Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales (2014):

“Dentro del kit de peritaje forense para evaluar víctimas de delitos sexuales, tendrá

instrucciones para empezar con el procedimiento. Además, encontrará los formularios ineludibles para su pericia y otros que necesite según el caso” (p.121).

Que, el numeral 3e.2 del Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales (2014):

El perito médico legal debe en caso de ser indispensable la toma de muestra, tiene que comprometerse de reconocer, recoger, envasar, marcar, conservar y trasladar al laboratorio correspondiente, garantizando la cadena de custodia. Las prendas de vestir son consideradas como asientos de muestras biológicas por lo que una a una debe ser doblada, secando a la sombra y asegurando las muestras. En cada área de salud habrá una bodega temporal para preservar muestras biológicas hasta que sean llevadas al laboratorio adecuado. Existe un servidor policial en el DML responsable de llevar las muestras al laboratorio una vez al día, cumpliendo la cadena de custodia.
(p.123)

Que, el numeral 3f. del Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales (2014):

El coordinador de los laboratorios de los Centros de Investigación Forense y ADN de la FGE, elige por turno el perito que realizará el manejo y análisis de la muestra, el resultado será plasmado en su informe para enviárselo al fiscal de la causa correspondiente. (p.124)

Que, el numeral 3g. del Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales (2014), *“el perito forense debe guiar a la víctima sobre los pasos a seguir para denunciar en caso de que el informe pericial refiera a un delito sexual”* (p.124).

Que, el numeral 7a. del Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales (2014), *“el perito médico legal tiene aproximadamente una hora y treinta minutos para efectuar una pericia forense, esto engloba, examen físico, automatización del protocolo e impresión de informe pericial a la fiscalía que corresponde. Responsables: peritos forenses”* (p.127).

Reforma parcial al Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales FGE

Modifíquese el numeral 3a. del Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales:

*El perito médico legal debe revisar que los datos consten en los documentos que fueron entregados por las autoridades encargadas de la unidad de medicina legal respectiva. Para que el proceso sea menos revictimizante y traumático debe controlar a la víctima. Responsables: Peritos forenses y **Psicólogos forenses.***

Modifíquese el numeral 3c. del Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales:

*Dentro del kit de peritaje forense para evaluar víctimas de delitos, tendrá instrucciones para empezar con el procedimiento. Además, **estos kits serán otorgados por la Fiscalía General del Estado cada tres meses como mínimo a SNMLCF, mismos que contendrán test de detección de embarazo, anticonceptivo de emergencia, profilaxis ITS, VIH, vacunas antitetánicas, hisopos y demás productos desechables necesarios para un correcto examen ginecológico a la víctima, también encontrará los formularios ineludibles para su pericia y otros que necesite según el caso.***

Agréguese:

En casos de detectar embarazo producto de violación en menores de 14 años o en adultas y de encontrarse en los plazos determinados por la ley, el perito médico legal tratante deberá comunicar a la víctima que en su consentimiento informado se encuentra estipulado la posibilidad de suspender la gestación de forma libre y voluntaria. Teniendo que ser trasladada a hospitales públicos para que un médico le practique la interrupción del embarazo luego de efectuar el procedimiento de peritaje forense.

Modifíquese el numeral 3e.2 del Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales:

El perito médico legal debe en caso de ser indispensable la toma de muestras, tiene que comprometerse de reconocer, recoger, envasar, marcar, conservar y en cada unidad del SAI, un servidor(a) se encargará de transportarlas al laboratorio correspondiente, garantizando y respetando la cadena de custodia. Las prendas de vestir son consideradas como asientos de muestras biológicas por lo que una a una debe ser doblada, secada a la sombra y asegurando las muestras. En cada área de salud habrá una bodega temporal para preservar muestras biológicas hasta que sean llevadas al laboratorio adecuado. Existe un servidor policial en el DML responsable de llevar las muestras al laboratorio tres veces al día, cada 8 horas. Responsables: Peritos Forenses, Servidor(a) del SAI, Policía Judicial. Coordinación con: Policía Judicial, Secretarías coordinaciones o de las unidades de medicina legal.

