



Universidad Internacional SEK

Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

“Trabajo de titulación para la obtención del Título de
Máster en Derecho Procesal y Litigación Oral”

Título: Problemas Procesales en el juzgamiento de los delitos de Violencia
Psicológica en el Cantón Guano 2016.

Autor: Ramón Gonzalo Uvidia Villa

Tutor: Dr. Álvaro Román

6 de febrero del año 2018

DECLARACIÓN JURAMENTADA

Yo, RAMÓN GONZALO UVIDIA VILLA, con cédula de ciudadanía No. 0602418709, declaro bajo juramento que el trabajo aquí presentado es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional, y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen. A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondientes a este trabajo a la Universidad Internacional SEK, Ecuador, según lo establecido por la Ley de Propiedad Intelectual, por su Reglamento y por la normatividad institucional vigente.

Nombre del autor: RAMÓN GONZALO UVIDIA VILLA

CC. 0602418709

AGRADECIMIENTO

Como un testimonio de cariño y eterno agradecimiento a: Medardo Lito y Manuel Néstor, quienes con su confianza y sin escatimar esfuerzo alguno, aun sabiendo que no es fácil llegar, que se necesita ahínco, lucha, deseo y sobre todo el apoyo que me brindaron durante este tiempo, a quienes nunca podré pagar por toda su generosidad.

Ahora más que nunca se acredita mi admiración y respeto, gracias por lo que hemos logrado, mi triunfo es vuestro.

Gonzalo Uvidia

DEDICACION

Al creador de la vida, por darme toda la paciencia, fuerza, sabiduría, constancia y valor para ver lo invisible, creer lo increíble y lograr lo imposible, por ser mi amparo, fortaleza y fuente de fe, a mis padres quienes me han enseñado que la verdadera felicidad no está en lograr vivir en lo más alto de la montaña, sino en la forma de subir a ella, a ser una persona honesta y mirar hacia abajo solo cuando tengo que ayudarle a otro a levantarse, a dos seres maravillosos DIEGO y DIDI, que en este tiempo han sabido mantenerse a mi lado, siendo la inspiración que necesitaba para terminar mi carrera profesional, deseo de todo corazón que mi triunfo como profesional lo sientan suyo propio.

Con amor, respeto y admiración.

Gonzalo Uvidia

RESUMEN

La presente tesis, va encaminada a evidenciar el juzgamiento que nuestra legislación ha dado a los delitos de violencia psicológica. Siempre dentro del marco del Derecho Penal Garantista. Pues un derecho sancionador deberá siempre respetar todas las garantías, derechos y principios que van a legitimar el debido proceso, siempre respetando las garantías del procesado y recordando que el derecho Penal es de ultima ratio. En este trabajo académico, además nos posicionamos con una postura crítica y necesaria en contra de las sentencias que careciendo de los presupuestos de la motivación, van a sancionar un tipo penal de tan dificultoso tratamiento. El lector de la presente tesis, encontrará la posición que al respecto tengo frente a este tipo penal y todas las necesarias garantías que deben establecerse en beneficio de los procesados; además, de los argumentos claros de la obligación que tiene el que acusa (la fiscalía) de probar cada hecho relatado y la importancia que tiene el principio de inocencia en el juzgamiento de este tipo penal.

ABSTRACT

This following thesis, it is aimed at demonstrating the verdict that our legislation has given to the crimes of psychological violence. Always within the Criminal Law Guarantee. Because a sanctioner law must always respect all guarantees, laws and principles that legitimize due process, always respecting the guarantees of the person processed and remembering that the Criminal Law is the last ratio. In this academic work, we also have a critical and necessary stance against dictums that lack motivation budgets; these dictums will sanction something of a criminal type with a difficult treatment. The person who is going to read this following thesis will find my point of view that I have against this criminal type and all the necessary guarantees that must be established for the benefit of the accused persons; In addition, there must be clear arguments of the obligation that the accuser has (the Prosecutor's Office) to prove each fact reported and the importance of the principle of innocence in the prosecution of this criminal category.

ÍNDICE

DECLARACIÓN JURAMENTADA	
AGRADECIMIENTO	
DEDICACION	
RESUMEN	
ABSTRACT	
ÍNDICE	VI
INTRODUCCIÓN	VIII
CAPITULO I.....	12
VIOLENCIA EN CONTRA DE LA MUJER.....	12
1.1 LA VIOLENCIA.....	12
1.2 EL FEMINISMO EN LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. UNA POSICIÓN NECESARIA.	12
a. Consecuencias psicológicas de la mujer maltratada.....	14
b. Desarrollo del síndrome de la mujer maltratada	15
c. Avance en Derechos a partir del feminismo	16
1.3.- LA VIOLENCIA HACIA LA MUJER- DIVERSAS DIMENSIONES.....	17
1.4.- TIPOS DE VIOLENCIA.	18
1.3. FASES DE LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA	22
1.4. LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA SEGÚN EL COIP	23
CAPITULO II.....	26
EL DEBIDO PROCESO.....	26
2.1 COMPONENTES Y DEFINICIÓN.....	26
2.2 EL DERECHO A LA DEFENSA, COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO	29

2.3	PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN	33
2.4	ESTADO DE INOCENCIA.....	35
	a.Evolución histórica.....	37
	b.Posiciones, respecto del estado de inocencia	37
	c.La Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto del estado de inocencia.	41
2.5	LA CULPABILIDAD EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA. UNA APROXIMACIÓN NECESARIA.	42
	a.La teoría causalista.	43
	b.Teoría Finalista.....	45
 CAPITULO III.....		48
PROBLEMAS PROCESALES EN EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA		48
3.1.	MEDIDAS DE PROTECCIÓN	48
3.2.	PROBLEMAS DE LA PRUEBA	50
	a. Definición de Prueba	50
3.2.1	Respecto de la prueba pericial.....	55
3.2.2	Respecto de la prueba testimonial.....	57
3.3.	PROBLEMAS DE LA RESOLUCIÓN	59
 CAPITULO IV		67
ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS		67
CONCLUSIONES		88
BIBLIOGRAFÍA.....		91

