



Pontificia Universidad
Católica del Ecuador

Escuela de jurisprudencia

Tema:

“EL VALOR DE LA PRUEBA DEL MATERIAL GENÉTICO DENTRO DE LAS
INVESTIGACIONES CRIMINALES EN LOS CASOS DEL DELITO DE
VIOLACIÓN”

Proyecto de investigación previo a la obtención del título de Abogado

Línea de investigación

Fundamentos y Principios del Derecho y sus aplicaciones

Características del trabajo:

Investigación

Autor:

WILLIAM SANTIAGO ORELLANA GARCIA

Director:

MORALES MORALES EDGAR SANTIAGO

Ambato – Ecuador

Agosto 2019

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

AMBATO

HOJA DE APROBACIÓN

Tema:

"EL VALOR DE LA PRUEBA DEL MATERIAL GENÉTICO DENTRO DE
LAS INVESTIGACIONES CRIMINALES EN LOS CASOS DEL DELITO
DE VIOLACIÓN"

Línea de investigación:

El derecho y su aplicación en el campo social y jurídico.

Autor:

William Santiago Orellana Garcia

Edgar Santiago Morales Morales, Ab. Msc. f. _____

CALIFICADOR

Nathalia Viviana Lescano Galeas, Dra. Msc f. _____

CALIFICADOR

Juan Carlos Manjarres Buenaño, Ab. Msc. f. _____


CALIFICADOR

Edgar Santiago Morales Morales, Ab. Msc. f. _____

DIRECTOR (E) ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

Hugo Rogelio Altamirano Villaroel, Dr. f. _____

SECRETARIO GENERAL PUCE-AMBATO

 Pontificia Universidad
Católica del Ecuador
SECRETARÍA GENERAL
PROCURADURÍA

Ambato-Ecuador

Agosto 2019

 Pontificia Universidad
Católica del Ecuador
BIBLIOTECA


DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD

Yo, **WILLIAM SANTIAGO ORELLANA GARCIA** portador de la cédula de ciudadanía No. 092531312-4, autor del trabajo de graduación intitulado: "EL VALOR DE LA PRUEBA DEL MATERIAL GENÉTICO DENTRO DE LAS INVESTIGACIONES CRIMINALES EN LOS CASOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN", previo a la obtención del título de **ABOGADO**, en la escuela de **JURISPRUDENCIA**.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de su sitio web de la Biblioteca de la PUCE Ambato, el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Ambato, Agosto 2019



WILLIAM SANTIAGO ORELLANA GARCIA

CI. 092531312-4

AGRADECIMIENTO

Primeramente, agradezco a Dios por ser mi guía y mi luz en todo el camino de mi vida universitaria, y ha permitido que todo esto sea posible.

A mi familia por ser el pilar fundamental de mi vida, que paso a paso me han guiado a ser mejor día a día.

A cada uno de mis profesores, por su carisma y entrega, sin duda han sido parte de mi formación académica

De igual manera agradezco a la Pontificia Universidad Católica Sede Ambato, por abrirme las puertas de la institución y darme la oportunidad de formarme como persona y como profesional, en especial al Doctor Morales Morales Edgar Santiago por sus conocimientos brindados a lo largo de la carrera y en este importante proyecto de investigación.

William Santiago Orellana Garcia

DEDICATORIA

Primeramente, agradecer a Dios y a la Virgen por ayudarme y brindarme la fortaleza para seguir adelante a pesar de las adversidades, todo esto me ha llevado a obtener uno de mis objetivos de vida.

A la mujer que medio la Vida mi madre Carmita Garcia, por ser mi fortaleza, mi luz para seguir adelante cada día, y brindarme su apoyo, amor y paciencia incondicional, en esta travesía de vida.

A mi hermana Evelin Orellana, que me ha guiado con sus consejos y apoyo incondicional a lo largo de mi vida.

A mi novia Alisson Ñacato por ayudarme a encontrar mi camino de vida, por darme el regalo más grande, mi HIJO.

A mi pequeño ángel, Owen Orellana quien brinda a mi vida una felicidad perpetua con su amor, travesuras y sonrisas.

William Santiago Orellana Garcia

RESUMEN

La investigación tiene como objetivo analizar el valor de la prueba del material genético dentro de las investigaciones criminales en los casos del delito de violación. El problema se centra en la falta de normativa expresa que permita el uso del material genético de los presuntos imputados en el proceso penal, dificultando la labor de los fiscales al momento de formular cargos, debido a la falta de evidencias. El estudio conceptual de esta problemática es abordado desde una metodología deductiva-comparativa a través de una revisión de normativa nacional e internacional, bibliográfica y entrevistas realizadas a profesionales expertos en la temática. Los resultados muestran que los fiscales utilizan la prueba genética para la corroboración de evidencias, pero dicha prueba está limitada por lo establecido en la Constitución y Código Orgánico Integral Penal respectivamente, a más de que, actualmente en el Ecuador no existe un banco de muestras genéticas donde se almacene el tipo genético de los ciudadanos del Estado y la falta de normativa en relación a la toma de muestras genéticas sin el consentimiento, como lo hacen diferentes países a nivel mundial en casos controvertidos como violación, homicidio y asesinatos.

Palabras clave: delito de violación, procesal penal, genética, prueba penal.

ABSTRACT

The purpose of the study is to analyze the value of using DNA testing in criminal investigations of rape cases. The problem stems from the lack of regulations that permit the DNA of alleged suspects to be used in criminal proceedings, thus causing problems for prosecutors to press charges due to the lack of evidence. The conceptual study of this problem is approached from a deductive-comparative methodology through a review of national and international regulations, bibliography and interviews with experts on the subject. The findings depict that prosecutors use DNA testing to corroborate evidence, but this evidence is limited by what is established in the Constitution and Comprehensive Organic Criminal Code. In addition, there is no bank of DNA samples in Ecuador to store the genetic type of citizens and there are no regulations to take DNA samples without consent as it is done in other countries around the world in controversial cases such as rape, homicide and murders.

Keywords: rape crime, criminal procedure, DNA, criminal evidence.

INDICE DE CONTENIDOS

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD Y RESPONSABILIDAD	iii
AGRADECIMIENTO	iv
DEDICATORIA	v
INTRODUCCIÓN	iii
CAPÍTULO I	2
FUNDAMENTOS TEÓRICOS	2
1.1. Antecedentes	2
1.2. Descripción del problema	3
1.3. Preguntas básicas	4
1.4. Objetivos	5
1.4.1. Objetivo general	5
1.4.2. Objetivos específicos.....	6
1.5. Pregunta de estudio	6
1.6. Estado del arte	7
1.7. Variables	12
1.7.1. Variable independiente:.....	12
1.7.2. Variable dependiente:.....	12
1.8. Fundamentos Teóricos.....	12
1.8.1. Variable Dependiente: El valor de la prueba del material genético dentro de las investigaciones criminales	12
1.8.1.1 EL material genético.....	12
1.8.1.2. Eficacia probatoria del material genético en el ámbito penal.....	14
1.8.1.3. Cadena de custodia.....	19
1.8.1.4. Cadena de custodia en el Ecuador.....	20
1.8.1.5. Protocolos para el análisis de laboratorio de ADN humano.	23

1.8.1.5.1 La prueba biológica forense de proteína P30 (ANTIGENO PROSTATICO ESTECIFICO) en líquido seminal humano.....	25
1.8.1.5.2. Protocoló de tinción "árbol de navidad" para identificación de espermatozoides.....	25
1.8.1.6. Formas de valoración de pruebas penales en el Ecuador.....	26
1.8.1.7. El material genético en el Ecuador	28
1.8.1.7.1. Constitución.....	28
1.8.1.7.2. Código penal.	30
1.8.1.8. Forma de utilización del material genético en países como: España ..	34
1.8.2. Delito de violación	37
1.8.2.1. La dignidad humana como bien jurídico protegido.	37
1.8.2.2. Clasificación de los delitos contra integridad sexual y reproductiva Según en el Código Orgánico integral Penal	40
1.8.2.3. Distinción entre abuso sexual y violación	41
1.8.2.3.1. Abuso sexual.....	43
1.8.2.3.2. Violación.....	44
1.8.2.4. La teoría del delito: en los delitos de violación	46
1.8.2.5. Precedente Jurisprudencial Obligatorio en los delitos sexuales	48
1.8.2.6. Procedimiento Ordinario contemplado en el COIP con el cual se sustancia los delitos de violación	50
1.8.2.7. En casos de delito flagrante.	54
1.8.2.7.1. Diferencias de juicio ordinario cuando se aprehende al infractor en delito flagrante.....	55
1.8.2.8. Elementos y componentes del delito violación.	56
1.8.2.8.1. Acceso carnal o introducción de objetos.	56
1.8.2.8.2. El consentimiento o privación de la razón.	57
1.8.2.8.3. La violencia, amenaza o intimidación.....	59
CAPITULO II	61
METODOLOGÍA.....	61

2.1. Metodología de la investigación.	61
2.1.1. Método general.....	62
2.1.2. Métodos específicos.....	62
2.1.3. Técnicas e instrumentos.....	62
2.1.4. Población y muestra.	63
CAPITULO III	64
RESULTADOS	64
3.1. Presentación de Resultados.....	64
3.2. Análisis de los resultados.	64
3.2.1 Entrevistas a fiscales.....	65
3.2.2. Análisis general	73
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	74
4.1. Conclusiones:.....	74
4.2. Recomendaciones.....	76
Bibliografía	77
ANEXOS	85

Índice de Gráficos

Gráficos

Grafico 1.1. Procedimiento Ordinario del COIP	50
Grafico 1.2. Procedimiento en Delito Flagrante del COIP	54

Tablas

Tabla 3.1. Entrevistas dirigidas a Fiscales	65
---	----

INTRODUCCIÓN

El presente plan de investigación formativo se desarrollará los principales preceptos jurídicos del valor de la prueba del material genético dentro de las investigaciones criminales en los casos del delito de violación, esto desde una perspectiva jurídica doctrinaria, normativa y jurisprudencial.

El material genético supone una gran aportación como prueba en los casos penales, se podría comparar los rastros genéticos encontrados en la víctima con la de los presuntos imputados del cometimiento de este delito, esto ayudaría de gran medida a los jueces, su resolución se tomaría con mayor accionar de justicia.

Según se desarrolle el presente proyecto formativo, se resolverán a fondo todas las cuestiones referentes al tema, por tanto, hay que mencionar que todas las personas poseen derechos que son garantizados por la constitución, y uno que abordaremos a fondo es “La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos” (art. 66 num. 3, lit. d), es decir que la constitución otorga a los ciudadanos el derecho a otorgar o no el consentimiento para cualquier manipulación de su material genético

CAPÍTULO I

FUNDAMENTOS TEÓRICOS

1.1. Antecedentes

El avance de la tecno-ciencia efectuado desde el siglo veinte, ha traído consigo grandes cambios, en las diferentes áreas del conocimiento humano, un claro ejemplo de este avance es la utilización de la genética molecular, la misma que determino que el ADN era la molécula portadora del material genético de un individuo, lo cual ayuda a la identificación de los individuos, el material genético de una persona es único, solo existe similitudes en relación de filiación, es decir solo existe afinidades consanguíneas entre padres e hijos.

Hay que mencionar que en el Ecuador desde comienzos del siglo veintiuno se ha utilizado la prueba de ADN, con el fin de determinar la paternidad de en los casos de derecho de familia, en el derecho penal, el sistema especializado de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, es el ente encargado de realizar pruebas biológicas como medio de pericia que ayuden a la identificación de los rastros genéticos encontrados en la escena del crimen.

En derecho penal, es atribución de la fiscalía organizar y dirigir el sistema especializado de investigación, de medicina legal y ciencias forenses (Art. 443), el mismo que cuenta con técnicas especiales de investigación, donde una de sus actuaciones, es la facultad de obtener muestras biológicas de las escenas donde se haya suscitado los delitos o muestras biológicas de la víctima o del victimario, esto siempre que conste con el consentimiento o autorización expresa de la persona a la cual se le tomara muestras, esto según determina el Art. 459 del Código Orgánico Integral Penal.

Con lo antes expuesto hay que recalcar que la utilización del material genético dentro de las investigaciones criminales en el delito de violación, ha sido implementada recientemente en el derecho penal probatorio, es menester mencionar que la utilización del material genético como medio de prueba ayuda en gran medida para esclarecer las circunstancias del delito y también a la identificación de los responsables facticos del bien jurídico protegido, por tanto es de suma importancia la utilización de este medio probatorio, aunque en nuestro Código Orgánico Integral Penal establece que para la obtención del material genético de un presunto imputado, se tiene que pedir la autorización expresa, lo que lleva a plantearme el problema de esta investigación.

1.2. Descripción del problema

El problema de la investigación está enfocado en la falta de normativa expresa que permita el uso del material genético de los presuntos imputados en el proceso penal en el delito de violación. Puesto que en la Constitución de la República del Ecuador (2008) se establece: “La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos” (art. 66 num. 3, lit. d), esto da a entender que es un derecho reconocido por la Constitución la prohibición del uso del material genético en el Ecuador, por lo cual todos los ciudadanos tenemos el derecho a que se proteja y se garantice este precepto normativo, es por esta potestad donde la problemática de la investigación se observa.

Adicionalmente debemos tener en cuenta que el Estado Ecuatoriano no posee un banco de muestras sanguíneas o genéticas según lo establece la base de datos de la policía nacional, donde conste el tipo sanguíneo de los ciudadanos del Estado, es por tanto esta falta de mecanismos para efectivizar el cumplimiento de la justicia, y por lo establecido en la Constitución, que concede

el derecho a los procesados a negarse a dar el consentimiento que una muestra sanguínea sea comparada con el material genético encontrado en la escena del crimen.

El problema se da en el momento en que el procesado se niega a dar el consentimiento, para el uso de su material genético en el proceso Penal, por lo que no se podría comparar el material genético encontrada en la víctima, con el del procesado. Por tanto, esto puede ser utilizado como estrategia para dejar impune el delito.

Como retrospectiva se puede determinar que existe una falla en el sistema penal acusatorio, los presuntos imputados pueden escudarse en este derecho reconocido, para que no se pueda comparar el material genético encontrado en la víctima, con el ADN de los presuntos sospechosos de cometer el delito de violación.

1.3. Preguntas básicas

¿Cómo aparece el problema que se pretende solucionar?

Por la falta de la creación de bases de datos genéticas de las personas.

¿Por qué se origina?

Interpretación de la norma Constitucional y articulado del COIP que precautelan el uso del material genético.

¿Qué lo origina?

La falta de consentimiento del procesado del uso del ADN para compararlo con el material genético encontrado en la escena del crimen.

¿Cuándo se origina?

Cuando el procesado no da su consentimiento para el uso del material genético en la etapa probatoria del proceso Penal del delito de violación.

¿Dónde se origina?

En el proceso Penal acusatorio de delitos de violación.

¿Dónde se detecta?

En los delitos de violación, en los delitos de homicidio y asesinato.

¿De qué manera se utiliza al material genético dentro del proceso Penal?

De acuerdo a como se utilice el informe de pericia de este tipo de material.

1.4. Objetivos

1.4.1. Objetivo general

- Analizar el valor de la prueba del material genético dentro de las investigaciones criminales en los casos del delito de violación.

1.4.2. Objetivos específicos

- Conceptuar teóricamente sobre el uso del material genético como prueba en el delito de violación.
- Diagnosticar el uso del material genético como prueba en el proceso penal por el delito de violación.
- Establecer la importancia del uso del material genético en el proceso penal por delitos de violación.

1.5. Pregunta de estudio

¿La prueba de material genético dentro de las investigaciones criminales en los casos del delito de violación, garantiza el correcto juzgamiento en este delito?

Según la investigación realizada, los fiscales utilizan la prueba genética para la corroboración de evidencias, pero dicha prueba está limitada por lo establecido en la Constitución y Código Orgánico Integral Penal respectivamente, en la Constitución en el art. 66 num. 3, lit. d se determina la prohibición de uso del material genético y en el Código Orgánico Integral Penal art. 459, num. 1 se determina que para la obtención de muestras o exámenes corporales se necesita el consentimiento o autorización del juzgador, sin que la persona sea físicamente constreñida.