Modifíquese el numeral 3f. del Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales:

El coordinador de los laboratorios de los Centros de Investigación Forense y ADN de la FGE, designa en base a lo que la víctima solicitara y fuera posible que la atención sea efectuada por un perito del mismo género, quien realizará el manejo y análisis de la muestra, el resultado será plasmado en su informe para enviárselo al fiscal de la causa correspondiente. Responsables: Peritos Forenses, Coordinador UAPI, Secretaría del DML.

Modifíquese el numeral 3g. del Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales:

Si el informe pericial refiera a un delito sexual, en específico al de violación en menores de 14 años de edad, el(a) perito forense evaluará el riesgo en el que se encuentra la víctima, posibles repercusiones e informará a la misma sobre el procedimiento de denuncia, así precautela derechos, la fiscalía más cercana.

Modifíquese el numeral 7a del Protocolo para peritajes forenses en delitos sexuales:

*El perito médico legal tiene aproximadamente **2 (dos) horas y treinta minutos**, para efectuar una pericia forense, esto engloba, examen físico, automatización del protocolo e impresión de informe pericial a la fiscalía que corresponde. Responsables: Peritos Forenses, **Fiscalía General del Estado.***

CONCLUSIONES

- Del estudio efectuado al contenido del protocolo de peritaje forense respecto a violación a menores de 14 años de edad en la ciudad de Guayaquil 2021-2022, se puede concluir que existen falencias en el mismo, así como en la función judicial, por tanto, requiere de actualización en el desarrollo de técnicas investigativas específicas y procesos practicados por profesionales para contribuir a la materialidad y juzgamiento del hecho y no a la revictimización.
- Mediante el análisis comparativo de los protocolos de Perú, Argentina y Ecuador, se evidencia que en este último si bien existe normativa que protege a las víctimas en el desarrollo pericial médico y judicial no existe en la práctica un proceso oportuno, expedito y activo que los proteja. Las penas privativas de libertad en las legislaciones de estos tres países estudiados, varían según las escenas del caso.
- El camino a seguir para mejorar aspectos que abarcan el procedimiento de la pericia médico legal y de los fiscales en víctimas de violación menores de 14 años acorde a la efectividad de la prueba, es una propuesta de Reforma parcial al Protocolo de Peritajes Forenses en delitos sexuales emitido por la FGE en el 2014.

RECOMENDACIONES

- Se recomienda que la Fiscalía General del Ecuador sea la encargada de llevar a cabo constantemente capacitaciones y congresos en medicina legal y derecho penal en relación al peritaje forense a médicos legales pertenecientes al SNMLCF, a médicos de hospitales públicos y a sus fiscales agentes de delitos sexuales ya que a través de esta investigación se tiene la certeza de su falta de conocimientos teóricos y prácticos.
- Se advierte realizar estudios comparativos de diversos protocolos de pericia forense y normativas de otras naciones de América con los realizados en el Ecuador para así recolectar información adecuada y beneficiosa en el desarrollo de la experticia legal.
 - La Fiscalía General del Estado tiene la obligación de actualizar, perfeccionar e inclusive implementar otros protocolos adecuados y específicos, los cuales contribuirán con mecanismos correctos para tratar a víctimas de violencia sexual menores de 14 años de edad, los cuales serán asunto de análisis para los peritos médicos legales y funcionarios judiciales.

Bibliografía

- Behar, D. (2008). *Metodología de la Investigación*. Shalom.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires.
- Cavada Herrera, J. P. (2020, Diciembre). *Concepto y catálogo de delitos sexuales*. Retrieved from Biblioteca del Congreso Nacional de Chile: https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/29603/2/B_CN_Concepto_y_cata__logo_de_delitos_sexuales_edit_GW.pdf
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia . (2017). Quito , Ecuador .
- Código Orgánico Integral Penal. (2018, Febrero 5). Quito, Ecuador: Lexis.
- Código Penal de la Nación Argentina. (1984). Obtenido de https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_arg_codigo_penal.htm
- Constitución de la República del Ecuador . (25 de Enero de 2021). Quito , Ecuador.
- Convencion Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José). (1978). Costa Rica.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (20 de Noviembre de 1989).
- CRE. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: López Cedeño & Asociados.
- Cruz Ponce, E. (2020, Marzo 2). *La Prueba Pericial*. Retrieved from <https://www.cruzponceabogados.com/single-post/2020/03/03/momento-de-la-prueba-pericial>
- Declaracion de los Derechos del Niño . (1959).
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (10 de Diciembre de 1948). París.