INTRODUCCIÓN

De meridiana importancia, reviste el tratamiento del delito de violencia psicológica dentro de la legislación Ecuatoriana, dada la importancia que se le ha otorgado a este tipo penal en los últimos años, pues las corrientes feministas, que a pesar de no ser de nueva data, han ido poco a poco inclinando los asuntos de género hacia su particular objetiva, siendo que muchas veces en el tratamiento de estos tipos penales, el juzgador pierde imparcialidad, convirtiéndose en un juzgador parcializado en beneficio de la presunta víctima que en la mayoría de casos es la mujer.

Dentro de esta clase de tipos penales de violencia psicológica se habla de un mínimo probatorio, situación que ha sido recogida por la doctrina, pues la norma COIP establece altos estándares de comprobación del tipo, sin diferencias entre ningún delito sino dando un tratamiento genérico a la prueba y sus requisitos, siendo además que siempre se debe estar a la aplicación de los principios procesales en beneficio del procesado, principios que devienen de la aplicación del *indubio pro reo*, mismos que obligan a dar un tratamiento favorable, tanto procesal como sustantivo en beneficio del presunto culpable. Persona que siempre está investida por un estado de inocencia que actúa como un verdadero escudo protector y es un freno hacia el poder punitivo y sancionador del Estado.

En este tipo de delito, la mayoría de sentencias son condenatorias, sin recoger ninguna clase de evidencia más que el relato propio de la presunta víctima, esto nos recuerda a la cacería de brujas de Salem año 1692, donde existía dentro de la motivación de la sentencia, pasajes como el siguiente:

Tratándose de un delito común se requiere de testigos, pruebas de cargo y descargo, pero tratándose de este tipo de delitos invisibles, solo interviene el autor y la víctima. Como el autor no va a confesar lo que hizo, debe darse todo crédito al testimonio de la víctima.

En este pequeño fragmento de la sentencia, se puede evidenciar que no existe la necesidad de que el principio de presunción de inocencia sea destruido, sino más bien el testimonio de la presunta víctima sea suficiente para condenar a una persona, sin que sea relevante los elementos de descargo que la misma pueda presentar, situación que nos parece aberrante en la actualidad; sin embargo al momento en que castigamos con dureza los delitos contra la violencia hacia la mujer, permitimos que los estándares probatorios para condenar a una persona se flexibilicen, mutando la ley penal taxativa y legalista hacia un derecho penal punitivo, sancionador y flexible, poniendo en peligro el Estado Constitucional de derechos y justicia.

La presente investigación pretende establecer si el mínimo probatorio que se establece en los delitos de violencia psicológica, es suficiente para respaldar una sentencia condenatoria hacia una persona y si transgrede o no al principio Constitucional de inocencia, al debido proceso y al *onus probandi*, como piedra angular de un juicio justo.

Las preguntas que nos planteamos en la investigación son las siguientes:

- 1.- ¿Es motivada la sentencia que condena a una persona por un delito de violencia psicológica?
- 2.- ¿Se rompe el escudo protector de inocencia en las sentencias de violencia psicológica?

3.- ¿Existe alguna alternativa posible para sancionar los delitos de violencia psicológica sin afectar a la persona procesada?

La hipótesis que vamos a comprobar con la presente investigación es que las sentencias condenatorias de delitos de violencia psicológica, no cumplen con los requisitos de la carga de la prueba y son inmotivadas.

En el Ecuador, el trabajo de la academia respecto a este tema ha sido limitado, por no decir inexistente, siendo además importante destacar que la Constitución del año 2008, vino a obligar que en el Derecho Penal se respeten varios principios y se instauraron varios en beneficio del procesado.

El método a ser utilizado dentro de la presente investigación será el método hipotético deductivo. Es decir partiremos desde la generalidad hacia lo particular, iniciando con la parte teórica necesaria, para luego analizar las sentencias dictadas por los jueces de la Unidad Judicial Multicompetente del Cantón Guano, respecto del tema en estudio y poder comprobar nuestra hipótesis.

El enfoque que se dará al presente trabajo de investigación será el cualitativo, analizando las características del fenómeno estudiado y la problemática que de él se desprende, con énfasis en el estudio de casos.

En el primer capítulo nos vamos a centrar en detallar los conceptos de la violencia psicológica desde un planteamiento de género, encontrando los puntos a favor y en contra

de esta posición, siempre desde una óptica crítica donde se vea reflejada la posición a la que queremos llegar en la presente investigación.

En el segundo capítulo, se va a establecer cuáles son los derechos, principios y garantías que envuelve el debido proceso, poniendo énfasis en lo que implica el derecho a la defensa y el desarrollo de los principios de contradicción y el de inocencia, en un Estado Garantista como el Ecuatoriano y cuáles son los presupuestos necesarios para destruirlo.

En el tercer capítulo, vamos analizar los diferentes problemas que estima el castigo de esta clase de tipos penales, con el objeto de enfocarlo desde una posición crítica y poder llegar a una conclusión que vaya en beneficio del derecho, para en el cuarto capítulo realizar el necesario análisis de las sentencias y evidenciar si se cumple o no los requisitos de la norma COIP para la sentencia condenatoria.