Por tanto esto dificulta la tarea investigativa de los fiscales, debido a que las personas procesadas por delito de violación, pueden negarse a dar el consentimiento aun teniendo la autorización del juzgador para la toma de muestras, esto debido a que la persona no puede ser constreñida (obligar) de ninguna forma.

Adicionalmente hay que destacar que actualmente en el Ecuador no existe un banco de muestras genéticas donde se almacene el tipo genético de los ciudadanos del Estado, a más de que no se establece en la normativa, la toma de muestras genéticas sin el consentimiento, como lo hacen diferentes países a nivel mundial en casos controvertidos como violación, homicidio y asesinatos.

1.6. Estado del arte

Ramallo (2015) encontró en su investigación que los perfiles genéticos poseen gran capacidad discriminativa para la diferenciación de las personas, todo esto es posible por el gran avance de la ciencia en el campo del análisis de la biología genética. Esto no significa que con solo el análisis genético se puede determinar la culpabilidad o la inocencia de una persona, primero se tiene como obligación realizar las investigaciones de los demás indicios que serán tomados en cuenta por el juzgador al momento de determinar una sentencia condenatorio o absolutoria según sea el caso. Por tanto los análisis genéticos en materia penal se encuentran en una disyuntiva política legislativa.

Esta investigación realizada por Ramallo está enfocada a lo que pretendo demostrar con mi investigación, el uso del material genético en las investigaciones criminales es de suma importancia, puesto que de manera efectiva se puede determinar una vinculación o culpabilidad de una persona a una escena de crimen, de forma rápida y efectiva.

Alcoceba (2015) en su estudio determinó que el desarrollo de la ciencia en los análisis genéticos viene dada desde la década de los ochenta, por lo que es relativamente reciente la incorporación de los análisis genéticos de ADN en el proceso penal, esto debido a la gran utilidad y fiabilidad de sus resultados, por tanto es un gran herramienta techno-científica para el ámbito forense como para investigación criminal en delitos varios.

Como esta mencionado en la presente cita la prueba de ADN es utilizada con suma frecuencia en las investigaciones criminales, ayudan a la identificación de los cadáveres y de los indicios de las escenas de crímenes, por lo cual, mi investigación estará enfocada en probar su utilidad y establecer la falencia existente en las normas penales, donde de forma expresa se obliga a dar el consentimiento por parte del procesado para su comparación con el material genético encontrado en la escena del crimen.

Hernández (2007) estableció que:

(.....) La molécula de ADN puede ser considerada como mayor o menor amplitud y la circunstancia de que sea deseable desde la perspectiva de la intimidad del individuo la menor injerencia posible no excluye los riesgos de la posibilidad de abusos y excesos (...). (p.102).

Esta investigación se enfocará en determinar que las muestras de ADN encontradas en la escena del crimen o en la víctima, no pueden ser comparadas con las muestras de material genético de un presunto sospechoso, debido al derecho a la intimidad genética que frena el poder punitivo del Estado a vincular a los imputados con los hechos suscitados.

Vargas (2010) expuso que las pruebas científicas tienen gran valor en el proceso penal, incrementa las posibilidades de encontrar la verdad de un hecho punible, siempre y cuando dichas pruebas sean realizadas bajo estrictos controles de calidad y de que sus resultados sean objetivamente interpretados por el juzgador.

Como esta mencionado por Vargas las pruebas genéticas sirven para averiguar la verdad del cometimiento de un delito, por lo cual está encaminada a lo que quiero probar con mi investigación, por medio del derecho a la intimidad genética los presuntos sospechosos se escudan para dejan impune un delito.

Según la investigación de Martínez, Castro y Fernández-Fernández (1998) la tecnología actual en el análisis de comparativo de muestras de ADN, permite obtener muestras sin el poder coercitivo, las muestras pueden ser obtenidas de objetos que contengan material genético (pelo, sangre, etc) del presunto imputado, siempre y cuando en las normativas jurídicas del Estado se determine la aprobación para obtención de muestras indirectamente obtenidas.

Según lo determinado por este autor en su investigación encontramos que en el proceso penal del Estado ecuatoriano se entendería esa prueba como mal actuada, por lo cual no sería tomada en cuenta en la etapa de juicio, del mismo modo hay que tener en cuenta que la investigación del presente trabajo, se enfocara en determinar la importancia del uso del material genético de los sospechosos, sin tener su consentimiento como ya se viene dando en varios país extranjeros, donde solo en materia penal y en delitos específicos no se necesita el consentimiento de la persona procesada para la comparación del material genético con el encontrado en una escena del crimen o en la víctima.

Granados (2015) en su obra determina que la prueba de ADN, se centra básicamente en la comparación de muestras entre el sujeto activo y el sujeto pasivo de la infracción penal, por tanto es muy eficaz para encontrar la identidad de la persona responsable de violentar el bien jurídico protegido por el Estado.

Es decir que no solo con la vinculación del ADN encontrado en la escena del crimen o en la víctima, es suficiente para determinar la culpabilidad de una persona, si no se cumple con los requisitos establecidos en la cadena de custodia esta prueba será inválida y el fiscal debe además tener más argumentos de convicción que solo la prueba de ADN para formular cargos con un sospechoso.

Guerrero estableció en su investigación que:

(...) Por un lado, el desarrollo de las tecnologías de la información y por el otro el conocimiento sobre los genes. Su alianza y unión, si no se utilizan debidamente, pueden ir en contra de los derechos fundamentales. El problema ha de ser abordado desde la necesaria protección de la persona y de sus derechos fundamentales. (p. 242).

Guerrero establece la vulnerabilidad de derechos existentes en la utilización indebida de las pruebas genéticas en los casos penales, pero lo cual esta encontrar posición a lo que se pretende probar con el desarrollo de la presente investigación, pero esto nos ayudará a establecer objetivamente el desarrollo de lo que se pretende desarrollar.

Quintanilla determinó en su investigación que:

(...) la importancia de que este BD-ADN sea administrado por la Dirección Ejecutiva de Criminalística de la Policía Nacional del Perú, por un tema de pragmatismo y operatividad, este ente es el que realiza en primera

instancia la investigación criminal y requiere cotejar muestras problema con muestras patrón de manera rápida (...). (p. 132).

La presente cita conduce a probar la utilidad de las pruebas genéticas en las investigaciones criminalísticas, por tanto, esto está orientado directamente a lo que se pretende determinar con el desarrollo de la investigación, es muy importante la utilización de la prueba del material genético como medio de identificación de responsabilidad en los casos penales.

Sánchez establece en su investigación que la técnica científica de proteína p300 es nueva en incorporarse al ordenamiento jurídico, permitiendo la identificación genética por medio de semen esto en casos de abuso sexual o violación, y sirve de gran medida a la búsqueda de la verdad por la gran validez y fiabilidad de su resultados, siempre que se cumplan con los protocolos establecidos por el Estado.

Este medio probatorio mencionado por Sánchez es utilizado en las investigaciones criminales en los delitos de violación, se analiza la proteína seminal encontrada en la víctima, pero esto solo prueba la violación, y no la relación genética con el responsable por dicho hecho, para poder comparar la muestra encontrada en víctima se necesita el consentimiento expreso de presunto sospechoso o procesado. Por lo tanto, se enfoca con el desarrollo de la presente investigación.

Según Carro (2015) la utilidad de tener los perfiles genéticos como medio de prueba para la resolución de casos criminales, no exime de la búsqueda de otros medios probatorios, por lo que la aplicación de análisis genéticos está sujeta ciertos límites en el proceso penal, debido a la ruptura de protocolos y la corrupción del sistema judicial.

Como se puede observar en las citas antes establecidas en el Ecuador existe una gran falencia en cuanto a la utilización de las pruebas de ADN en los procesos penales de violación, debido a que actualmente no se utiliza ninguna base de datos genéticos para comparación de los restos genéticos encontrados en escena del crimen.

1.7. Variables

1.7.1. Variable independiente: El valor de la prueba del material genético dentro de las investigaciones criminales.

1.7.2. Variable dependiente: Delito de violación.

1.8. Fundamentos Teóricos

1.8.1. Variable Dependiente: El valor de la prueba del material genético dentro de las investigaciones criminales

1.8.1.1 EL material genético

Para comenzar con el desarrollo de este subtema hay que tener presente lo que Rodríguez, Castañeda y Ordaz (2005) establecen acerca de la genética, donde se la concibe como una ciencia encargada de estudiar los genes (humanos o animales), los genes son los encargados de dar a cada ser viviente sus características físicas específicas, las mismas que son transmitidas por medio de la reproducción de una generación a otra.

Por lo establecido hay que mencionar que la genética es una rama de la ciencia que estudia la información hereditaria de los seres vivos, es decir que, por medio de la utilización de análisis genéticos por parte personal calificado, se puede establecer las similitudes de DNA entre muestras encontradas en una escena de un crimen y las del presunto imputado.

Para una mejor comprensión del lector se establecerá definiciones de lo que es ADN a nivel científico, por lo que, Brandan, Aguirre, Llanos y Rodrigas (2011) determinan que “El DNA es una doble hélice, entrelazada y sumamente larga que almacena información genética. Sus componentes se ordenan con una relación química específica, lo que determina la estructura tridimensional del DNA del cual derivan consecuencias funcionales.” (p. 3)

Según determina Cañón y Fernández el “ADN Acrónimo de Ácido DesoxirriboNucleíco, contiene la información genética por la que se regula la vida de un organismo, y su estructura consiste en una doble hélice formada por dos cadenas de unos elementos denominados nucleótidos” (p. 1). Como se puede observar el ADN es la fuente de información de los seres vivos, donde constan todos los rasgos genéticos característicos de cada especie y es la fuente misma de la vida en la tierra.

El ácido DesoxirriboNucleíco está representado por nucleótidos, los cuales son denominados como la Adenina, Timina, Citosina y Guanina, dichos nucleótidos se interrelacionan con la finalidad de que existan dos tipos de pares en las cadenas de ADN. Es de este modo que el ADN cumplen el deber fundamental de otorgar las características especiales de cada ser vivo, esto según su clase. Es por esta capacidad científica adquirida mediante la investigación genética, que, actualmente se puede utilizar los análisis genéticos comparativos para dilucidar dudas probatorias tanto sea en el ámbito civil, penal, entre otros.

Para Alonso (2011) el ADN cumple un papel importante, es utilizado tanto para investigaciones criminales en muchos delitos; a más de ayudar a la identificación de personas desaparecidas por medio del análisis de vestigios humanos encontrados y por último es una gran herramienta para la resolución de los casos de filiación.

Según el Código civil se utiliza los análisis genéticos en materia de filiación, mediante la aplicación de este análisis de ADN se prueba la paternidad, entre un niño y el presunto padre del menor, de esta forma se logra apreciar cómo se utiliza los análisis genéticos en el ámbito probatorio procesal civil, lo que en el ámbito penal, específicamente probatoria, se utiliza pero con restricciones que conllevan una gran deficiencia del sistema procesal penal.

El código Orgánico Integral Penal en el Art. 448 se determina que los análisis genéticos se encuentran bajo la jurisdicción del Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que posee la fiscalía del Estado Ecuatoriano, donde se recopila y se analiza las evidencias de las escenas de un crimen, con la finalidad de probar la autoría de un hecho.

1.8.1.2. Eficacia probatoria del material genético en el ámbito penal.

Como se menciona el avance de la ciencia propone que los análisis forenses de muestras biológicas sean una realidad en la actualidad, ayudando al esclarecimiento de los delitos cometidos contra la integridad física y sexual de las víctimas, todo esto con el fin de que se efective la búsqueda de la justicia por parte de los órganos judiciales, por lo que, Ávila (2010) en su estudio de la valoración de la prueba científica de ADN hace alusión a la sentencia C - 476 de 10 de mayo de 2005. MP: Alfredo Beltrán Sierra, de la corte Constitucional de

Colombia que determino que los exámenes de DNA son indicativos de probabilidad de paternidad o maternidad por medio de los marcadores genéticos, donde tiene una eficacia del 99.9 %. Es decir que en el ámbito internacional la prueba genética cumple con altos estándares de factibilidad, su fiabilidad es del 99.9%, lo cual conlleva a un margen de error de 00.01% de fallo en el análisis, esto enfocado en el ámbito civil, pero se puede tomar esto como precedente de la efectividad de los análisis genéticos a otros campos como el penal.

Según Ávila (2010) la naturaleza biológica del material genético o ADN constituye un gran herramienta en el ámbito de la investigación penal debido a que para la obtención de resultados mediante análisis de muestras de ADN, conlleva una delicada manipulación y se tiene que tener altos estándares de aseguramiento y prevención para su manipulación por medio de la cadena de custodia, a más de un alto grado de especialización de la personas encargadas de la manipulación de muestras, todo esto con la finalidad de que el análisis de ADN tenga un alto grado de fiabilidad para la adecuada vinculación de un persona a la investigación penal.

Para que los resultados de las muestras de AND tengan una adecuada fiabilidad para su posterior uso en el proceso probatorio penal Ávila (2010) determina que se tendrá que estandarizar el método empleado para la realización de los análisis de ADN, la sondas que se utilizaran, la utilización de laboratorios capacitados y un adecuado manejo de la cadena de custodia en base a los vestigios biológicos encontrados en la escena del crimen o en el cuerpo de la víctima. De este modo se podría utilizar los análisis genéticos en juicios penales referentes al delito de violación.

Del mismo modo Gascón (2007) determina que la efectividad probatoria del material genético en juicio va enfocada en determinar la valides de la prueba científica tomando en cuenta el método empleado, los medios tecnológicos para

el análisis de las muestras y de que se haya efectuado controles de calidad para garantizar la eficacia del proceso.

Es decir que la efectividad del material genético para la utilización en juicio está enfocada a la utilización de protocolos óptimos que cumplan con estándares internacionales y tecnología apropiada para realizar estos análisis, por tanto, hay que mencionar que en el Ecuador posee la tecnología suficiente para realizar estos tipos de análisis lo mismo que será desarrollado más adelante de la investigación.

A su vez Avila (2010) en su estudio de la prueba en el proceso penal enfatiza que, la valoración probatoria es una operación mental realizada por el juzgador de todas las pruebas practicadas en juicio, cuya finalidad es llevar al juzgador al convencimiento o no de un hecho, la ejecución de esta actividad finaliza la etapa probatoria en el proceso penal.

Por tanto se puede determinar que la actividad de juzgar la eficacia de las pruebas presentadas en el proceso penal, es una tarea netamente jurisdiccional, debido a que es el juzgador quien deberá tomar una decisión, ya sea positiva o negativa, conforme lo establecido por las partes por medio de las pruebas presentadas en el proceso.

Según Gascón (2007) para que una prueba genética tenga validez, se tiene que realizar de la siguiente manera: primero se dispone la recogida de las muestras por medio de instrumental óptimo para la conservación; segundo se realizara la comparación de perfiles genéticos en el laboratorio especializado; tercero se deberá realizar el análisis de los resultados por medio de la valoración probabilística; y cuarto se presentara el informe final de resultados.

En relación a la recogida de muestras hay que mencionar que se tiene que realizar con suma precaución, si no se cumplen con los requisitos exigidos por la cadena de custodia, la fiabilidad de la muestra es nula, por lo tanto, debe realizarse bajo los protocolos establecidos y con el personal calificado para esta labor.

En lo referente al cotejo de los perfiles genéticos se establece un análisis entre los vestigios biológicos encontrados en la víctima (en caso de violación) con los del presunto agresor, utilizando el método científico adecuado, esta comparación de ADN tiene como finalidad determinar características hereditarias o patrones de cadenas de ADN hallando o no similitudes entre ambas muestras.

Hay que mencionar que para esta fase se la tiene que realizar con la técnica y el equipo adecuado, dependiendo de la muestra encontrada (sangre, semen, cabello, etc.), el método de análisis puede variar, por lo cual se tiene que utilizar la más adecuada para cada tipo de muestra.

Como resultado del análisis de ADN se obtiene la exclusión o la no-exclusión, correspondiente a determinar si existe o no un alto grado de compatibilidad entre cada una de ellas, por lo cual se utiliza un análisis matemático-estadístico (métodos bayesianos), esto con la finalidad de realizar la valoración estadística de las muestras encontradas en la escena del crimen.