- Díaz Bravo, L., Torruco García, U., Martínez Hernández, M., & Varela Ruiz, M. (2013). La entrevista, recurso flexible y dinámico. *Investigación en educación médica*, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2007-50572013000300009.
- Fiscalía General del Estado . (2014). *Protocolo para peritajes forenses VIF- delitos sexuales y lesiones cuando la vida de la victima no corre riesgo por las lesiones* . Quito .
- Fiscalía General del Estado. (2022). *Noticias de delito*. Guayaquil.
- Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la Investigación*. Buenos Aires.
- Legal, S. N. (01 de Marzo de 2016). *Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses* . Obtenido de <https://www.cienciasforenses.gob.ec/laboratorio-de-criminalistica-y-ciencias-forenses-brinda-un-adeecuado-servicio-en-medicina-legal/>
- Lopera Echavarría, J. D., Ramírez Gómez, C. A., Zuluaga Aristizábal, M., & Ortiz Vanegas, J. (2010). El Método Analítico como Método Natural. *Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, 18.
- Miranda, E. (2007). *Análisis de la valoración de la Prueba Testimonial dentro del Derecho Procesal Civil Ecuatoriano*. Retrieved from <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/764/1/06398.pdf>
- Monje, C. (2011). Investigación Cualitativa. En C. Monje Alvarez. Neiva.
- Núñez Pérez, D. (2020). *Análisis de la valoración de la prueba y el principio de seguridad jurídica en actos de violencia psicológica*. . Obtenido de

http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-36202021000200160#B16

Núñez, M. (2018). La Educación Sexual Integral. *Ideas para el Aula*, 5.

Núñez, R. (1988). *Tratado de Derecho Penal Especial*. Buenos Aires.

Organización Mundial de la Salud. (s.f). *Violencia sexual*. Obtenido de https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/98821/WHO_RHR_12.37_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Palomero E., S. (2004). Protocolos forenses para víctimas de delitos contra la integridad sexual. *Cuadernos de Medicina Forense*, 44.

Parra Quijano, J. (2007). *Manual de Derecho Probatorio* . Bogotá: Ediciones del Profesional .

Penal, C. O. (17 de Febrero de 2021). *Asamblea Nacional República del Ecuador*. Obtenido de VLEX: <https://vlex.ec/vid/codigo-organico-integral-penal-631464447>

Prieto Castellanos, B. (2017). El uso de los métodos deductivo e inductivo para aumentar la eficiencia del procesamiento de adquisición de evidencias digitales. *Cuadernos de Contabilidad*, 11.

Ramos Galarza, C. (2020). Los Alcances de una Investigación. *CienciAmérica*, 2.

Real Academia de la Lengua Española. (2020). *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico* . Retrieved from Real Academia de la Lengua Española: <https://dpej.rae.es/lema/onus-probandi>

- Rodríguez Jiménez, A., & Pérez Jacinto, A. O. (2017). Métodos científicos de indagación y de construcción del conocimiento. *Escuela de Administración y Negocios*, 10.
- Ruiz Limón, R. (2007). Método Analítico. In R. Ruiz Limón, *Historia y Evolución del Pensamiento Científico* (p. 112).
- Sentencia No. 13-18-CN/21, 13-18-CN/21 (Corte Constitucional del Ecuador 15 de Diciembre de 2021).
- Técnicas de Investigación. (2020, Julio 6). *Investigación Explicativa*. Retrieved from <https://tecnicasdeinvestigacion.com/investigacion-explicativa/>
- Unidas, A. G. (23 de marzo de 1976). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Valderrama, D. (24 de Noviembre de 2021). *Delito de violación sexual y sus modalidades*. Obtenido de Pasión por el Derecho: <https://lpderecho.pe/delito-de-violacion-sexual-y-sus-modalidades/>
- Yauri, V. (2022). Los tipos de delitos contra la libertad sexual en el contexto social en la provincia de Tungurahua. *Revista Científica UISRAEL*, 7.
- Zavala Baquerizo, J. (2006). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: EDINO.
- Zavala Egas, J. (1991). El delito de Violación . *Editorial Jurídica* , 27.