Con el presente trabajo, no creemos que vayamos de ninguna manera a deslegitimar las teorías feministas que se han construido por tantos años, sin embargo si creemos que vamos a cuestionar la efectiva validez que se le ha otorgado al tratamiento de este tipo penal, por parte de nuestra legislación y el enorme camino que aún nos falta por recorrer.

CAPITULO I

VIOLENCIA EN CONTRA DE LA MUJER

1.1 LA VIOLENCIA

La violencia es un grave problema de la sociedad en la actualidad, específicamente en nuestro país existen algunos tipos de violencia, entre los principales tenemos la violencia física, psicológica y sexual, razón por la cual el Estado Ecuatoriano a través de la función Legislativa ha creado la ley para Prevenir y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Esta violencia es juzgada y sancionada conforme nuestra legislación Ecuatoriana, pero dentro de estos Juzgamientos existen algunos problemas procesales que lo analizaremos en esta investigación.

1.2 EL FEMINISMO EN LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER. UNA POSICIÓN NECESARIA.

El feminismo de forma principal, va atacar aquellas relaciones de poder instauradas dentro de una sociedad patriarcal y androcéntrica, donde se exige a la mujer que sea como el hombre (Judith Salgado, 2010), sin reconocer que el desarrollo de ambos géneros debe partir, reconociendo el tratamiento igualitario de dos seres humanos que son diferentes. El desarrollo del pensamiento feminista ha sido amplio y muy rico. Por ello no es posible hablar de un pensamiento feminista sino de varios pensamientos feministas.

Existen diferentes pensamientos respecto de la corriente feminista, sin embargo existen elementos claros que van a compartir todos los pensamientos, Alda Facio (1997), nos ilustra diciendo:

- 1.-Que todas las personas valemos como seres igualmente plenos y por ende somos igualmente DIFERENTES e igualmente SEMEJANTES entre nosotros/as;
- 2.- Que todas las formas de discriminación son IGUALMENTE oprobiosas, descansan las unas en las otras y se nutren mutuamente;
- 3.- Que la armonía y la felicidad son más importantes que la producción, el poder y la propiedad;
- 4.- Que lo personal es político, la opresión , discriminación, violencia que sufren las mujeres no son un asunto “íntimo”, privado, responden a un sistema, a unas estructuras de poder y por lo tanto son fenómenos políticos y hay que darles respuestas también políticas.
- 5.- Son fenómenos históricos sociales, no naturales.

Para el feminismo, el sistema patriarcal nace con la concepción misma de la familia, en que la figura dominante es siempre el padre y hace ver a la mujer desde una concepción de necesidad, respecto del hombre, situación que se ve reflejada además en todas las esferas del orden social, institucional, político, cultural y en todos los espacios de convivencia humana, donde se establece la inferioridad de la mujer. Siguiendo a estas mismas autoras, se afirma que a este sistema, sucintamente descrito, lo sostiene su propia ideología, también patriarcal.

La ideología patriarcal, naturaliza la inferioridad de la mujer, respecto del hombre y lo hace ver como natural, es decir no evidencia las diferencias entre hombre y mujer, sino identifica en esas diferencias una supuesta inferioridad por parte de la mujer, sosteniendo que tal inferioridad se origina en sus características biológicas y es por tanto natural. De este modo, esta ideología asigna un lugar natural al hombre por delante de la mujer, estableciendo la subordinación femenina como natural, y al mismo tiempo, asignando roles y lugares diferentes, que limitan sus posibilidades.

Todas estas necesidades de reivindicación de derechos en beneficio de las mujeres, ha logrado que la normativa internacional, así como la nacional, realicen adecuaciones típicas, exclusivas en favor de las mujeres, siendo muy simple que un delito tan complejo como es el de violencia psicológica, sea válido simplemente con el testimonio de la víctima y con un simple informe de un perito, el mismo que a través de una entrevista encuentra todos los signos certeros de violencia psicológica en contra de la presunta víctima.

a. Consecuencias psicológicas de la mujer maltratada.

Concha García Hernández (2005), identifica al síndrome de la mujer maltratada de la siguiente manera:

Lo define como una adaptación a la situación aversiva caracterizada por el incremento de la habilidad de la persona para afrontar los estímulos adversos y minimizar el dolor, además de presentar distorsiones cognitivas, como la minimización, negación o disociación; por el cambio en la forma de verse a sí mismas, a los demás y al mundo. También pueden desarrollar los síntomas del trastorno de estrés postraumático, sentimientos depresivos, de rabia, baja autoestima, culpa y rencor; y suelen presentar problemas somáticos, disfunciones sexuales, conductas adictivas y dificultades en sus relaciones personales.

Enrique Echeburúa y Paz del Corral, equiparan estos efectos al trastorno de estrés postraumático, cuyos síntomas y características sin duda, aparecen en algunas de estas mujeres: re-experimentación del suceso traumático, evitación de situaciones asociadas al maltrato y aumento de la activación. Estas mujeres tienen dificultades para dormir con pesadillas en las que reviven lo pasado, están continuamente alerta, hipervigilantes, irritables y con problemas de concentración.

Sin embargo, se debe aclarar que la ciencia psicológica es clara en determinar que esta clase de síntomas, pueden aparecer por otros padecimientos, diferentes a los de la violencia, por lo que estamos convencidos que este delito, deberá ser probado bajo los presupuestos establecidos en la norma sustantiva, adjetiva penal y siempre aplicando los principios de favorabilidad, mínima intervención penal y de carga de la prueba.

b. Desarrollo del síndrome de la mujer maltratada

Marie-France Hirigoyen, diferencia entre dos fases las consecuencias de maltrato a la mujer.