Una vez hecho todas las anteriores etapas se realizara el informe escrito donde el perito dará a conocer los resultados del análisis comparativo de ADN, el informe pericial deberá ser defendido en el juicio oral, por lo cual Gascón (2007) expresa que este es uno de los puntos más delicados del proceso, en caso que de como resultado la no-exclusión, el perito tiene que defender la valides y fiabilidad de los resultados, a más de expresar de manera comprensiva los análisis matemáticos-estadísticos y el valor probabilístico de esa coincidencia, si

esto no se lo hace de manera efectiva el juez en su análisis puede malinterpretar los resultados.

En acotación Ávila (2010) indica que los análisis de marcadores genéticos de ADN permiten identificar hipotéticamente que los vestigios biológicos del inculpado y los encontrados en la víctima o en la escena del crimen coinciden en un 99.9% según el método utilizado. Por tanto la posibilidad de identificar a una persona responsable de un crimen relacionado con la violación sexual, homicidios y asesinatos por medio de análisis de ADN son muy altas debido al gran avance de la ciencia.

Es decir que mediante la utilización de esta técnica científica la identificación de los presuntos imputados en los crímenes aumentaría exponencialmente, lo cual ayudaría de gran medida al cumplimiento del objetivo principal de los órganos jurisdiccionales, el cual es velar por la observancia de las leyes y los derechos, todo en el marco de búsqueda de la justicia.

Según el criterio de Gascón (2007) se puede determinar que la eficacia probatoria del material genético está enfocada en que el juez de manera objetiva realice el análisis tecno-jurídico del informe pericial del cotejamiento de las muestras de ADN, tomando como criterios de valoración el control de calidad o fiabilidad de la prueba, el valor estadístico de las misma, existencias de otros medios probatorios y la relación entre la prueba y el hecho.

Por lo tanto, los análisis genéticos son una herramienta científica muy importante para la actualidad, debido a su acotación a la solución de controversias jurídicas tales como la filiación y en materia probatoria penal, por lo cual tiene que ser tomada en cuenta por todos los países del mundo en razón a su uso.

1.8.1.3. Cadena de custodia

La cadena de custodia cumple un papel muy importante en el ámbito probatorio penal, por medio de estos protocolos establecidos se toma muestras de escenas de crímenes o del cuerpo de la víctima que posteriormente serán utilizadas para realizar los análisis periciales correspondientes, por tanto, definiremos una concepción doctrinaria de lo que es la cadena de custodia.

Para Henao (2012) la cadena de custodia es establecida por la normativa jurídica con la finalidad de preservar la inalterabilidad de las evidencias encontradas en la escena de un crimen o en la víctima, tales evidencias pueden ser armas de fuego o corto punzantes, estupefacciones, muestras biológicas, muestras tecnológicas, etc.

Del mismo modo Arellano y Castañeda (2012) definen a la cadena de custodia como protocolos establecidos para el manejo de los indicios materiales obtenidos o no de un hecho delictivo, los mismos que se realizan desde la localización hasta la valoración probatoria por parte de los magistrados investidos del poder de administrar justicia, donde se busca la preservación e inalterabilidad de los objetos encontrados hasta la culminación del proceso penal.

Como se puede observar la cadena de custodia es un procedimiento destinado a garantizar la autenticidad de los elementos de prueba encontrados en la escena de un crimen o en el cuerpo de la víctima, donde personal calificado por el órgano judicial es el encargado de realizar los exámenes tecno-científicos de la evidencia encontrada con la finalidad de emitir un informe que posteriormente será utilizado en el proceso penal correspondiente.

Adicionalmente Campos (2002) determina que la cadena de custodia cumple con un conjunto de etapas tales como “(...) a) Evitar la alteración (y/o destrucción) de los indicios materiales al momento (o después) de su recopilación, y b) Dar garantía científica a plena de que lo analizado en el laboratorio forense (o presentado en el juicio) (...)”, todo con la finalidad de garantizar la autenticidad de la evidencia encontrada en la escena de un crimen.

Se puede determinar que la finalidad de la cadena de custodia se encuentra enfocada en garantizar la preservación de los elementos materiales y evidencias recolectadas en la escena de un crimen, por lo que las personas que interviene en la toma estas evidencias cumplen un papel importante dentro del proceso penal, mediante los informes establecidos, el juez determina la culpabilidad o no de un presunto imputado.

En acotación la cadena de custodia debe estar garantizada por el Estado, es este ente, el que tiene que determinar la culpabilidad de un hecho punible mediante obtención de pruebas idóneas y que cumplan con todos los derechos y garantías establecidas en el cuerpo Constitucional y en los tratados internacionales.

Cabe mencionar que la cadena de custodia varía dependiendo de los objetos, el lugar y otros factores que influyen en la obtención y análisis de la muestra encontrada, es decir que se utiliza diferentes mecanismos y formas de análisis dependiendo del tipo de evidencia encontrada.

1.8.1.4. Cadena de custodia en el Ecuador.

Según el Código Orgánico Integral Penal (2014) art. 456 par.1 se establece que se aplicara las formalidades de cadena de custodia a todos los elementos físicos

o digitales materia de prueba encontrados en escenas de crimines, con la finalidad de garantizar la autenticidad y fiabilidad del estado original del objeto encontrado, por lo que las personas que intervienen en: el manejo, envió, conservación y análisis de las evidencias, deberán indicar la existencia de algún cambio realizado por el custodio.

El ente encargado de realizar y velar por el cumplimiento de todo los protocolos establecidos en el artículo antes mencionado, es el Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, el mismo que es dirigido y organizado por la fiscalía general del estado esto según lo prescribe el Código Orgánico Integral Penal en su Art. 443 num. 1.

En el protocolo de centros de acopio (2014) se establece que la cadena de custodia es un conjunto de procedimientos realizados a indicios encontrados en el lugar de los hechos, con la finalidad de garantizar la preservación durante la investigación pertinente, y que, posteriormente serán utilizados en la etapa de juicio, para determina la culpabilidad o inocencia de un procesado.

Por tanto se puede definir que la cadena de custodia es el conjunto de procedimientos que sirven para preservar la autenticidad de los indicios o material de prueba encontrada en el lugar de los hechos, ya sean estos físicos o digitales, todo con la finalidad de usar esos medios de prueba en la etapa de juicio correspondiente. Dicho material de prueba será valorado a través de la sana crítica por medio del tribunal penal competente, con la finalidad de tomar una decisión acerca de la responsabilidad o no de un acusado.

A su vez en el manual de cadena de custodia (2014) se prescribe los siguientes principios normativos de cumplimiento factico:

- **Garantizar** la integridad y autenticidad del material de prueba

- Es **responsabilidad** de todo servidor público o persona particular que tenga contacto con las evidencias, la preservación e inalterabilidad de los indicios encontrados en la escena de crimen.
- El **registro** se lo realizara desde el momento en que se levantan los indicios, donde se dejara constancia la identificación del personal recolector y la descripción completa del lugar de exacto donde se levantó dicha evidencia.
- La **preservación** se la realiza a toda evidencia física o digital de la forma más adecuada según sea su naturaleza para garantizar su autenticidad.
- La **verificación** de los sellos y el embalaje serán responsabilidad de toda servidora o servidor público, durante todo el proceso de la cadena de custodia.

Existen varios tipos de procedimientos que se tienen que realizar con forme el tipo de evidencia encontrada, por lo cual debido a la temática del delito de violación determinaremos la parte más sustancial del Procedimiento en indicios y/o evidencias provenientes de hospitales, clínicas, consultorios médicos y otros, los mismos que se encuentra establecido en el manual de cadena de custodia (2014) donde se determina que en caso de agresión sexual se recolectara por medio de hisopos de algodón los indicios de exudados vaginales, rectales, uretrales y bucales; a más de revisar la existencia de pelos, sangre o piel adheridas en las cavidades antes mencionadas, en caso de que haber se depositara en caja petry o tubo de ensayo para su posterior análisis.

Según el manual de cadena custodia (2014) el procedimiento para el levantamiento de los indicios en el lugar de los hechos corresponde a:

1. Definir y observar el lugar de los hechos
2. Recolección, embalaje y traslado de las evidencias a los lugares de acopio.

3. Ingreso y custodia de las evidencias por parte de los centros de acopio.
4. Traspaso de evidencias.
5. Ingreso y análisis por parte del en el laboratorio del sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses.
6. Disposición por autoridades jurisdiccionales de los indicios en los procesos correspondientes.

Por tanto el sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses es el ente encargado de resguardar la autenticidad e integridad de todos los indicios o material probatorio, ya sea este físico o digital encontrados en la escena de un crimen.

Dichos indicios serán procesados por medio de análisis científicos, los mismos que será realizado por personal calificado, todo con la finalidad de emitir un informe tecno-científico que será valorado por el tribunal penal en la etapa procesal pertinente, que servirán de base para determinar la culpabilidad o no de un procesado.

1.8.1.5. Protocolos para el análisis de laboratorio de ADN humano.

En el manual de procedimientos para el laboratorio de ADN (2014) se determina un esquema para el procesamiento de las evidencias biológicas por medio de exámenes científicos de DNA, tales evidencias encontradas en la escena de un crimen o en la víctima, todo esto con el afán de cumplir lo determinado por la Constitución de la República del Ecuador (2008) art. 76, num.4 donde, se expresa que carecerá de validez probatoria toda prueba realizada con violación a la Constitución.

Las actuaciones de investigación estarán sujetas a lo que prescribe la ley penal:

Para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa el consentimiento expreso de la persona o la autorización de la o el juzgador, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida. Excepcionalmente por las circunstancias del caso, cuando la persona no pueda dar su consentimiento, lo podrá otorgar un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 459. Num,1).

Por tanto todo el personal del sistema especializado integral de investigación en medicina legal y ciencias forenses, previo a la obtención de muestras biológicas o exámenes corporales deberá tener el consentimiento expreso de la persona a la cual se le realizara la toma de muestras o exámenes.

Es decir que sin el consentimiento expreso de la persona no se podrá realizar el procedimiento de toma de muestras, aun cuando se tenga una orden judicial, ya si se lo hace, se violaría los derechos Constitucionales de la persona a la cual se le toma la muestra, y dicha muestra obtenida de no tendrá valides procesal.

Para la fundamentación del tema de investigación desarrollaremos los siguientes subtemas, los mismos que se enfocara en determinar las principales características del manual de protocolos instructivos de medicina legal y ciencias forenses, específicamente enfocándonos en la obtención de análisis de proteína P30 (líquido seminal) y el protocolo de tincion "arbol de navidad" para identificación de espermatozoides, todo lo antes mencionado está establecido directamente al delito de violación.

1.8.1.5.1 La prueba biológica forense de proteína P30 (ANTIGENO PROSTATICO ESTECIFICO) en líquido seminal humano

La prueba biológica de proteína P30 se encuentra detallada en el manual de protocolos instructivos de medicina legal y ciencias forenses (2014) donde se lo considera un marcador aceptado para detección de líquido seminal en los casos de delitos sexuales.

Las muestras y evidencias pueden ser recolectadas de hisopos genitales, para genitales, prendas de vestir, preservativos y otros, una vez obtenida la muestra se realizara el examen de inmunocromatográfica de P30, todo con la finalidad de saber si existe o no líquido seminal.

1.8.1.5.2. Protocoló de tinción "árbol de navidad" para identificación de espermatozoides.

El protocolo de tinción "árbol de navidad" para identificación de espermatozoides se encuentra detallada en el manual de protocolos instructivos de medicina legal y ciencias forenses (2014) donde se lo considera como un examen confirmatorio para determinar si existe o no espermatozoides en las muestras obtenidas de hisopos genitales, para genitales y extra genitales.

Cabe mencionar que según el estudio de Quispe, Tarifa, Solíz & Sierra (2010) "El espermatozoide posee una cabeza donde se localiza el acrosoma con el material genético (ADN) y el flagelo que le permite la motilidad. El ADN nos permite identificar de que individuo exactamente proviene".

En caso de que con el análisis de tinción “árbol de navidad”, de como positivo la existencia de espermatozoides, por medio de un análisis comparativo de ADN de los espermatozoides y el ADN del individuo acusado de la infracción, se podría identificar la responsabilidad de los hechos cometidos contra la víctima.

1.8.1.6. Formas de valoración de pruebas penales en el Ecuador

Para comenzar con el desarrollo de este subtema, hay que tener presente que la finalidad de la prueba penal está supeditada a probar si una persona procesada es responsable o inocente del cometimiento de una infracción penal, por lo que, tanto la fiscalía como la defensa técnica del procesado, buscan llevar al juzgador al convencimiento de los hechos materia de la infracción, esto según lo prescrito en el Código Orgánico Integral Penal (2014) art. 453.

Del mismo modo se determina en el Código Orgánico Integral Penal (2014), art. 454 que toda prueba penal se regirá por los siguientes principios: Oportunidad; Inmediación; Exclusión; Libertada probatoria; Pertinencia; Contradicción; Principio de igualdad de oportunidades para la prueba y los demás principios determinados por la constitución.

Por tanto todos los medios de prueba que sean anunciados y practicados dentro del proceso penal deberán seguir dichos principios, a más de los establecidos por la constitución y los instrumentos internacionales.

Cabe mencionar que: “La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de los principios en que se fundamenten los informes periciales” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 457, par.1).

Es decir que los jueces poseen libertad de valoración probatoria, siempre tomando en cuenta los principios de la sana crítica, por medio del análisis técnico-jurídico que realice de las pruebas aportadas por las partes en el proceso, el juez deberá tomar una decisión con la firme convicción de que si un procesado es culpable o no.

Adicionalmente hay que mencionar que el tribunal penal deberá valorar las pruebas conforme su legalidad y autenticidad, es decir que toda prueba deberá cumplir con los preceptos establecidos por la Constitución y la Ley, a más de que se obliga a legitimar la autenticidad tanto de la prueba con la de los resultados expedidos de los análisis científicos realizados a dicho material probatorio.

Hay que mencionar que para la obtención y análisis de los fluidos corporales de un presunto imputado, se actúa según lo prescrito en la normativa penal donde se establece que:

Para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa el consentimiento expreso de la persona o la autorización de la o el juzgador, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida. Excepcionalmente por las circunstancias del caso, cuando la persona no pueda dar su consentimiento, lo podrá otorgar un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 459, num. 1).

Para realizar un examen pericial que este enfocado en análisis material genético de los sospechosos, se necesita como requisito indispensable el consentimiento expreso de la persona a quien se le va tomar la muestra, para que se ha valido el peritaje, el consentimiento no debe estar viciado de ninguna forma,

adicionalmente se tomara en cuenta la aplicación de la cadena de custodia y la implementación de equipo adecuado para realizar el examen genético.

1.8.1.7. El material genético en el Ecuador

1.8.1.7.1. Constitución

Siguiendo la línea argumentativa del presente trabajo de investigación tenemos que en la legislación se establece que una de las garantías básicas del debido proceso es: “Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 76, num. 4)

Por tanto, los medios probatorios en todas las instancias y procesos en el Ecuador tienen que ser obtenidas y practicadas conforme lo determinado en la Constitución y la ley, en caso de no ser así tales pruebas no serán tomadas en cuenta en los procesos, por que violentan los principios y derechos contenidos en la carta magna del Ecuador.

En relación directa con la temática tenemos que las prácticas de las pruebas periciales en los procesos penales deben realizarse conforme los fundamentos establecidos en la Constitución y la ley, por tanto, es de vital importancia la aplicación de protocolos que garanticen la autenticidad y fidelidad de los resultados obtenidos después de realizar las pericias correspondientes, es decir que se aplique la cadena de custodia.

Para que una prueba genética aporte eficacia probatoria en el proceso penal primero hay que tener en cuenta que para la obtención de la muestra de fluido

genético tanto en la víctima como la del imputado deberán cumplir con los derechos y garantías que se encuentran determinadas en la Constitución y la ley; segundo se tiene que precautelar el cumplimiento de la cadena de custodia, todo con la finalidad de establecer de manera objetiva la efectividad de la aplicación de test genético, para que posteriormente dicha prueba sea practicada en juicio.

En este sentido la legislación establece que:

La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 195)

Por tanto, la fiscalía es el organismo estatal que ejerce la acción penal pública, es decir, es el ente encargado de realizar y direccionar la investigación criminal, en contra de las personas infractoras del bien jurídico protegido.