En la primera fase de dominio, la mujer está confusa y desorientada, llegando a renunciar a su propia identidad y atribuyendo al agresor aspectos positivos que la ayudan a negar la realidad. Se encuentran agotadas por la falta de sentido que el agresor impone en su vida, sin poder comprender lo que sucede, sola y aislada de su entorno familiar, social y en constante tensión ante cualquier respuesta agresiva de su pareja.

Se habla también de consecuencias a largo plazo, refiriéndose a las etapas por las que pasan las víctimas a partir del momento en que se dan cuenta del tipo de relación en la que están inmersas. Durante esta fase, las mujeres pasan un choque inicial en el que se

sienten heridas, estafadas y avergonzadas, además de encontrarse apáticas, cansadas y sin interés por nada.

c. Avance en Derechos a partir del feminismo

De lo dicho, no es menos cierto que el desarrollo de la crítica hacia la Norma Jurídica por parte de las propuestas de los grupos feministas, ha contribuido a llenar de contenidos más democráticos, los principios e Instituciones Jurídicas, logrando sistemas jurídicos, democráticos y constituciones mucho más igualitarias, respetando la diversidad.

Como ya he referido, actualmente en el Ecuador existen delitos (tipificados y algunos respecto del contenido empírico de la actuación de los juzgadores), que son exclusivos en contra de la mujer. Es así, que existe una sanción exclusiva hacia la muerte de la mujer por el hecho de serlo, delito contenido en el tipo penal de femicidio, que a pesar de que cuenta con muchos errores de construcción hermenéutica es un avance claro en la reivindicación de los derechos de las mujeres.

Debemos, ser claros en reconocer que la mayoría de víctimas de violencia intrafamiliar son las mujeres y que de cierto modo es necesario que se les otorgue un tratamiento preventivo necesario, con el objeto que se eviten consecuencias jurídicas más graves, sin embargo nunca podremos aceptar, que con el objeto de reivindicar a un grupo se perjudique al otro, bien es sabido que sería suficiente con la adopción de las medidas cautelares, como forma de precautar los derechos de las mujeres, pues disminuir las exigencias probatorias, para sancionar no solo que es ilegal, sino que afecta la dignidad

humana del perjudicado, convirtiendo de forma errada al Derecho Penal en un derecho extremadamente punitivo, sin frenos, arbitrario y decisionista.

Es indispensable, que ciertamente nos cuestionemos, si la cura será en cierta medida peor que la enfermedad y criticar de forma seria y frontal, a los grupos que buscan aprovecharse de su condición, con el objeto de obtener un beneficio, ese derecho irracional en nada contribuirá a la convivencia pacífica, lo que logrará es agudizar el problema.

1.3.- LA VIOLENCIA HACIA LA MUJER- DIVERSAS DIMENSIONES

Es indispensable dentro de la presente investigación, que en este primer capítulo se presenten los argumentos de cierta forma contrarios a los que sustentan la hipótesis de mi investigación, pues solo evidenciando las posturas feministas y de reivindicación de derechos planteadas por parte de los grupos feministas, podremos demostrar que no es la vía adecuada el tipificar un tipo penal por simple populismo y deseo de beneficiar a un grupo humano, teniendo que perjudicar a otro. En ese mismo instante se está vulnerando ya los derechos humanos y se está actuando con violación clara el derecho de igualdad formal de los ciudadanos, anticipando además que existen muchos criterios del lado feminista, que nació como necesario, arriba en último momento a justificar todas sus posiciones como reivindicadores de las mujeres por los años de desarrollo dentro del sistema patriarcal y olvidando que en el Derecho Penal se deben eliminar al máximo la subjetividad.

Debemos afirmar que el ser humano es un ser histórico social, y no solo social. (Mario Rodríguez, 1994). Es decir, lo que define realmente al ser humano es su capacidad

de reflexionar lo histórico-social como memoria personal. En ese marco de acción, la violencia es toda acción que va a despojar a un ser humano del libre ejercicio de su intencionalidad, descendiendo al mismo mundo de lo natural, deshumanizándolo.

Violentar a otro ser humano, es reducirlo a la condición de objeto. Es en suma, negar su condición humana. Es así pues que la intencionalidad de un ser humano es acallada y limitada de varias formas, por otro ser humano que se cree superior, quien en el marco de relaciones de poder, relaciones en las que un ser humano, considerándose mejor que otro, establece un vínculo de superioridad e impone una relación de poder completamente desigual, en la que somete al otro a su propia intencionalidad. Esta es la mecánica que origina la violencia y que permite distinguir sus distintas formas.

1.4.- TIPOS DE VIOLENCIA.

La violencia intrafamiliar, que es la que vamos a desarrollar en la presente investigación, se ejercita de forma activa como pasiva; así José Agustina (2010); diferencia entre: “Violencia activa, cuando el agresor actúa (...) y violencia pasiva, que serían aquellas omisiones intencionales en la atención a la víctima (alimentación, sanidad, educación, etc.), que se asocian al maltrato” (p. 88). Así pues la violencia psicológica se desarrollará dentro de la violencia activa. Hablando de violencia dentro de la familia, la doctrina es coincidente en afirmar que existen dos tipos de violencia.

Torres Falcón (2004), al respecto va a afirmar que: “Violencia Física: Implica una lesión en el cuerpo, aunque no siempre sea visible. Se suele clasificar, según el tiempo que

se requiera para su curación, en las siguientes categorías: levísima, leve, moderada, grave y extrema.” (p. 80). Siendo que las más relevantes dentro de esta categorización son las graves y la extrema, pues la primera de ellas pone en peligro la vida y causa una lesión permanente y la segunda en cambio ocasiona la muerte.

Evidentemente, es lógico afirmar que la norma jurídica debe buscar prevenir el cometimiento de los delitos de violencia física, que degeneren en afectaciones graves y extremas. Hablamos de prevenir, pues estamos convencidos que las teorías de prevención dentro del derecho Penal, funcionan de mucha mejor forma que las categorías de la sanción.

El mismo Torres Falcón (2004), se refiere respecto a la violencia psicológica, que:

Comprende un gran abanico de conductas empleadas por el agresor. Según a quién se dirija este tipo de violencia, el agresor utilizará un tipo u otro de estrategia. Follingstad y otros (1990) establecieron una clasificación de seis tipos principales de maltrato emocional o psicológico: a. ridiculización, humillación, amenazas verbales e insultos; b. aislamiento tanto social como económico; c. celos y posesividad; d. amenazas verbales de maltrato, daño o tortura, dirigidas tanto hacia el cónyuge como hacia los hijos u otros familiares; e. amenazas continuas de divorcio, de abandono, de tener una aventura; f. destrucción o daño de las propiedades personales a las que se les tiene afecto (p. 83).

Como vemos el tipo de violencia psicológica, posee descripciones muy subjetivas, que parecerían imposibles de demostrar, pues el delito de violencia psicológica deberá ser demostrado a través de elementos objetivos, siendo insuficiente un informe de un psicólogo, pues muchos de los posibles síntomas pudieren ser ocasionados por diversas causas. Sin desviarnos del objetivo del primer capítulo, nos vamos a centrar en el tema de la violencia psicológica.

La doctrina feminista, refiere que una mujer atemorizada, se niega a sí misma, deja su futuro en manos del agresor, permite su objetivización, su deshumanización; y quien violenta psicológicamente a una mujer, la constituye en objeto e instrumento. La violencia entendida a partir de la categoría de la intencionalidad, refiere como una afectación a partir del cometimiento del ilícito, de la condición misma de humanidad, transgrediendo en la víctima la libertad, su autonomía y su dignidad; siendo la dignidad del ser humano, aquel componente intrínseco y desarrollado por las corrientes naturalistas del derecho, las que permitirán comprender la gravedad de la concepción feminista respecto de la violencia psicológica, como vulneración directa de la dignidad humana.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, en una sentencia emblemática T-881/02, vino a desarrollar de forma clara el concepto de dignidad humana, a través de tres lineamientos claros:

- 1.- La dignidad humana, entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera).
- 2.- La dignidad humana, entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien).
- 3.- La dignidad humana, entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

Como vemos estos tres componentes de la dignidad humana, deben ser respetados en todas sus dimensiones y de forma permanente, siendo improbable que exista algún tipo de justificación ante la vulneración de alguno de estos componentes de dignidad humana.

Desarrollando lo dicho por parte de la Corte Constitucional de Colombia; el vivir como quiera no significa otra cosa que vivir autónomamente, es decir vivir con la posibilidad real de elegir. Siendo indispensable que identifiquemos a la libertad como la posibilidad de elegir las condiciones; con condiciones nos referimos a la posibilidad de construir su proyecto de vida a partir de su deseo propio. Vivir bien, es decir contar con las condiciones objetivas concretas para existir y llevar adelante su proyecto de vida y por último vivir sin humillaciones, es decir no ser sometido en su integridad moral, física, psicológica, en fin, en ningún sentido. Desde el concepto de la intencionalidad que desarrolla el feminismo, una relación de poder que vaya de cierto modo a limitar esta intencionalidad, anulándolo o afectando uno de los tres lineamientos de la dignidad humana, será ya violatorio y por tanto será ya una infracción.

Con todo lo dicho hasta el momento, se evidencia que la violencia psicológica, no es fácilmente observable, así como se convierte en una tarea complicada su comprobación e intentando una definición de la misma, diremos que violencia psicológica, es toda acción u omisión que cause daño, dolor, perturbación emocional, alteración psicológica o disminución de la autoestima de la mujer; intimidación o amenaza mediante la utilización de apremio moral sobre algún miembro de familia, infundiendo miedo o temor a sufrir un mal grave e inminente en su persona o en la de sus ascendientes, descendientes o afines hasta el segundo grado.

1.3.FASES DE LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA

Las fases de la violencia psicológica son tres: acumulación de tensión, agresión y reconciliación. Estas tres fases constituyen un ciclo interminable, de ahí que creamos que los delitos de violencia psicológica, no podrán jamás ser delitos de tipo flagrante, pues son ciclos que se producen dentro de una familia, ciclos que de ninguna forma son cortos, sino que son en el tiempo, pues los delitos de violencia psicológica, en muchos casos permanecen ocultos por muchos años. Además es importante destacar, que los ciclos de violencia psicológica deberán estar presentes de forma concomitante, permanente e interminable, debiendo entenderse a las tres fases como las necesarias para que se pueda hablar de violencia psicológica intrafamiliar o para que pueda ser catalogado como delito dentro del seno de la familia.

- a. La fase de acumulación de tensión: es aquí donde se produce el daño sobre la autoestima y sobre el estado emocional de las víctimas que aumenta progresivamente. La tensión es el resultado del aumento de conflictos en la pareja. El maltratador es hostil, aunque aún no lo demuestra con violencia física y la víctima trata de calmar la situación y evita hacer aquello que cree que disgusta a su pareja, pensando que puede evitar la futura agresión. Esta fase se puede dilatar durante varios años.

- b. La fase de agresión: supone la descarga de mayores niveles de violencia, por el motivo de afectación en la víctima, a través de cualquier accionar que vaya a lesionar de forma principal el concepto de dignidad humana. Esta fase es el

resultado de la tensión acumulada en la fase 1. En esta segunda etapa, se pierde por completo toda forma de comunicación y entendimiento, donde el maltratador ejerce la violencia en su sentido amplio, a través de agresiones verbales, psicológicas, físicas o sexuales (en nuestro caso interesa las psicológicas). Es en esta fase cuando se suelen denunciar las agresiones o se solicita ayuda, ya que se produce en la víctima lo que se conoce como “crisis emergente”.