Por lo cual es de su entera organización la determinación y funcionamiento del sistema especializado de investigación, medicina legal y ciencias forenses, por el hecho de que este ente sirve como herramienta para el ejercicio de la imputabilidad de los hechos a los procesados, es ahí donde se realizan las pericias investigativas para su posterior presentación como evidencia en la etapa de juicio correspondiente en el proceso penal.

Según la legislación existe “La prohibición del uso de material genético y la experimentación científica que atenten contra los derechos humanos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 66 num. 3, lit. d).

El apartado normativo citado anteriormente es de vital importancia para la investigación, por medio de esta disposición normativa los ciudadanos Ecuatorianos tenemos el derecho a pedir que nuestro material genético no sea utilizado en un juicio, aun cuando el fiscal pida una autorización al juez, para la obtención del material genético del imputado, esto debido a que ellos no pueden actuar dicha autorización siempre que no se posea el consentimiento del imputado, el procesado está protegido por la Constitución de la República del Ecuador.

El deber del Estado Ecuatoriano es tutelar y precautelar el cumplimiento de los derechos de los ciudadanos Ecuatorianos, por lo cual la persona procesada se puede amparar en que se cumplirán con las disposiciones Constitucionales del Ecuador.

1.8.1.7.2. Código penal.

En este subtema abordaremos la temática desde el punto de vista del Código Orgánico Integral Penal, donde se desarrollara los apartados normativos más importantes.

Según se determina en el Código una de las atribuciones de la o el fiscal es: “Ordenar el peritaje integral de todos los indicios que hayan sido levantados en

la escena del hecho, garantizando la preservación y correcto manejo de las evidencias” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 444, num. 12)

Por tanto la o el fiscal es el responsable de realizar el levantamiento de la evidencias encontradas en la escena del crimen por medios del sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, el mismo que es el encargado de analizar las evidencias recolectadas por medio de pericias específicas para cada tipo de evidencia encontrada, a más de que tienen el deber de velar por el cumplimiento de la cadena de custodia, la misma que tiene como objetivo que la evidencias encontradas en la escena de un crimen no se contaminen y por tanto sean objetivamente válidas para practicarse en la posterior audiencia de juicio.

La cadena de custodia se la utiliza para todo tipo de evidencias, para cumplir con la efectividad de la misma se utiliza diferentes tipos de procedimientos, es de suma importancia la conservación de la evidencias en el mismo estado en que fueron encontradas.

Por tanto hay que destacar que la cadena de custodia cumple un papel muy importante por cuanto se la utiliza para la conservación y el manejo de las evidencias, las mismas que serán utilizadas posteriormente en juicio por parte de los fiscales para determinar el grado de responsabilidad de un imputado en el cometimiento de un delito.

La legislación penal establece que los Exámenes médicos y corporales serán practicados:

En los casos de delitos contra la integridad sexual y reproductiva, trata de personas e infracciones de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cuando una persona ponga en conocimiento que ha sido

víctima de una de tales infracciones penales y exista peligro de destrucción de huellas o rastros de cualquier naturaleza en su persona, los centros de salud públicos o privados acreditados a los que se acuda, deberán practicar, previo consentimiento escrito de la víctima o de su representante, los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas correspondientes. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 465, num. 1).

En este artículo se determina cual es el procedimiento que se tiene que hacer a la víctima de un delito en contra la integridad sexual y reproductiva, una vez que este ponga a conocimiento a la autoridad pública (fiscalía) por medio de la denuncia, este ente deberá proceder con la toma de versiones y llevar a la víctima hasta un centro de salud acreditado para que allí se le realicen los exámenes médicos correspondientes para dejar constancia de la agresión por medio de la toma de muestras y pruebas científicas.

Este procedimiento es muy importante, las agresiones físicas que puede sufrir la víctima por parte de su victimario, pueden desaparecer con el paso del tiempo, dichas agresiones pueden ser: golpes, rasguños, moretones, cortadas, en caso de violencia sexual la degradación de semen encontrado en la víctima producto de la agresión sufrida.

Para la investigación de exámenes médicos y corporales, el código establece las siguientes reglas:

Para la obtención de muestras, exámenes médicos o corporales, se precisa el consentimiento expreso de la persona o la autorización de la o el juzgador, sin que la persona pueda ser físicamente constreñida. Excepcionalmente por las circunstancias del caso, cuando la persona no pueda dar su consentimiento, lo podrá otorgar un familiar hasta el segundo

grado de consanguinidad (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 459, num. 1)

De este modo se establece que para la obtención de prueba debidamente obtenida cumpliendo con los preceptos Constitucionales y principios sustanciales de la legalidad, un examen médico o análisis biológico tiene que ser actuado siempre se tenga expresa constancia de consentimiento de persona a quien se le van a practicar dichas pericias.

Hay que mencionar que este precepto jurídico no solo se aplica a la víctima sino también al victimario por cuanto se le deban realizar exámenes periciales de análisis genéticos comparativos.

En los casos del delito de violación, se precisa que cuando en la víctima se encuentre algún tipo de evidencias tales como semen o sangre del presunto responsable de la agresión sexual, el fiscal a cargo deberá llevar a la víctima a un centro de salud acreditado donde se realiza la toma de muestras y exámenes médicos correspondientes, con la finalidad de salvaguardar las evidencias encontradas para la posterior práctica en juicio.

Una vez de que el fiscal tenga constancia de que existe este tipo de evidencias, el fiscal comenzará las investigaciones correspondientes, cuando se tenga constancia del presunto responsable de la agresión sexual, el fiscal pedirá una orden judicial para realizar un examen comparativo de ADN, donde se analizarán las muestras de material genético encontrado en la víctima con la del victimario.

Si el juez otorga esta orden judicial, el fiscal para proceder con la toma de muestra de material genético, deberá tener primero el consentimiento expreso de la persona, en caso de no ser así la práctica de la orden judicial no se puede ejecutar, porque, se establece que no se puede constreñir u obligar a la persona para la realización del examen.

1.8.1.8. Forma de utilización del material genético en países como: España

Para comenzar con el desarrollo del presente subtema hay que tener en cuenta que en el país de España existe una base policial de datos biológicos forenses, donde constan los identificadores de ADN, la misma que sirve de utilidad a los cuerpos de seguridad del Estado Español.

De conformidad con la ley de Enjuiciamiento Criminal (1882) en la disposición adicional tercera del (2003) se determina que:

El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Justicia y de Interior, y previos los informes legalmente procedentes, regulará mediante real decreto la estructura, composición, organización y funcionamiento de la Comisión nacional sobre el uso forense del ADN, a la que corresponderá la acreditación de los laboratorios facultados para contrastar perfiles genéticos en la investigación y persecución de delitos y la identificación de cadáveres, el establecimiento de criterios de coordinación entre ellos, la elaboración de los protocolos técnicos oficiales sobre la obtención, conservación y análisis de las muestras, la determinación de las condiciones de seguridad en su custodia y la fijación de todas aquellas medidas que garanticen la estricta confidencialidad y reserva de las muestras, los análisis y los datos que se obtengan de los mismos, de conformidad con lo establecido en las leyes.

Luego de dicha disposición se crea la ley orgánica reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir de ADN (2007) donde, se establece que dicha base de datos, servirá para el personal de seguridad del Estado, en relación a la investigación de delitos por medio de la comparación de perfiles genéticos, persecución de delitos y averiguación de personas desaparecidas o identificación forenses de restos humanos encontrados.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882) se determina que:

Los Juzgados y Tribunales ordenarán la práctica de los análisis químicos únicamente en los casos en que consideren absolutamente indispensables para la necesaria investigación judicial y la recta administración de justicia.

Siempre que concurren acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten indispensables para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad (art. 363).

Es decir que, son los tribunales penales los encargados de ordenar la práctica de análisis químicos o investigaciones tecno-científicas de ADN con la finalidad de ayudar al tribunal en la administración de justicia para imposición o no de la pena a un procesado.

Cabe destacar que, el tribunal de forma motivada por medio de una resolución, podrá ordenar la obtención de muestras biológicas o ADN del sospechoso con la finalidad de determinar su perfil genético, para lo fines investigativos

pertinentes, dicha práctica de intervención corporal deberá seguir los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

Siguiendo la línea argumentativa en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (1882) la asistencia del abogado consistirá en informar al detenido las consecuencias de dar o no el consentimiento para la práctica de diligencias solicitadas por los organismos judiciales, en tal virtud se establece que:

Si el detenido se opusiera a la recogida de las muestras mediante frotis bucal, conforme a las previsiones de la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, el juez de instrucción, a instancia de la Policía Judicial o del Ministerio Fiscal, podrá imponer la ejecución forzosa de tal diligencia mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables, que deberán ser proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad (art. 520, num. 6, lit. c))

En las leyes españolas ya se resuelve la disyuntiva del consentimiento en la toma de muestras biológicas para análisis del Material genético o AND, si el procesado se niega a dar el consentimiento para la toma de muestras genéticas, el juez de oficio por medio de la policía judicial o fiscalías, podrá imponer de forma forzosa la toma de muestras, lo que a diferencia en el Ecuador se necesita el consentimiento expreso de la persona, y por tanto, no puede ser físicamente constreñida de ninguna forma, aun teniendo un orden judicial.

En acotación al igual que España, Chile es uno de los países sudamericanos pioneros en crear un departamento de registros de ADN, así como regular la obtención y resguardos de las muestras biológicas de material genético o ADN.

1.8.2. Delito de violación

1.8.2.1. La dignidad humana como bien jurídico protegido.

Para comenzar con el desarrollo de este subtema primero hay que tener en cuenta que la dignidad huma es según Montano (2008)

(...) la capacidad de captar la verdad en cuanto tal, de aprehender y querer lo bueno en sí y de apreciar y construir lo bello. Esa independencia a la que referimos en el plano óntico también se aprecia en el plano ético: el hombre es digno porque es libre. (p. 2)

De esta manera el jurista Montano hace alusión a que la dignidad humana se encuentra ligada a los principios sustanciales del derecho y del mismo modo pertenece sustancialmente al ser humano por el solo hecho de serlo, la dignidad humana pertenece a los derechos humanos y no puede estar desligado de ninguna manera.

Hay que mencionar que desde el plano ético la dignidad humana es vista desde la libertad y el libre albedrio del ser humano, es decir que las personas son libres y por este motivo tiene el derecho a vivir con dignidad en un ambiente adecuando conforme a su sana crítica.

Del mismo modo Sotomayor y Tamayo (2017) establecen que la dignidad humana es

(...) los derechos fundamentales pueden ser vistos como concreciones del principio de respeto a la dignidad humana, en la medida en que un tratamiento digno sería aquel acorde con aquellos derechos de cuyo

reconocimiento respeto deriva el Estado precisamente su legitimidad (...).
(p. 26)

Es decir que los derechos fundamentales del ser humano provienen sustancialmente del principio a la dignidad humana, por tanto hay que tener presente que tales derechos tiene que ser protegidos y garantizados por los Estados, para un correcto desarrollo físico y psicológico de los ciudadanos, se tiene que garantizar a las personas un ambiente sano y libre de violencia donde poder desarrollarse libremente.

Desde otra perspectiva se cita a Ferrajoli en el trabajo de Serna donde se investiga a la dignidad humana como limite a la libertad de configuración del legislador en materia penal:

(...) la dignidad humana se deriva también la proscripción de que el individuo sea utilizado como instrumento para prevenir a la sociedad sobre la comisión de delitos, a través de “sanciones ejemplares”. Por ello el principio de culpabilidad hace parte de la dignidad humana, junto al de antijuridicidad material, pues sólo serán punibles las lesiones a bienes jurídicos protegidos. (p. 8)

De esta forma Ferrajoli destaca una concepción jurídico-penal de lo que es la dignidad humana, este la concibe como un ente que posee derechos y por lo cual dichos derechos deberán ser garantizados por los Estados, pero adicionalmente establece que los individuos que trasgredan la ley serán sancionados, no solo por la comisión de dicho acto antijurídico, sino también como medio para prevenir a la sociedad, es decir que se impone sanciones para hacer conocer a los ciudadanos lo que pasa cuando una persona trasgrede la ley.

Del mismo modo se establece que el principio de culpabilidad es parte de la dignidad humana, por cuanto al cometimiento de un hecho punible se tratare, por lo que las personas que infrinjan o lesionen el bien jurídico protegido (derechos), deberán ser sancionadas por los actos cometidos encorta la dignidad humana.

En el ámbito nacional encontramos que en la legislación se habla acerca de la dignidad y la titularidad de derechos donde se establece que, “Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales”. (Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 4, par. 1)

De este modo se establece y se reconoce por parte del Estado a que todos los ciudadanos que intervengan en los procesos penales poseen derechos y por tanto el Estado está en el deber de tutelarlos y garantizarlos por medio de la coerción de la fuerza pública.

Cabe mencionar que la dignidad humana es la base de los derechos humanos y a su vez es el límite del ejercicio de la acción estatal, es decir que el Estado al momento de hacer uso de su derecho de acción, este ente tiene que tener presente que debe respetar y garantizar tales derechos.

Desde el punto de vista del derecho penal, los delitos que trasgreden la dignidad de las personas deben ser sancionados, nadie está exento de la responsabilidad que acarrea sus acciones.

Tales sanciones deberán ser aplicadas bajo estrictos preceptos procedimentales, como lo son el cumplimiento del debido proceso, la legalidad, el derecho a la defensa, entre otros.

Para que una sanción sea aplicada de forma correcta se probara sustancialmente que la persona acusada del cometimiento de un delito, es efectivamente el responsable de haber trasgredido la ley.

1.8.2.2. Clasificación de los delitos contra integridad sexual y reproductiva Según en el Código Orgánico integral Penal

En nuestro Código Orgánico Integral Penal se contemplan los delitos contra la integridad sexual y reproductiva en la sección cuarta desde el Art. 164 hasta el Art. 175 de dicho cuerpo normativo.

Clasificación de los delitos en contra la integridad sexual y reproductiva contemplada en el Código Orgánico Integral Penal (2014):

- La inseminación no consentida (Art. 164)
- Privación forzada de capacidad reproductiva (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)
- Utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual (Art. 172)
- Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos (Art. 173)
- Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos (Art. 174)

- Disposiciones comunes a los delitos contra la integridad sexual y reproductiva (Art. 175)

En la clasificación antes mencionada se determinan todos los delitos en contra la integridad sexual y reproductiva los mismo que son sancionados con diferentes penas, dependiendo de las acciones de la persona infractora se aumenta o disminuye la pena proporcionalmente, el tribunal penal al momento de dictaminar la sentencia condenatoria debe tomar en cuenta las atenuantes y agravantes existentes.

Hay que destacar que el presente trabajo de investigación se centra en el delito de violación el mismo que se encuentra determinado en el Art. 171 del Código Integral Penal, el mismo que será desarrollado en el subtema correspondiente.

Adicionalmente hay que mencionar que con el cometimiento de un delito de naturaleza sexual (violación), la sociedad en general queda conmocionada por las acciones efectuadas, el pueblo se siente inseguro porque tanto la integridad física y psicológica de sus hijos como la suya propia, quedan expuestas a posibles transgresiones por parte de persona inhumanas que comenten delitos tan atroces como la violación.

1.8.2.3. Distinción entre abuso sexual y violación

Para establecer una distinción entre estos dos tipos de delitos sexuales, primero hay que establecer una fundamentación doctrinario de lo que es la violación y el abuso sexual.

Para Finkelhor (2008) las similitudes entre abuso sexual y violación se definen en cuatro características esenciales, las cuales son:

- Es un crimen sexual, debido a que intervienen los genitales del agresor como los de la víctima.
- En su mayoría los delitos son cometidos por hombres.
- Las víctimas de estos delitos por lo general sufren trastornos psicológicos al punto de afectar su ajuste sexual por la humillación y estigmatización por parte de la sociedad y de sí mismas.
- En el pasado la sociedad ha tratado tales delitos de forma similar, no se tenían definiciones concretas, a más de culpar a la víctima por el suceso.