- c. La fase de la reconciliación: que suele incluir el arrepentimiento por parte del agresor, el perdón por parte de la víctima, un período de armonía y el reinicio de la fase de acumulación de tensión.

Cabe recalcar además que durante esta etapa la tensión y la violencia desaparecen y el agresor se muestra arrepentido por lo que ha hecho, colmando a la víctima de promesas de cambio. Esta fase se ha venido a llamar también de “luna de miel”, porque el hombre se muestra amable y cariñoso, emulando la idea de la vuelta al comienzo de la relación de afectividad. A menudo la víctima concede al agresor otra oportunidad, creyendo firmemente en sus promesas. Sin embargo, esta etapa de arrepentimiento dará paso a una nueva fase de tensión, luego a la fase de agresión, y posterior a la reconciliación, por lo que forma un círculo de violencia. (Pereira, 2012).

1.4. LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA SEGÚN EL COIP

La violencia psicológica, nace habitualmente en circunstancias complejas de identificar y difícil de solucionar. La violencia psíquica es congénita a la violencia física o

puede ser un aviso de la misma o bien se puede dar aparte de las agresiones. Es una manera de maltrato, un conjunto mezclado de actitudes y comportamientos, en los que se produce una forma de maltrato psicológico a diferencia del físico, es más difícil de percibir, detectar, valorar y demostrar. Se desprecia, se desconoce y se amedrenta a una persona a través de actitudes o palabras. El uso de la violencia psíquica, es con el único fin de obtener el control, anular la autoestima de la víctima, ocasionando un proceso de depreciación y sufrimiento.

Anteriormente en nuestro país, los casos de violencia contra la mujer se encontraban regulados por la Ley Contra la Violencia a la Mujer y la Familia, constituida en la denominada Ley N° 103; cuyo conocimiento y juzgamiento era de competencia de las Comisarías de la Mujer y la Familia, que posteriormente fueron reemplazadas por las Unidades de Violencia Intrafamiliar.

Es importante destacar que la violencia psicológica dentro del ámbito familiar y antes de la expedición del Código Orgánico Integral Penal, estaba constituida como contravención y se le asignaba un tratamiento especial, es decir; una vez presentada la denuncia se señalaba un día y hora determinados a fin de que se lleve a cabo la Audiencia a la que se le denominaba de “Conciliación y Juzgamiento”, en cuya diligencia era posible que las partes llegaran a una conciliación y mediante la suscripción de una “Acta de Mutuo Respeto y Consideraciones”; con el compromiso de no volver a agredirse, esta conciliación era aprobada por la autoridad en resolución conforme lo establecía el Art. 21 de la Ley contra la Violencia a la Mujer y la Familia, se aplicaba también como norma supletoria el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil.

Al considerarse la expedición de la nueva Constitución de la República del Ecuador (2008) como la Norma Suprema y estableciendo en su artículo 66, numeral 3, literal b que:

...reconoce y garantiza a las personas una vida libre de violencia en el ámbito público y privado y ordena la adopción de medidas para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia; en especial la ejercida contra las mujeres niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja y vulnerabilidad; idénticas medidas se tomaran contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual. (p.25)

Constitución que sirvió como base fundamental para la expedición del Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el suplemento Registro Oficial 180 que entro en vigencia de 10 de agosto del 2014, tipifica alrededor de 73 nuevos tipos penales; puntualizando entonces como delito a la violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar se encuentran contenidos en el Parágrafo Primero, Sección Segunda, Capítulo II, del Título IV, del Libro Primero del Código Orgánico Integral Penal; y señaladamente la violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar, tipificada en el Artículo 157.

CAPITULO II

EL DEBIDO PROCESO

2.1 COMPONENTES Y DEFINICIÓN.

En este capítulo vamos a establecer qué es el debido proceso; y, además delimitar su alcance y sus componentes, pues advertimos que nuestra posición es que el mismo debe cobijar a los justiciables en todo momento, y ser excluido solo en circunstancias excepcionales y con la debida fundamentación.

En la actualidad el debido proceso, se lo concibe desde varias dimensiones: Es un derecho fundamental de todo ser humano y lo acompañará en todo proceso, además se lo concibe como principio procesal y deberá ser aplicado con el mayor grado de certeza posible y podrá ser excluido en situaciones excepcionales y con la debida fundamentación, más aún en el tema penal donde se habla de una legalidad estricta que obliga al juzgador a una aplicación taxativa y restrictiva de la norma, pues la consecuencia de una sentencia condenatoria, es la privación de la libertad de un individuo.

Para Carlos Bernal Pulido (2005):

...el debido proceso conoce una larga tradición en el ámbito de los derechos fundamentales del individuo y, en general, como un principio básico de la organización de cualquier sociedad. En la tradición occidental, de corte judeocristiana, sus antecedentes podrían remontarse a episodios de épocas tan lejanas como, por ejemplo, la celeberrima conversación entre Dios y Abraham en el juicio contra Sodoma y Gomorra en donde ya aparecen los principios del juez imparcial, la intermediación procesal, el derecho de contradicción, y los principios de justicia, legalidad y equidad, o los principios para la administración de justicia que pueden leerse en el Antiguo Testamento y que ordenan que los juicios sean justos, proscriben de ellos cualquier atisbo de corrupción, instan a la rectitud y al predominio de los principios de legalidad, intermediación e igualdad, e instituyen reglas sobre pruebas tales como la prueba pericial o el testimonio, así como establecen la presunción de inocencia (p.333)

En esa misma línea, ha sido la Constitución garantista del año 2008, la que ha establecido el modelo en el que se desarrollará el sistema penal ecuatoriano, toda vez que ninguna norma que vaya en contra de la Constitución de la República del Ecuador, podrá ser aplicada, exigiendo a los juzgadores que ante una duda en la aplicación de una norma o de encontrarse los mismos ante una norma inconstitucional, simplemente no la deben aplicar y deberán realizar la respectiva consulta a la Corte Constitucional, la misma que en muchas ocasiones se ha ponderado por el principio *pro legislatore*, a pesar de la inconstitucionalidad manifiesta de la norma, siendo este otro tema de investigación pues la Constitución y las normas convencionales deben transversalizar a todo el ordenamiento jurídico y acompañar además la actuación de todos los funcionarios judiciales o administrativos en todas sus intervenciones.

Para Habermans (1998):

Sólo deben ser consideradas normas válidas, y por consiguiente sólo deben ejecutarse y aplicarse, aquéllas a las que todos los afectados puedan prestar su asentimiento, en calidad de participantes en discursos racionales. Como puede suponerse, estos discursos racionales están estructurados mediante procesos. Por esta razón, el respeto a los diferentes debidos procesos es la máxima garantía de funcionamiento de la democracia. (p. 172)

Situación que innegablemente es recogida, se inclina hacia la acción comunicativa del Estado democrático que lo que logra, es la participación y el aseguramiento de que los ciudadanos vayan a conocer sobre las normas que los regulan. Este autor, además estima que el debido proceso se sitúa en el corazón de la democracia y por lo mismo critica a los Estados totalitarios, donde no existe un debido proceso, pues todo gira alrededor del tirano

sin que exista lo que él llama los discursos racionales sino más bien siendo el proceso el medio para la satisfacción de los intereses del autócrata.

También podría decir que el debido proceso, es un principio que cubre a todo ser humano en todo proceso, por el que no puede ser privado de su libertad sin ser oído y además respetando su derecho a la defensa, por otro lado implica la limitación exigida al Estado para restringir los derechos de sus ciudadanos. Así, en esta misma línea Oswaldo Gonzaíni (2002), lo identifica de la siguiente manera:

En Estados Unidos de América, la Corte Federal ha seguido estas consignas estableciendo en el concepto de debido proceso al menos dos garantías mínimas: a) Due process procesal, que significa que ningún órgano jurisdiccional puede privar a las personas de la vida, libertad o propiedad, a excepción que tenga la oportunidad de alegar y ser oída, y b) Due process sustantivo, que quiere decir que el gobierno no puede limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos derechos fundamentales contenidos en la Constitución. De esta forma se crea un poder de control sobre la discrecionalidad administrativa. Explica Esparza Leibar que la finalidad del due process of law procesal la constituye en esencia la garantía de un juicio limpio para las partes en cualquier proceso y en especial para las partes en el proceso penal, ya que la función jurisdiccional aplicada de acuerdo a sus características, minimiza el riesgo de soluciones injustas. Mientras que el due process of law sustantivo considera los límites impuestos a la administración para restringir libertades con excepción de motivos que lo justifiquen plenamente. Alvarado Velloso dice acertadamente que la mayor parte de la doctrina, clásica y posterior, siempre procuró definir al debido proceso sobre conceptos negativos (no es debido proceso aquél que...), estimando que el verdadero alcance termina, siempre, como un derecho a la jurisdicción, esto es, el respeto supremo a la regla lógica que desarrolla el proceso judicial: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad (p. 55)

Con lo acotado, vemos la extrema necesidad de que en un Estado Constitucional de derechos y justicia como el nuestro, se respete tanto al debido proceso procesal, como al debido proceso sustantivo y esto es lógico pues todos los derechos tienen una doble dimensión, por el un lado desde su óptica negativa el Estado debe respetarlos y no transgredirlos y desde su óptica positiva o de prestación debe proveerlos y no agota su

obligación solamente en su otorgamiento, sino, que deben poder ser ejercitados por sus justiciables de forma adecuada.

Como vemos el debido proceso, desencadena un papel fundamental e indispensable en el Estado Constitucional y propiamente en el campo penal, donde como anticipamos está en juego la libertad de una persona, así el debido proceso se nutre de varias garantías que le otorgan contenido y amplitud, convirtiéndole en un principio nutrido, con gran contenido axiológico. Así, dentro del debido proceso tenemos algunas garantías plasmadas en nuestra Carta Magna vigente, como es el derecho a la defensa¹; que a su vez se subdivide: en los medios adecuados, suficientes y con el tiempo adecuado y otros como son el principio de contradicción y el estado de inocencia, situando a la contradicción y la defensa, en el debido proceso procesal y al estado de inocencia en el debido proceso sustancial.

2.2 EL DERECHO A LA DEFENSA, COMO GARANTÍA DEL DEBIDO PROCESO

Cuando se habla del derecho a la defensa, simplemente se habla de la garantía más importante que tiene el sindicado de un proceso penal, para poder defenderse de una acusación, José Seco Villalba (1947), respecto del derecho a la defensa, refiere que:

Consiste en la posibilidad jurídica y material, de ejercer la defensa de los derechos e intereses de la persona en juicio y ante las autoridades de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de igualdad de las partes y de

¹ **Art. 77.-** En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

- a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra, y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.
- b) Acogerse al silencio.
- c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

contradicción. Así mismo, constituye un derecho ilimitado, por ser un derecho fundamental absoluto. (p. 38)

Las garantías procesales del derecho a la defensa, están proclamadas en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, donde su artículo 8² es claro en establecer que el debido proceso procesal, el derecho a la defensa, se agota solamente cuando se otorga a una de las partes los medios idóneos y suficientes para su tesis de defensa, además se le otorga el tiempo adecuado para que prepare su estrategia de defensa³, posición que está también recogida en nuestra Carta Magna, de ahí que aseguramos que el derecho a la defensa sea tan importante en nuestro sistema jurídico procesal.