Adicionalmente Finkelhor (2008) determinó diferencias doctrinarias de los delitos de abuso sexual y violación, las cuales corresponde a:

- Para que se dé el delito de abuso sexual normalmente existe una relación entre ofensor y víctima, mientras que para la violación puede o no existir tal relación social.
- Frecuentemente el delito de abuso sexual se da mayormente a niños o niñas, por parte en su gran mayoría de conocidos o familiares, tal abuso es efectuado con frecuencia o por intervalos de tiempo. En contraste la violación se da típicamente una sola vez, entre una mujer y un ofensor específico.
- El delito de violación se lo realiza por medio de la fuerza física utilizando frecuentemente armas mortales, mientras que para el abuso sexual normalmente se utiliza la persuasión por medio de violencia psicológica.
- En la violación casi siempre existe coito (penetración) o el intento de coito, en contraste el abuso sexual corresponde generalmente en tocar los genitales, la exhibición y la masturbación, sin que exista penetración.

Como se puede observar estas son las principales distinciones doctrinarias entre el abuso sexual y la violación, tales delitos conllevan violencia física y psicológica

para las víctimas, por lo que es deber del Estado garantista de derechos precautelar y tutelar el cometimiento de estos tipos de delitos que causan gran conmoción social al pueblo de un Estado determinado. Son los organismos de justicia, los entes encargados de llevar a los responsable del cometimiento de estos delitos ante los jueces para que paguen por los delitos cometidos y así brindar justicia a las víctimas.

1.8.2.3.1. Abuso sexual

En nuestro ordenamiento jurídico penal se define al abuso sexual como: “La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal (...)”.(Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 170, par. 1)

Es de esta manera que el abuso sexual se da cuándo un persona obliga a otra por medio de engaño, manipulación, miedo o cualquier otro tipo de acción para ir contra la voluntad de las personas, con la finalidad de que la persona manipulada ejerza actos de naturaleza sexual tales como masturbaciones, toqueteos o forzar a una persona a que se desnude y observe actos de índole sexual, sin que esta tenga acceso carnal o coito con la persona que la obliga a la realización de este tipo de actos.

Los medios para constreñir la voluntad pueden ser por medio de la fuerza física o psicológica, por ello implica un delito grave que tiene que ser sancionado por las autoridades estatales, es un delito que causa conmoción social.

En el mismo código se determina que la pena aplicada para este delito es la establecida en Art. 170 la misma que corresponde a una “pena privativa de

libertad de tres a cinco años”; la misma se agrava si se comete el delito a persona menor de catorce años o con discapacidad, o cuando una persona no tiene la capacidad para comprender sus actos, en esos casos se sancionara con una “pena privativa de libertad de siete a diez años”; del mismo modo se determina que si la víctima es menor a seis años la pena aplicada corresponderá “entre siete y diez años”

1.8.2.3.2. Violación

En nuestra legislación se define a la violación como:

Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo (...).(Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 171, par. 1)

La legislación Penal Ecuatoriana es muy específica al determinar en que corresponde la violación, en primer lugar hay que tener presente que la violación se da cuando existe acceso carnal o coito, sin el consentimiento expreso de la persona.

La violación se da normalmente por medio del uso de la fuerza o la intimidación, la víctima es obligada tener acceso carnal que puede ser anal, bucal o vaginal, no solamente se entiende que la violación se realiza por medio de los genitales, sino también existe violación cuando se penetra con otras partes del cuerpo e incluso objetos.

Cabe mencionar que la violación no solo se da entre miembros de diferentes sexos, sino también que puede ser realizada por entre personas del mismo sexo sin que exista alguna distinción en la fundamentación jurídica.

La sanción del delito de violación está contemplada en el Código Orgánico Integral Penal en el Art. 171 donde se aplicara la “pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años” siempre que concurras las siguientes circunstancias:

- Cuando la víctima se encuentre privada de la razón o por discapacidad no pueda resistirse a la agresión sexual.
- Cuando se utilice violencia, amenaza o intimidación.
- Cuando la víctima se a menor a catorce años.

Adicionalmente se sancionara con el máximo de la pena si se concurre en una de las siguientes circunstancias:

- Que la víctima sufra daño físico o psicológico permanente
- Que la víctima contraiga una enfermedad grave o mortal como consecuencia de la agresión sexual.
- Cualquier persona que tenga el deber de custodia de la víctima.
- Si el agresor es ascendiente, descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Si la víctima se encontrara bajo cuidado por cualquier razón del agresor.
(Código Orgánico Integral Penal, 2014, art. 171, num. Del 1 al 6)

Cabe mencionar que al momento del cometimiento de acto delictivo, la víctima resultare muerta por la agresión, la pena aplicable por dicho acontecimiento será de privación de libertad de veintidós a veintiséis años, sin contar con las agravantes y atenuantes correspondientes.

1.8.2.4. La teoría del delito: en los delitos de violación

A juicio de Almanza y Peña (2014) la teoría del delito es una tendencia dogmática que busca principal mente el estudio de las consecuencias penales de las acciones humanas que vayan en contra del bien jurídico protegido por el Estado, por lo que su estudio se centra en la relación causa (hecho) y efecto (pena) de las acciones humanas.

De acuerdo con los aportes de Villanueva (1998) la teoría del delito corresponde a:

La teoría del delito tiene como objetivo analizar y estudiar los presupuestos jurídicos de la punibilidad de un comportamiento humano sea a través de una acción o de una omisión, en estos términos dicho análisis no solo alcanza a los “delitos” sino incluso a todo comportamiento humano del cual pueda derivar la posibilidad de aplicar una consecuencia jurídico penal (...). (p. 15)

Para Caldeira (2010) la teoría del delito corresponde a una rama de del derecho penal que estudia sustancialmente lo que es el delito de forma general y determinar específicamente cuáles son las características sustanciales de la conducta humana para ser consideradas como delictivas.

De este modo para que existe un delito tiene que existir la conducta (la voluntad exteriorizada que inicia la causalidad), tipicidad (descripción de la conducta penal en el cuerpo normativo), antijurídica (existencia de amenaza o lesión al bien jurídico protegido) y culpabilidad (conocimiento de antijuridicidad de la conducta).

Del mismo modo Aguilar (2005) establece los elementos del delito los mismos que corresponde a:

- La conducta corresponde a la materialización de las acciones u omisiones del ser humano, las mismas que producen efectos dañosos del bien jurídico protegido.
- La tipicidad es determinada por la fundamentación jurídico-penal descriptible de la conducta penalmente relevante.
- La antijuridicidad es un elemento positivo del delito, donde la conducta humana para que sea considerada delito tiene que contravenir la norma penal, es decir que tiene que lesionar el bien jurídico protegido por el Estado.
- La imputabilidad corresponde a la capacidad de ser responsable por las acciones cometidas, esto se da cuando una persona tiene pleno conocimiento de sus acciones criminales y aun así materializa la conducta.
- La culpabilidad: es definida como la responsabilidad de las acciones cometidas, es decir son las consecuencias de actuar o no conforme a derecho.
- La punibilidad se establece como la imposición de sanciones por la violación del bien jurídico penal, es decir es la aplicación de las penas establecidas en ley penal.

Por su parte Machicado (2010) establece que delito es todo acto humano que se adecua a los preceptos jurídicos establecidos en la ley penal, es decir que en la ley penal se establecen de forma minuciosa los preceptos normativos de las acciones humanas, a más de establecer las penas por el cometimiento de tales acción lesivas del bien jurídico protegido por el derecho penal.

Por tanto para que exista un delito tiene existir preceptos sustanciales como tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad respectivamente, como ejemplo para que exista el delito de violación tiene que existir previamente en la norma penal la

descripción objetiva de la infracción (tipo penal), luego deberá existir una lesión al bien jurídico protegido por parte de las acciones de la persona (antijuridicidad) y finalmente se observara si la persona es imputable por las acción ejecutadas en contra del bien jurídico protegido por el derecho penal (culpabilidad), es decir que la persona infractora deberá estar consiente que sus acciones contravienen la norma penal.

1.8.2.5. Precedente Jurisprudencial Obligatorio en los delitos sexuales

Según el libro de jurisprudencia Ecuatoriana “Ciencia y Derecho” emitido por la Corte Nacional de Justicia se determina que la Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito, han llegado a fallos coincidentes en tres casos abogados a su conocimiento, los cuales tratan acerca del testimonio de la víctima en delitos sexuales, dichos casos son los siguientes.

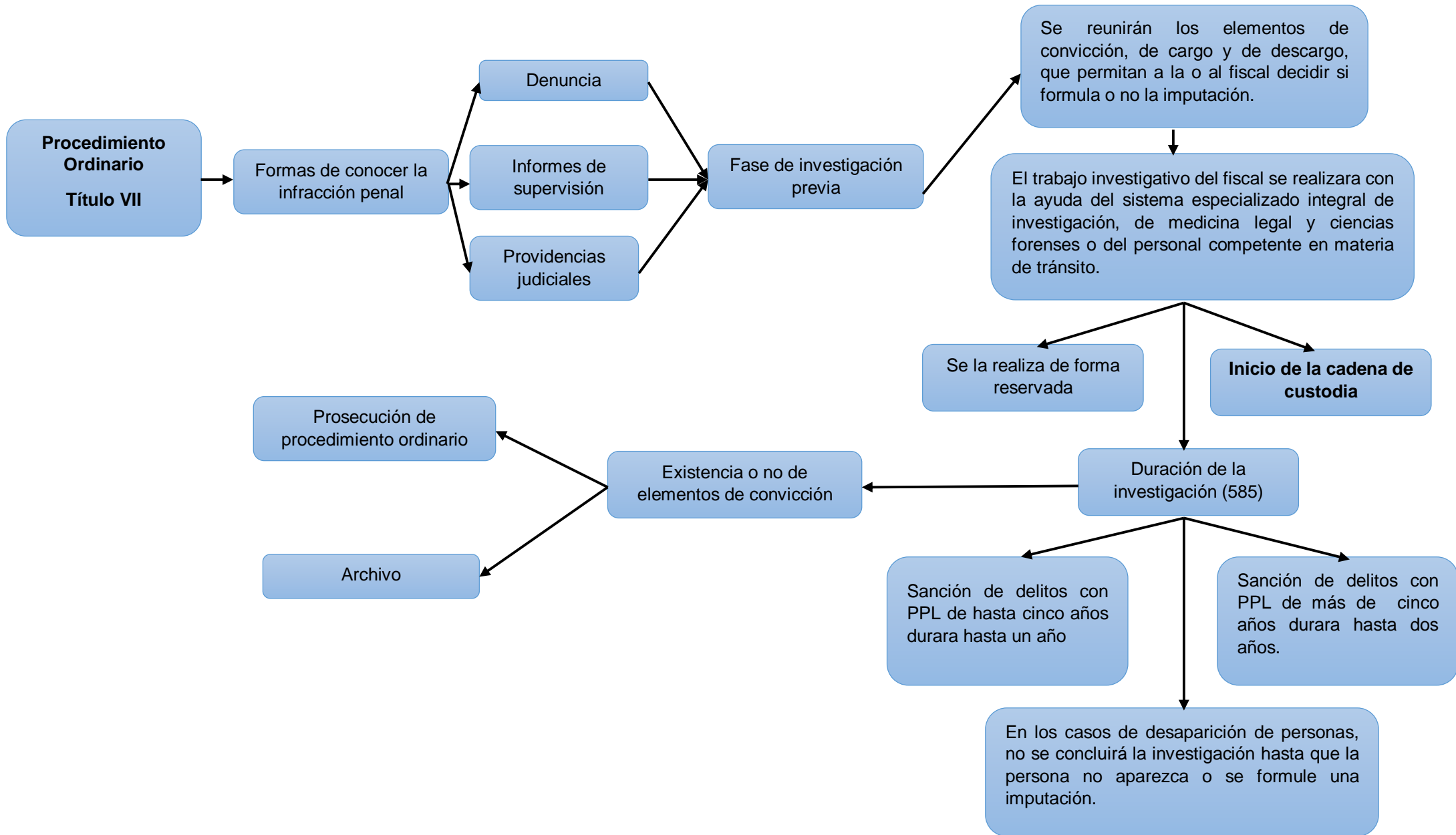
Juicio 098-2012, por el delito de violación, seguido por la Dra. Ruth Beatriz Delgado Cabrera, funcionaria del Centro de Protección de Derechos del MIES - INFA - Zamora en contra de Filimón Benito Cajas Pasaca; Juicio 508-2013, por delito de violación, seguido por Ana Cecilia López Pantoja (acusadora particular) y la fiscal de Imbabura en contra de Marco Luis Torres Nuñez; Juicio 685-2013, por delito de violación, seguido por Roxana Maldonado Nieto en contra de Marcos Cruz y Karina Gutiérrez. (p. 111).

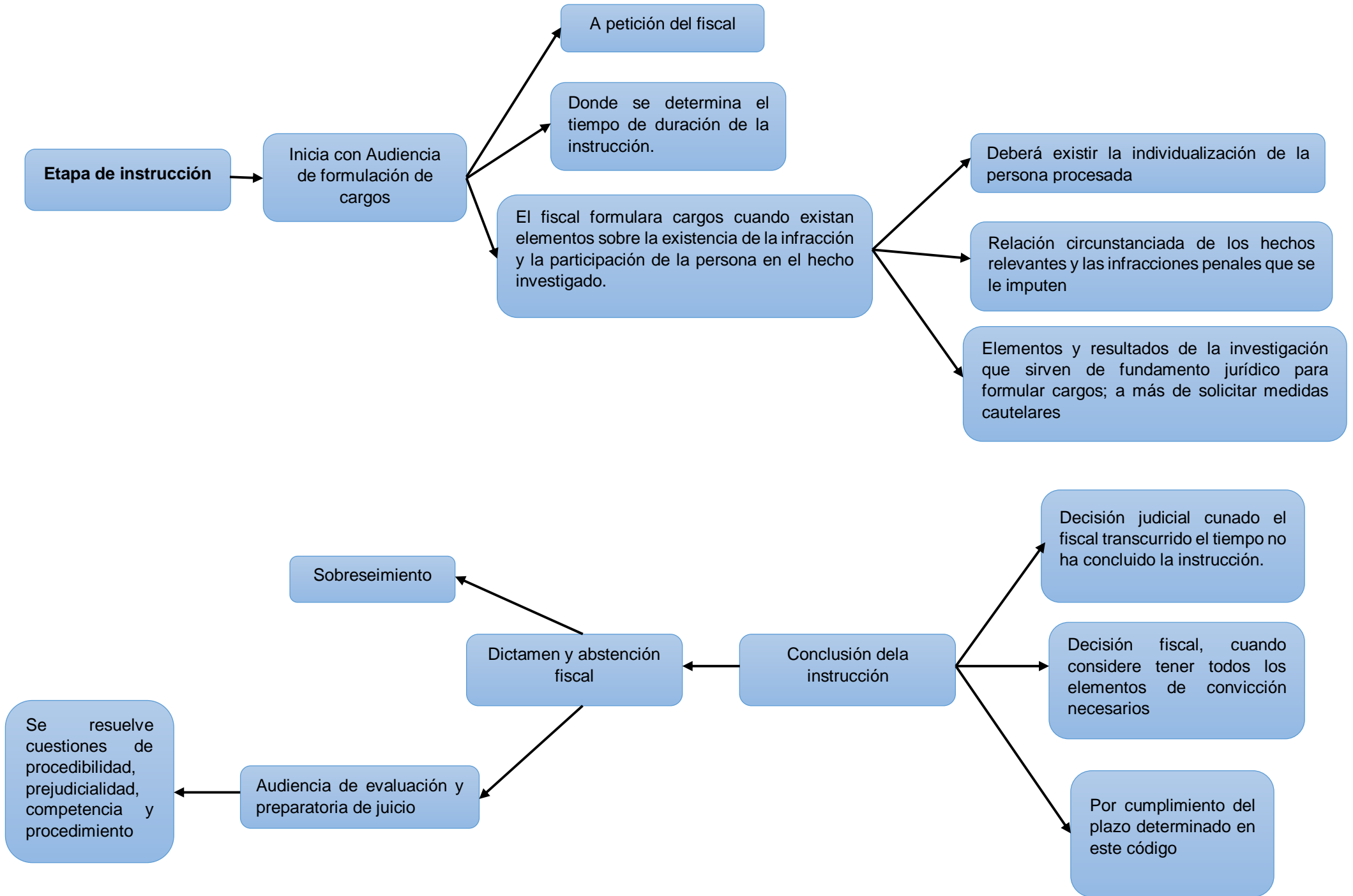
Debido a la existencia de situaciones reales concretas y reiterativas sobre un mismo punto de derecho, se tiene que los delitos sexuales son cometidos en la clandestinidad por lo cual el testimonio de la víctima deberá tener valor probatorio contundente, a más, de relacionar el testimonio con las demás pruebas presentadas en juicio y dichos medios probatorios deberán ser analizados en conjunto y no por separado.

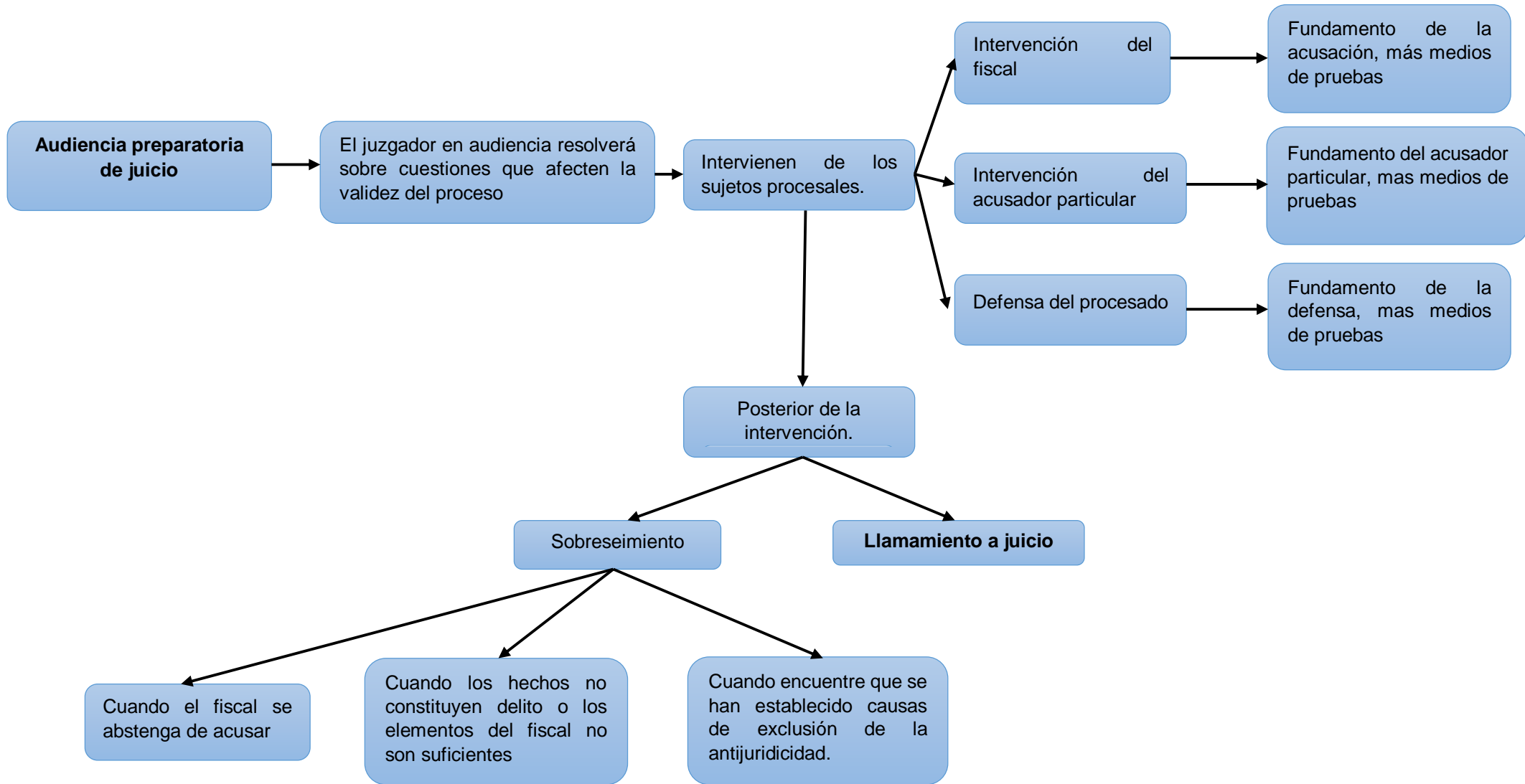
Debido a esto hay que tener presente que al ser un fallo de triple reiteración se convierte en Precedente Jurisprudencial para todos los casos que traten delitos sexuales, por lo que, el testimonio de la víctima se convierte en una herramienta muy importante al momento de la investigación para el fiscal, con la falta de testigos directos de los hechos en la consumación del delito sexual, dificulta la imputación del delito al presunta transgresor del bien jurídico protegido, por lo que, al tomar la declaración o testimonio de la víctima de forma trascendental, ayuda a determinar la responsabilidad penal de sujeto imputado y posteriormente dictar sentencia condenatoria.

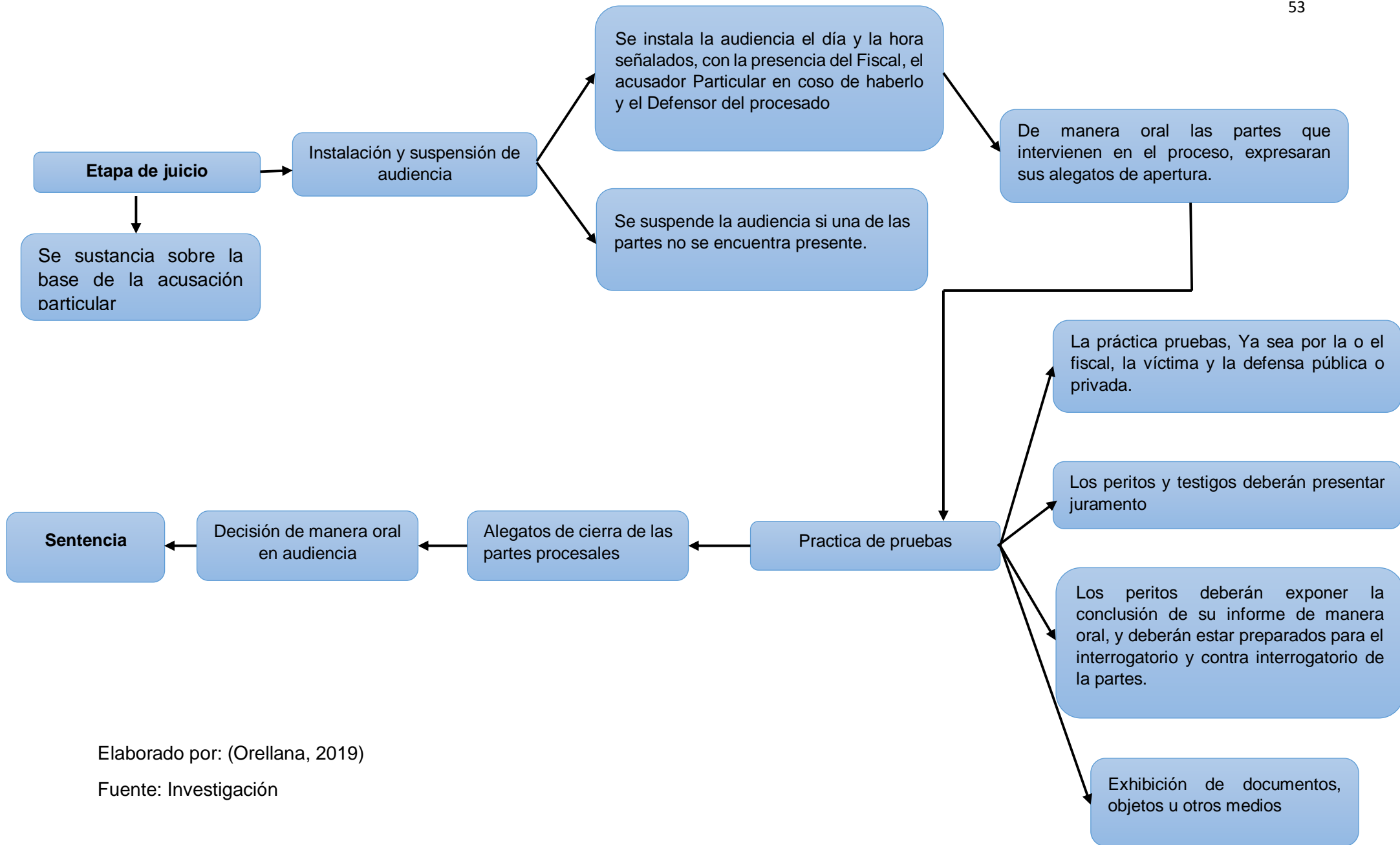
1.8.2.6. Procedimiento Ordinario contemplado en el COIP con el cual se sustancia los delitos de violación

Grafico 1.1. Procedimiento Ordinario del COIP







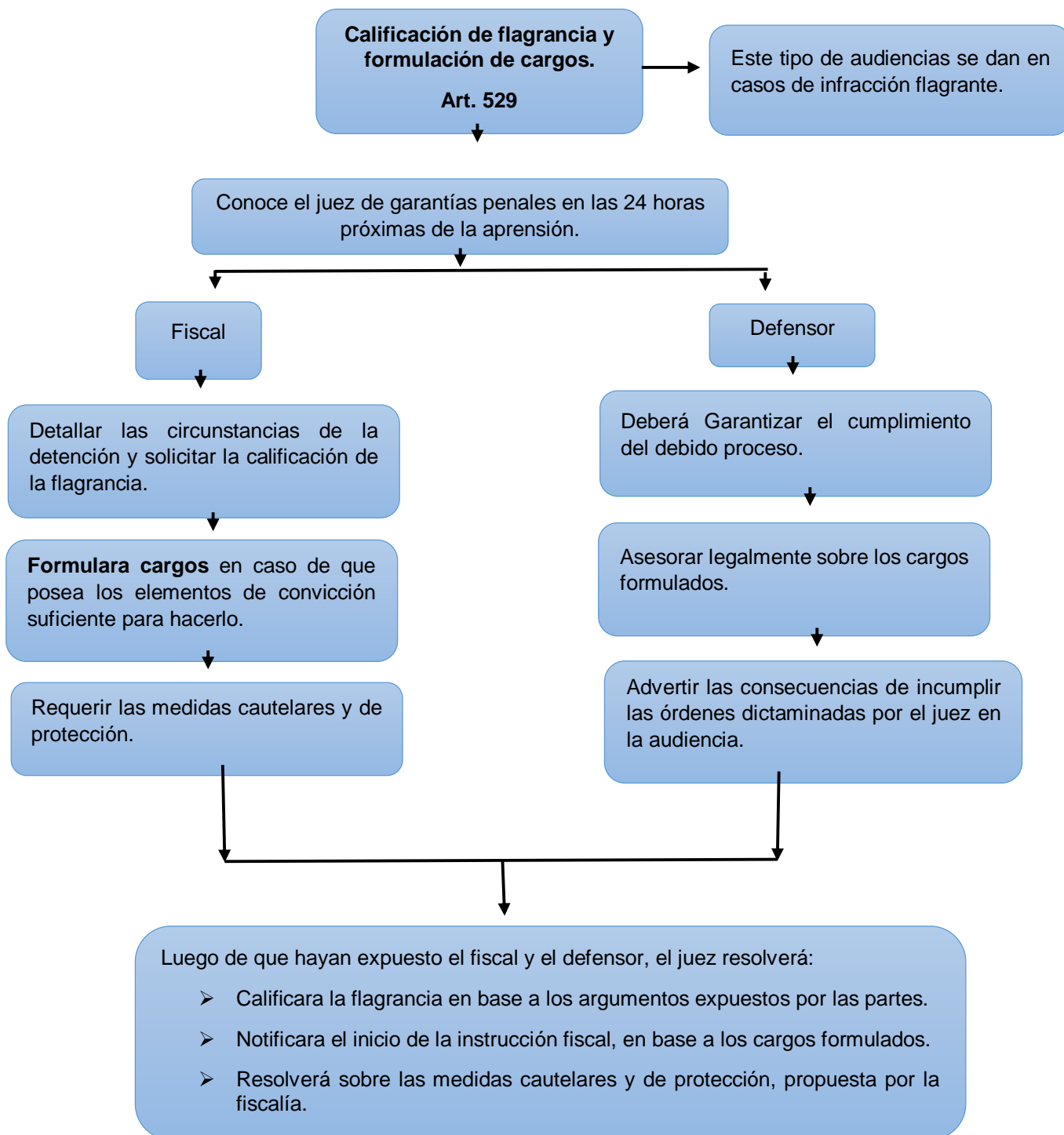


Elaborado por: (Orellana, 2019)

Fuente: Investigación

1.8.2.7. En casos de delito flagrante.

Grafico 1.2. Procedimiento en Delito Flagrante del COIP



Elaborado por: (Orellana, 2019)

Fuente: Investigación

1.8.2.7.1. Diferencias de juicio ordinario cuando se aprehende al infractor en delito flagrante

Los delitos de violación se sustancian por medio del procedimiento ordinario, ya sea que, las formas de conocer la infracción sean por medio de denuncia, informes de supervisión, providencias judiciales o con la aprehensión del infractor en delito flagrante, por tanto, en los casos de delito flagrante no existe investigación previa.

En los casos de que el procesado sea detenido en delito flagrante (en la comisión del delito de violación), será llevado ante un juez de garantías penales dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, para que se dé a cabo la audiencia de calificación de flagrancia, donde se calificara la legalidad de la aprehensión, la o el fiscal, de considerarlo necesario formulara cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares y de protección que el caso amerite y se determinará el proceso correspondiente.

En los casos de delito flagrante la etapa de instrucción durara treinta días, y en ningún caso una instrucción fiscal en delitos flagrantes podrá durar más de sesenta días.

Si el delito se realizó con la participación de una o varias personas, el fiscal solicitara en audiencia (5 días) la vinculación a la instrucción de las personas que participaron en la comisión del hecho delictivo. Una vez realizada las vinculaciones, el plazo de la instrucción se ampliara en treinta días improrrogables.

Cuando el fiscal cuente con los elementos suficientes, solicitara al juzgador convoque audiencia de formulación de cargos que en casos de flagrancia se llevara a cabo dentro de las veinticuatro horas.

Si durante la etapa de juicio, los resultados de la investigación hacen variar justificadamente la calificación jurídica de la imputación hecha en la formulación de cargos, el fiscal solicitara al juez audiencia para motivar la reformulación, donde el plazo de la instrucción se incrementara en treinta días improrrogables.

Luego de la formulación de cargos en los delito flagrantes se seguirá con la posterior audiencia de evolución y preparatoria de juicio.

Posteriormente se seguirá las mismas reglas que determina en el Código Orgánico Integral Penal, para la etapa de juicio, hasta la determinación de la sentencia.

1.8.2.8. Elementos y componentes del delito violación.

1.8.2.8.1. Acceso carnal o introducción de objetos.

Zavala (1991) en su estudio del delito de violación citando a Fontan Balestra determino que el delito de violación está directamente relacionado con el acceso carnal, donde se entiende como acceso carnal a la interacción del órgano reproductor masculino en las cavidades naturales de otro ser humano, dando como resultado la penetración o el coito, dichas acción pueden ser normales (vaginal) o anormales (anal o bucal).

Como se puede observar el acceso carnal corresponde a la penetración de los genitales masculinos en los orificios normales o anormales de una persona ya sea este hombre o mujer, donde dichas acciones son consideradas como coito.

A su vez Buompadre (2017) en su investigación cita a Manzini donde se concibe al acceso carnal como todo hecho en el cual intervengan los órganos genitales de una persona introduciéndose parcial o totalmente en el cuerpo de otra, siempre que sea encontrar de su voluntad, es decir aquí existe un sujeto activo y uno pasivo par el establecimiento del coito, a más de la concepción expresa de la negativa de la voluntad.

Es decir que el acceso carnal es entendido como la penetración total o parcial de los genitales ya sean masculinos o femeninos, dando como finalidad el coito sexual entre dos personas ya sean de diferentes sexos o del mismo.

Cabe mencionar que en el Código Orgánico Integral penal se detalla que la violación no solo se la concebirá por medio del acceso carnal, sino que también se prevé que la introducción de objetos por vías orales, anales o vaginales será considerada como violación sexual.

1.8.2.8.2. El consentimiento o privación de la razón.

Para el cometimiento del delito de violación debe existir un sujeto activo y uno pasivo, donde el sujeto activo corresponde a la persona que transgrede o viola el bien jurídico protegido por el derecho penal, y donde el sujeto pasivo es considerado como víctima por las acciones hechas encontrar de sus derechos; por tanto se toma en cuenta la concepción técnica del consentimiento del sujeto pasivo en una violación sexual.

Según determina Garcés (2014) el consentimiento corresponde a:

(...) un aspecto fenomenológico, entendiendo por este el componente intencional manifiesto –poseedor al mismo tiempo de un componente práctico y otro ético– que no necesariamente tiene que quedar claro en el momento de consentir, pero cuyo ocultamiento o pliegue puede engendrar los problemas que se llaman vicios, al involucrar diversos niveles de engaño. (p. 39)

Desde un punto de vista técnico el consentimiento corresponde a un acto por el cual se manifiesta la voluntad del ser humano de hacer o no una acción específica.

Para que el delito de violación sea considerado como tal, la víctima no dará el consentimiento de la relación sexual (acceso carnal o coito), esto ya sea por manifestación expresa de la voluntad o por la falta de privación de la razón, por parte de la víctima o por parte de las acciones del victimario.

En lo referente a la privación de la razón tenemos que Zavala (1991) expresa que la víctima al momento del cometimiento del delito puede estar privada de la razón, ya sea por acciones del agresor o como por cualquier otra causa, por lo que la pena se impondrá en relación a las circunstancias del hecho punible y las acciones del agente del delito.

Entendemos que la privación de la razón puede estar dada por cuestiones psíquicas o físicas de la persona víctima de la infracción o como puede ser efecto de las acciones del causante del delito.

Por lo cual la persona que es víctima de una violación sexual, al momento de cometimiento del acto se encuentra en un estado de plena inconciencia, es intrascendente el motivo por el cual la víctima se encuentra en estado de inconciencia, la existencia del delito sexual se formula con el acceso carnal.

Cabe mencionar que en caso que la víctima este privada de la razón por la acciones del causante delito, el tribunal penal analizará tales acciones en base a la agravantes existentes en el Código Orgánico Integral Penal.

1.8.2.8.3. La violencia, amenaza o intimidación.

Como establece Zavala (1991) el empleo de la fuerza en el delito de violación está relacionado con la consumación del acceso carnal, el sujeto activo utiliza la violencia y la intimidación como medios para la consumación del delito. Correlativamente a emplear la fuerza para consumación de un delito sexual, esto es, utilización de energía física para vencer la resistencia de victima para así consumir el acceso carnal o coito, cabe destacar que para que exista la violación como tal la victima deberá forcejear o resistirse al hecho punible, salvo que se encuentre en estado de plena inconciencia.

Del mismo modo Zavala (1991) en su estudio del delito de violación cita a Gómez donde se establece que la intimidación corresponde a las acciones de causar o infundir miedo por medio de amenazas, con la finalidad de obtener algo de otra persona por medio de la fuerza psicológica.

Por tanto la intimidación en el delito de violación conlleva a obligar a la víctima al acceso carnal por medio de amenazas graves, ya sea directa la sujeto pasivo o a un tercero, donde la victima por la gravedad de la intimidación doblega su voluntad en relación al acceso carnal con la persona infractora.

Según la concepción de Buompadre (2017) la violencia en el delito de violación, es el medio por el cual el sujeto activo doblega la voluntad de sujeto pasivo, donde el sujeto activo pretende lograr el acceso carnal, es decir, que la violencia es concebida como todo medio de energía física humana por la cual se fuerza a otra persona a realizar actos que no son acordes a su voluntad.

La utilización de violencia, amenaza o intimidación en el delito de violación es muy común, la persona infractora utiliza todos los medios necesarios para cometer el hecho delictivo, donde la víctima es abusada en contra de su voluntad por medio de las acciones del infractor.

CAPITULO II

METODOLOGÍA

2.1. Metodología de la investigación.

La investigación se desarrolló conforme al paradigma crítico propositivo porque privilegia la interpretación, comprensión y explicación de los fenómenos sociales, con la finalidad de alcanzar la esencia misma de dichos fenómenos estudiados. Se utilizó el enfoque epistemológico cualitativo el cual ayuda a comprender a partir de la experiencia de expertos en materia penal la forma de valoración de la prueba de material genético en los procesos penales en el delito de violación. El alcance de la investigación es el exploratorio, se examinó el valor probatorio del material genético en materia penal, es decir que el tema planteado es meramente investigativo. En cuanto a técnicas se utilizó las modalidades; bibliográfica documental, donde se utilizó como fuentes primarias, el estudio de las normativas jurídicas vigentes en la república del Ecuador y normativas jurídicas a nivel internacional; a más de la recopilación de información doctrinaria a nivel nacional e internacional sobre la temática planteada obtenida en libros y publicaciones de revistas indexadas, y como fuentes secundarias se realizó la revisión de libros, entrevistas, ensayos e investigaciones obtenidas a través de medios electrónicos idóneos y de manera física. Cabe mencionar que, por medio del análisis normativo nacional, permitió plantear las bases legales tanto Constitucionales como penales referentes al delito de violación y su forma probatoria. Por otro lado, también se utilizó como trabajo de campo la aplicación de entrevistas, realizadas a los fiscales nacionales y a los peritos especializados en el manejo de fluidos corporales.

2.1.1. Método general.

El método general aplicado al presente trabajo de investigación es el método deductivo el cual permitió por medio del razonamiento deducir conclusiones lógicas a partir de análisis generales para poder llegar a determinar si el valor de la prueba de material genético dentro de las investigaciones criminales en los casos del delito de violación; es aplicada de forma efectiva cumpliendo con el objetivo intrínseco de la justicia.

2.1.2. Métodos específicos.

Como métodos específicos utilizados tenemos al método comparativo que permitió realizar una revisión de la normativa nacional e internacional, para dilucidar los principales avances normativos en materia probatoria penal en los casos del delito de violación.

2.1.3. Técnicas e instrumentos

Como técnicas utilizadas para la recolección de información tenemos al estudio de casos y la entrevista.

Mediante la revisión de casos específicos acerca de la temática planteada buscamos poder diagnosticar el uso del material genético como prueba en el proceso penal por el delito de violación.

Por ultimo mediante la utilización de entrevistas a fiscales especializados en el tema planteado, determinaremos la importancia del uso del material genético en el proceso penal por delitos de violación.

2.1.4. Población y muestra.

Por medio de la técnica de muestreo no probabilístico por conveniencia se realizará entrevistas a Fiscales que tratan casos de delitos sexuales de la provincia de Tungurahua.

Organismo	Población	Muestra
Fiscales	N/D	3

CAPITULO III

RESULTADOS

3.1. Presentación de Resultados.

Para el proceso de recolección de la información se empleó la entrevista como técnica para obtener criterios elementales por parte de los fiscales que tratan acerca de delitos sexuales, en especial los delitos de violación y peritos especializados en el análisis de fluidos genéticos de la fiscalía general del estado.

3.2. Análisis de los resultados.

A través de las entrevistas se pudo alcanzar el objetivo general y los específicos propuesto en la investigación. La información recolectada permitió demostrar que valor probatorio tiene las pruebas de material genético dentro de las investigaciones criminales en los casos del delito de violación, a más de establecer las acciones de los imputados frente al cotejamiento comparativo de las muestras encontradas en la escena del crimen o en la víctima con la del imputado, esto en relación al consentimiento.

3.2.1 Entrevistas a fiscales

Tabla 3.1. Entrevistas dirigidas a Fiscales

Entrevistas realizadas a fiscales que tratan casos de delitos sexuales				
Preguntas	Agente Fiscal.- Dra. María Alexandra Sanchez Huilca	Agente Fiscal.-Dra. Elizabeth Córdova	Agente Fiscal.- Dra. Mayra Soria	Análisis
1. La pericia solicitada para el análisis de material genético en los delitos de violación cuenta con la efectividad necesaria para ser utilizada como prueba en la etapa de juicio.	Si porque es una pericia forense técnica científica con elevadísimo grado de confiabilidad y contribuye a dar con el responsable.	En delitos de naturaleza sexual para nosotros como fiscales el análisis comparativo de ADN de las muestras encontradas den la víctima con la del procesado tiene mucha importancia, ya que es una prueba científica, dicha prueba se la realiza en la ciudad de Quito en el laboratorio de criminología y ciencias forenses, o en el laboratorio de la Cruz Roja de Pichincha.	Si cuenta la efectividad necesario, has se podría decir que es prueba irrefutable.	Los entrevistados concuerdan en que el análisis del material genético encontrado en la víctima cuenta con efectividad necesaria para ser valorada en juicio, esto determinado por el alto grado de confiabilidad y efectividad probatoria que este posee, el mismo que tiene la finalidad de determinar la responsabilidad del imputado.

<p>2. Se cumple con la cadena de custodia en el tratamiento de las evidencias encontradas en un delito sexual.</p> <p>Si no por que</p>	<p>Si se cumple siempre hay que mantener la cadena de custodia para que la evidencia no se contamine.</p>	<p>Si se cumple una vez que se conoce la existencia del delito los médicos que realizan el examen en la víctima toman las muestras, dichas muestras pueden encontrarse en la ropa o también en el cuerpo, dichas muestras son llevadas con cadena de custodia hasta el laboratorio de criminología y ciencia forense, para su posterior análisis.</p> <p>Las muestra tomadas a la persona procesada son llevadas con cadena de custodia hasta la ciudad de Quito para el posterior análisis comparativo de ADN.</p>	<p>Si se cumple con la cadena de custodia, en la escena del crimen se levantan evidencias, por medio de la acción de los peritos mediante la inspección ocular técnica, llegan a la escena fijan los indicios, toman fotografías y se etiquetan, embalan y se llevan hasta las bodegas.</p> <p>En caso de delitos sexuales se levantan las evidencias de la víctima, en el examen ginecológico, se recaban los hisopos, esto lo realiza el médico legista.</p>	<p>Coinciden los entrevistados que la cadena de custodia en el manejo de las evidencias se cumple a cabalidad conforme lo determina el Código Orgánico Integral Penal, éste garantiza la autenticidad y valides probatoria de las evidencias encontradas que posteriormente serán practicadas en juicio.</p>
<p>3. De qué manera se utiliza el material genético dentro de la imputación objetiva en el delito de violación.</p>	<p>Se utiliza para poder realizar las pruebas necesarias y poder corroborar con el sospechoso</p>	<p>Sirve para corroborar una imputación, en caso de encontrar en la víctima una muestra de fluido genético (que puede ser semen o p</p>	<p>La prueba de ADN básicamente nos da a quien pertenece el material genético encontrado en la víctima, por consiguiente es el nexa</p>	<p>De acuerdo con las entrevistas, se ha establecido que el material genético es utilizado como medio</p>

		30) y ella señala de presunto autor del delito a una determinada persona, después de realizado el análisis comparativo se obtiene los resultados, los mismos que determinaran la existencia de una participación de la persona investigada.	causal encontradas en la víctima y el grado de responsabilidad con el sospechosos.	probatorio para establecer la responsabilidad o no de un imputado, esto debido a que una vez cotejado del análisis, el resultado arroja la compatibilidad o no de las muestras analizadas.
4. De qué forma se utiliza las pruebas genéticas en los procesos penales de los delitos sexuales.	Toda prueba es analizada y presentada en un informe la misma que es introducida como prueba por parte de fiscalía y valorada por el Juez para su resolución.	Es una prueba científica de gran importancia, ya que, como resultado de la agresión sexual una víctima puede quedar en estado gestación, la prueba se la realizaría entre el niño producto de la violación y el presunto imputado, pidiendo un cotejo de análisis de ADN para determinar la responsabilidad del cometimiento del delito sexual.	Se dispone la autorización al juez para poder obtener las muestras genéticas por parte del sospechoso, para el posteriormente realizar el cotejamiento de ADN.	Los entrevistados concuerdan, en que las pruebas de material genético son utilizadas en juicio para determinar la responsabilidad o no de un imputado en un delito, las mismas que serán valoradas y timadas en cuenta en el análisis tecno jurídico del juez al momento de dictar la sentencia.

		Siempre hay que tener presente que la persona procesada tiene que dar su consentimiento para la toma de muestras en muchas ocasiones, los imputados no otorgan ese consentimiento pese a que se socita o se tiene la autorización judicial, sin embargo la persona procesada no puede ser físicamente constreñida u obligada.		
5. Cuál es el mecanismo para corroborar la muestra de fluido corporal con el ADN del imputado.	Para poder tomar los fluidos corporales de un imputado es necesario pedir la autorización al Juez de la unidad judicial Penal, una vez obtenida la autorización se señala día y hora para la toma de fluidos pero su e imputado no accede no se le puede obligar.	Por medio de la realización de un análisis comparativo del material genético encontrado en la victima y del presunto imputado del delito sexual. Se tiene que esperar los resultados, donde constaran la existencia de parentesco genético	Se lo utiliza en la etapa de investigación como indicios periciales, después en la audiencia de juicio serian testimoniales y dentro de las categorías de pruebas se establecería como parte de la responsabilidad penal.	Mediante las entrevistas se llega a determinar que el mecanismo utilizado para corroborar la muestra de fluido genético encontrada en la victima con la del imputado, es el análisis comparativo de ADN, el mismo que es realizado

				<p>por un especialista en manejo de todo este tipo sustancias. Adicionalmente se toma en cuenta que si el imputado no da su consentimiento para la toma de muestras, no se puede proceder con la diligencia aun teniendo una orden judicial.</p>
<p>6. En caso de que no consienta el imputado cuales son los mecanismos para la corroboración del material genético encontrado en la victima y la del presunto imputado.</p>	<p>Siempre debe haber el consentimiento del imputado de lo contrario no se le puede tomar ningún fluido corporal.</p>	<p>Previo a la obtención de los fluidos corporales se solicita al señor juez una autorización judicial, una vez obtenida la autorización, le juez recuerda que para la obtención de los fluidos corporales la persona no puede ser físicamente constreñida u obligada, se debe realizar en presencia del abogado defensor o defensor público del imputado</p>	<p>Cuando son delitos flagrantes se realiza todos los indicios en ese momento, generalmente los imputados si acceden a dar su consentimiento para la realización del examen genético. Los casos en los que no acceden a dar su consentimiento, son en los procesos que no son</p>	<p>En base a las entrevistas se ha llegado a determinar que si el imputado no brinda su consentimiento para toma de muestras de fluidos corporales, los fiscales no pueden hacer nada para la obtención de la muestra, la ley</p>

		y de forma libre y voluntaria consentir en la toma de muestras de fluidos corporales, caso contrario no se lo puede obligar.	flagrantes, es decir que se denuncian después un lapso de tiempo que han pasado los hechos y no existe mecanismo para obligar a que imputado acceda a dar su consentimiento para la obtención de a muestras, ya que no se puede constreñir a nadie	determina que no se puede constreñir a ninguna persona aun teniendo una orden judicial.
7. Si la evidencia del material genético no concuerda con la del imputado existe otra alternativa para llegar a la imputabilidad del mismo.	No, pues así se descarta científicamente que no es la persona que está imputada la persona que cometió el delito de violación.	El análisis genético no es el único elemento que se puede utilizar para imputación del delito de violación, ya que existen otros medios probatorios que son obtenidos por medio de las investigaciones realizadas por los fiscales. Hay que tener en cuenta que no en todos los delitos sexuales el agresor deja evidencia genética que puede ser de semen o P 30 o algún	La ausencia del ADN permite otras formas para la imputación probatoria del delito, pero en caso de que exista material genético y este no concuerda con la del procesado, no se podría seguir el proceso.	De acuerdo a las entrevistas realizadas se ha llegado a determinar que en caso que no exista similitud en el cotejamiento de las muestras de fluidos corporales, resultaría en un descarte de responsabilidad absoluta. En caso de no haber encontrado material genético de la agresión

		<p>fluido corporal con el se pueda cotejar.</p> <p>A la víctima se le realizan examen médico donde se determina la no presencia de material biológico en la victima.</p> <p>Se debe investigar otros elementos que podrían vincular al presunto sospechoso con el delito sexual.</p>		<p>en la victima, se probara la imputabilidad por medio de otros medios probatorios tales como testimonio o explotación de cámaras de seguridad que se hallaran en la escena.</p>
<p>8. Desde su criterio cual es grado de valoración de los análisis genéticos de fluidos corporales.</p>	<p>Tienen un alto grado de confiabilidad, son incuestionables, verdaderos ya que son científicos y tecnológicos.</p>	<p>Para mí es muy importante sobre todo cuando se encuentra en la victima algún elemento biológico o la existencia de embarazo, para poder realizar el análisis comparativo para determinar la imputación objetiva del delito sexual y es de vital importancia ya que es una prueba científica.</p>	<p>Para mi criterio el grado de valoración del material genético es alto, ya que es casi prueba irrefutable, porque es una prueba científica, que tiene más peso que 100 declaraciones que pueda traer el procesado, esto por alto grado de efectividad probatoria.</p>	<p>Los entrevistados concuerdan que el análisis de los fluidos corporales encontrados en la victima y la del presunto imputado, es de suma importancia por el alto grado de confiabilidad, por el hecho de ser una prueba científica.</p>

<p>9. Cree usted que el actual régimen de justicia penal efectiviza el cumplimiento de los fines de la función judicial en la búsqueda de la justicia.</p>	<p>Si contribuye positivamente sin embargo hay mucho por hacer aún.</p>	<p>Pues es lo que se pretende hacer día a día, la búsqueda de la justicia, tratando de recabar elementos que están a la mano, actualmente contamos con el apoyo de unas instituciones y de algunos elementos que nos sirven para presentar como prueba una de este es precisamente el análisis comparativo de ADN, que se lo realiza en el laboratorio de medicina legal y ciencias forenses o en la cruz roja, dicho esto es de singular ayuda para la investigación sobre todo en los delitos sexuales.</p>	<p>El análisis de ADN es una de las herramientas principales que tenemos para destruir la presunción de inocencia de una persona, pero hay que tener en cuenta que no en todos los delitos existen indicios genéticos, pero en caso de existencia la prueba de ADN es irrefutable.</p>	<p>Coinciden en que el actual sistema judicial penal hace todo lo posible para cumplir su finalidad en la búsqueda de la justicia, todo esto por medio del uso de los mecanismos provistos por el Estado para el cumplimiento de este objetivo; cabe mencionar que es una tarea que se va logrando día a día con el apoyo del Estado y sus ciudadanos.</p>
---	---	---	--	--

Elaborado por: (Orellana, 2019)

Fuente: Investigación

3.2.2. Análisis general

Mediante la aplicación de la entrevistas dirigidas a expertos en material procesal penal, se ha llegado a concluir que el análisis de las muestras genéticas encontradas en la escena del crimen o en la víctima es de suma importancia, por cuanto en materia probatoria se trata, mediante el cotejamiento de la muestra encontrada con la del presunto culpable o imputado, se llega a determinar el grado de responsabilidad o no que este posee, en relación al cometimiento del hecho punible.

Adicionalmente hay que destacar que aun teniendo una autorización judicial para la toma de muestras de fluidos corporales al imputado, este tiene el pleno derecho de conceder o no su consentimiento, lo cual se encuentra amparado por la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 66 num. 3, lit. d. donde se determina que “La prohibición del uso de material genético (...)”, la misma que se encuentra en concordancia con lo determinado en el Código orgánico Integral Penal en su Art. 459 num.1 donde se establece que para la toma de muestras de fluidos corporales ninguna persona puede ser físicamente constreñida, aun teniendo una autorización judicial; es decir que para la realización de dicho análisis comparativo de muestras de fluidos corporales se precisa el consentimiento expreso de la persona procesada, en caso de que no se conceda, no podrá proceder el análisis y por tanto no se puede violentar los derechos de la persona procesada.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones:

1. Teóricamente el material genético como prueba en el delito de violación, es concebido como una herramienta científica que sirve para la fundamentación de los fiscales en razón a establecer la acusación particular a un presunto imputado, el análisis comparativo de las muestras de material genético para ser valorado en juicio tiene que cumplir con la cadena de custodia correspondiente, así se garantiza la autenticidad del resultado.
2. En el Ecuador los delitos de violación son sancionados con rigurosidad, el Estado ejerce su poder punitivo encontrar de las personas que violentan el bien jurídico protegido, es por esta razón que el uso del material genético como medio de prueba en los casos del delito de violación es una herramienta que ayuda de forma directa a cumplir con el fin mismo en la protección de los derechos en la búsqueda de la justicia, siempre y cuando se tenga el consentimiento expreso de las partes para la toma de muestras.
3. El análisis comparativo del material genético entre la víctima y el victimario, es un medio probatorio muy importante a nivel nacional e internacional, por el hecho de que tiene un alto grado de confiabilidad del resultado expedido, siempre que se cumplan con todos los protocolos establecidos por la ley.

4. Los imputados al momento de no dar su consentimiento para la realización de la pericia del análisis comparativo de ADN, dificulta la actividad de los fiscales en razón a establecer imputabilidad correspondiente y por tanto se puede eludir a la justicia al momento de que el fiscal no tengo otro elemento probatorio para determinar la responsabilidad.

4.2. Recomendaciones

1. Establecer a la prueba de material genético como mecanismo indispensable para determinar la responsabilidad de los imputados en los procesos penales en los casos del delito de violación, sin que se tenga que pedir su consentimiento para la obtención del material genético.
2. La función legislativa debería impulsar la creación de un cuerpo normativo donde se conciba jurídicamente las concepciones del uso del material genético en el ámbito penal.
3. Se debería modificar nuestra Constitución y nuestro Código Orgánico Integral Penal, para que en los casos de violación no sea necesario pedir el consentimiento para la obtención de muestras de material genético para posteriormente realizar la pericia correspondiente.
4. Adicionalmente se tiene que crear un departamento de registros de ADN, donde se resguarde las muestras de fluidos corporales de los ciudadanos del Estado, la misma que servirá como herramienta para los organismos de justicia en la investigación de los hechos punibles encontrar de la dignidad sexual de las personas del Estado.

Bibliografía

Acosta, J. O. S., & Arboleda, F. L. T. (2017). *Dignidad humana y derecho penal: una difícil convergencia. Aproximación al contenido constitucional de la norma rectora del artículo 1 del Código Penal colombiano*. Revista de derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte, (48), 21-53.

Aguilar González, R. C. (2005). *La peligrosidad del delincuente en la individualización de la pena* (Doctoral dissertation, Universidad Autónoma de Nuevo León).

Alcoceba, J. (2015). *Ciencia y proceso: la prueba del ADN en el proceso penal español*. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/22353/tesis_doctoral_alcoceba_gil_2015.pdf

Almanza, F., & Peña, O. (2014). *Teoría del Delito: Manual práctico para su aplicación en la Teoría del Caso*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/11/doctrina46022.pdf>

Alonso, A. (2011). *ADN forense, investigación criminal y búsqueda de desaparición*. Recuperado de http://dx.doi.org/10.18567/sebbmdiv_RPC.2011.12.1

Arellano, L. & Castañeda, C. (2012). *La cadena de custodia informático-forense*. Cuaderno Activa, (3), 67-81.

Ávila, R. (2010). *La valoración de la prueba científica de adn en el proceso penal*. Prolegómenos, 13(25), 127-146.

Baytelman, A., & Duce, M. (2004). *Litigación penal y juicio oral*. Santiago-Chile: Universidad Diego Portales.

Brandan, Aguirre, Llanos y Rodrigas (2011). *Conceptos de Genética*. Recuperado de <https://med.unne.edu.ar/sitio/multimedia/imagenes/ckfinder/files/files/Carre-ra-Medicina/BIOQUIMICA/gen07.pdf>

Buompadre, J. (2017). *EL DELITO DE VIOLACION ANALISIS DOGMATICO DE LOS ELEMENTOS TIPICOS*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/06/doctrina45386.pdf>

Campos, F. (2002). *La relevancia de la custodia de la evidencia en la investigación judicial*. Medicina Legal de Costa Rica, 19(1), 75-87.

Cañón y Fernández (2013). *Glosario de términos y conceptos Genéticos*. Recuperado de https://www.ucm.es/data/cont/docs/345-2013-11-11-Capitulo_IV_GLOSARIO.pdf

Carro, J. (2015). *La prueba de ADN*. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/09/doctrina41999.pdf>

Código Orgánico Integral Penal. R.O. 180 del 10 de febrero del 2014.

Constitución de la República del Ecuador. R.O. 242 de 20 de octubre 2008.

Corte Constitucional Colombia. Sentencia C - 476 de 10 de mayo de 2005. MP: Alfredo Beltrán Sierra.

De Luca, S., Navarro, F., & Cameriere, R. (2013). *La prueba pericial y su valoración en el ámbito judicial español*. Revista electrónica en ciencia penal y criminología, 15, 1-19.

Fernandez, B. (2006). *El ADN desde una perspectiva penal*. Recuperado de <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4230-el-adn-desde-una-perspectiva-penal/>

Finkelhor, D. (2008). *Abuso sexual al menor*. Editorial Pax México.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. *MANUALES PROTOCOLOS INSTRUCTIVOS MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES*.

Garcés, P. A. (2014). *El consentimiento: su formación y sus vicios*. Institución Universitaria de Envigado.

Gascón Abellán, M. (2007). *Validez y valor de las pruebas científicas: la prueba del ADN*. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, 15, 1-12.

Granados, L. (2015). *EL VALOR DE LA PRUEBA DE ADN DENTRO DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL EN CASOS DE ASESINATOS Y VIOLACIONES*. Recuperado de <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesiseortiz/2015/07/03/Granados-Luis.pdf>

Guerrero, A. (2008). *La regulación de los datos genéticos y las bases de datos de ADN*. Recuperado de <http://revistas.javerianacali.edu.co/index.php/criteriojuridico/article/view/313/1140>

Henao Noreña, J. F. (2014). *La cadena de custodia en el Sistema Penal Acusatorio* (Bachelor's thesis, Universidad de Medellín).

Hernández, E. (2007). *Aplicación de los análisis de ADN en el proceso penal*. Recuperado de <https://www.uaeh.edu.mx/docencia/Tesis/icshu/doctorado/documentos/La%20aplicacion%20de%20los%20analisis.pdf>

Ley de enjuiciamiento criminal. Publicado en el boletín oficial No. 260 del 17 septiembre de 1882. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1882-6036>

Ley orgánica reguladora de la base de datos policiales sobre identificadores obtenidos a partir del ADN. Publicado en el boletín oficial No. 242 del 9 de octubre del 2007. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-17634>

López-Fragoso, T. (2014). *Las pruebas biológicas en el proceso penal. Consideraciones sobre la identificación por el ADN.* Recuperado de <file:///C:/Users/willianssantiago/Downloads/Vol03-14.pdf>

Machicado, J. (2010). *Concepto de delito. Apuntes Juridicos.* Recuperado de <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/concepto-delito.pdf>

Martínez, A., Castro, A. y Fernández-Fernández, I. (1998). *LÍMITES DE LA TECNOLOGÍA BASADA EN EL ADN.* Recuperado de <http://www.ehu.eus/documents/1736829/3342827/Eguzkilo+12-12.+Mart%C3%ADnez+de+Pancorbo.pdf>

Montano, P. J. (1997). *La dignidad humana como bien jurídico tutelado por el derecho penal.* Actualidad penal, 1(19/5).

PENAL, Direito; CALDEIRA, Sandro. *TEORIA DO DELITO.* 2010.

Quintanilla, R. (2007). *Base de datos de ADN e intimidad personal, una propuesta al Derecho Genético peruano.* Recuperado de <file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/Dialnet-BaseDeDatosDeADNEIntimidadPersonalUnaPropuestaAlDe-5278270.pdf>

Quispe Mayta, S. E., Tarifa Espinoza, S., Solíz Pacheco, R., & Sierra Gareca, A. (2010). *Investigación forense del fluido seminal en víctimas de violencia sexual, por el Laboratorio de Biología Forense*. BIOFARBO, 18, 91.

Ramallo, A. (2015). *ADN: Huellas Genéticas en el Proceso Penal*. Recuperado de http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/16126/RamalloMachin_Andrea_TD_2015.pdf?sequence=4

Rodríguez, Castañeda y Ordaz. (2004). *Concepto básicos de genética*. Ciencias 79, julio-septiembre, 79. Recuperado de <http://www.revistaciencias.unam.mx/images/stories/Articles/79/B6/B6.pdf>

Sánchez, A. (2016). *EL USO DEL TEST P300 EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL: ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS*. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-04.pdf>

Serna, Y. M. (2013). *La dignidad humana:(art. 1 del Código Penal Colombiano) como límite a la libertad de configuración del legislador en materia penal* (Master's thesis, Universidad EAFIT).

Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses (2014), *Manual de cadena de custodia*. Recuperado de https://www.eempn.gob.ec/documentos_2017/MANUAL-DE-CADENA-DE-CUSTODIA-2014-29-05-2014.pdf

Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses (2014), *Protocolo del centro de acopio*. Recuperado de http://www.fiscalia.gob.ec/files/archivos%20AC/COIP%20073%20FGE/Area%20de%20Cadena%20de%20Custodia/14__Protocolo_del_Centro_de_Acopio.pdf

Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses (2014), *Protocolo de manejo de indicios tomados en las unidades de salud del sistema nacional de salud*. Recuperado de http://www.fiscalia.gob.ec/files/archivos%20AC/COIP%20073%20FGE/Area%20de%20Cadena%20de%20Custodia/12__Protocolo_de_manejo_de_indicios_tomados_en_las_unidades_de_salud_del_Sistema_Nacional_de_Salud.pdf

Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses (2014), *Manual de procedimientos para el laboratorio de ADN humano*. Recuperado de http://www.fiscalia.gob.ec/files/archivos%20AC/COIP%20073%20FGE/Area%20Ciencias%20Forenses/5__Manual_de_Procedimientos_para_el_laboratorios_de_ADN_Humanos.pdf

Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses (2014), *MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE LABORATORIO DE BIOLOGIA FORENSE*. Recuperado de http://www.fiscalia.gob.ec/files/archivos%20AC/COIP%20073%20FGE/Area%20Ciencias%20Forenses/6__Manual_de_Procedimientos_de_laboratorio_de_Biologa_Forense.pdf

Vargas, R. (2010). *LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA CIENTÍFICA DE ADN EN EL PROCESO PENAL*. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/876/87617271008.pdf>

Villanueva, R. P. (1998). *Teoría del delito*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Zavala, X. (1991). *El delito de violación*. Recuperado de https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1991/09/4_El_Delito_De_Violacion.pdf

ANEXOS

Entrevistas a Fiscales

Tema: EL VALOR DE LA PRUEBA DEL MATERIAL GENÉTICO DENTRO DE LAS INVESTIGACIONES CRIMINALES EN LOS CASOS DEL DELITO DE VIOLACIÓN

1. La pericia solicitada para el análisis de material genético en los delitos de violación cuenta con la efectividad necesaria para ser utilizada como prueba en la etapa de juicio.
2. Se cumple con la cadena de custodia en el tratamiento de las evidencias encontradas en un delito sexual.
3. Si no
4. por que
5. De qué manera se utiliza el material genético dentro de la imputación objetiva en el delito de violación.
6. De qué forma se utiliza las pruebas genéticas en los procesos penales de los delitos sexuales.
7. Cuál es el mecanismo para corroborar la muestra de fluido corporal con el ADN del imputado.
8. En caso de que no consienta el imputado cuales son los mecanismos para la corroboración del material genético encontrado en la víctima y la del presunto imputado.
9. Si la evidencia del material genético no concuerda con la del imputado existe otra alternativa para llegar a la imputabilidad del mismo.
10. Desde su criterio cual es grado de valoración de los análisis genéticos de fluidos corporales.
11. Cree usted que el actual régimen de justicia penal efectiviza el cumplimiento de los fines de la función judicial en la búsqueda de la justicia.