El derecho a la defensa, respecto del estado, requiere que el mismo no tome partida en la tramitación de la causa, la misma deberá ser resuelta bajo las aportaciones de las parte

² Artículo 8. °: "*Garantías judiciales*. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. Derecho del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia".

³ **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

y con juzgadores independientes, caso contrario el derecho a la defensa seguirá siendo un anhelo; en ese sentido nuestra Constitución y nuestro máximo órgano de interpretación en materia de derechos se han pronunciado de la siguiente forma:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.

La Corte Constitucional también en la sentencia No. 025-15-SEP-CC, caso No.0725-12-EP. Entendiendo el rol protagónico del derecho a la defensa, dentro de su *obiter dicta* y dando contenido al derecho estudiado, ha dicho que: “En la Teoría General del Proceso, el derecho a la defensa constituye la materialización del principio de igualdad, bilateralidad o contradicción, entendido como un principio que domina al proceso y significa una garantía fundamental para las partes, dado que importa el tratamiento igualitario de los litigantes y se entiende que resulta del principio constitucional de igualdad ante la ley”.

Así, el juez de garantías penales, debe posibilitar y garantizar a la defensa todas las condiciones necesarias para que sea asistido tanto formal como materialmente, así como también para el caso que el procesado desee defenderse bajo sus propios medios, estableciendo lo que en doctrina se conoce como defensa material, la asistencia de un profesional que coadyuve en la defensa del ciudadano con el objeto de que la misma sea técnica. Solo, el respeto del derecho a la defensa y todos los componentes con los que cuenta el mismo, darán luces de un resultado justo dentro de una contienda en la que de

hecho ya el procesado viene limitado, pues se debe recordar que todos los elementos probatorios que el mismo construya en la fase de instrucción fiscal, los hará a través de la fiscalía, lo que nos parece ilógico y ya violatorio al derecho a la defensa, siendo además importante señalar que el Ministerio Público es acusador, pocas veces objetivo y con mucha ventaja en el proceso penal, donde el derecho penal debe ser un freno hacia el poder irracional y punitivo y dejar pasar solo lo menos irracional, actuando como un verdadero dique (Zaffaroni. 2010).

Por ello el juez toma un rol protagónico, pues debe cuidar que se ha ejercitado en debida forma el derecho a la defensa, caso contrario de oficio debe declarar las nulidades pertinentes y a costas de las personas que las ocasionaron sin miedo y recordando que en sus manos está la libertad de un ciudadano, que en muchas ocasiones es inocente.

A pesar, que como dice Rafael Ferreyra (2013):

No puede desatenderse que el juez es plenariamente un hombre; un hombre de carne y hueso como los demás con quienes convive, y que el hombre que el juez es, no se constituye con su aislada existencia, sino con la dimensión coexistencial que lo lleva a ser. (p. 39).

Así entonces, se le debe limitar al juzgador en la mayor medida posible su actividad oficiosa y permitirle que con normas claras previas y públicas, decida tomando en cuenta de forma exclusiva lo aportado en debida forma por las partes otorgando espacios y tiempos suficientes para su defensa, aplicando siempre además el principio de favorabilidad, que siempre va en beneficio del procesado.

2.3 PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN

El principio de contradicción viene a desempeñar la piedra angular como componente del debido proceso, pues dentro del sistema adversarial acusatorio en el que nos desenvolvemos este principio, otorga la posibilidad al justiciable para que presente los argumentos de descargo, ante las pruebas que lo incriminan y que pueda conocer y refutar cada una de las mismas, así bajo este principio cualquier prueba que genere sorpresa y que no pueda ser refutada simplemente será ilícita y deberá de ser excluida.

El principio de contradicción, es un verdadero test de veracidad de la prueba rendida en el juicio oral. Ambas partes, tienen el derecho de aportar las pruebas adecuadas, conducentes y útiles, para justificar su teoría del caso y la contraria el derecho amplio de controvertirlas, por lo que el principio de contradicción tiene como base la plena igualdad de las partes.

Para José Cafferata (1998), el principio de contradicción, enmarca a:

Exige no solo la existencia de una imputación del hecho delictivo cuya noticia origina el proceso y la oportunidad de refutarla, sino que requiere, además reconocer al acusador, al imputado y a su defensor, la atribución de aportar pruebas de cargo y de descargo respectivamente; la de controlar activa y personalmente, y en presencia de los otros sujetos actuantes, el ingreso y recepción de ambas clases de elementos probatorios, y la de argumentar públicamente ante los jueces que las recibieron sobre su eficacia conviccional (positiva o negativa) en orden a los hechos contenidos en la acusación o los afirmados por la defensa, y las consecuencias jurídico-penales de todos ellos, para tener modo la igual oportunidad de intentar lograr una decisión jurisdiccional que reconozca el interés que cada uno defiende, haciéndolo prevalecer sobre el del contrario (p. 57)

Es admirable y siempre destacable la amplitud con la que el profesor Cafferata, aborda las diversas cuestiones dentro del proceso penal, pues en la definición citada y con

la que nos adscribimos, se enmarca lo que debe contener el principio de contradicción⁴, cualquier posición diferente de acuerdo a nuestra posición será violatoria del debido proceso, pues no otorgará al adversario la posibilidad adecuada para que ejercite su tesis de defensa, recordando que nunca será desleal utilizar, todos los medios de prueba con los que se cuente para rebatir la tesis antagónica.

Para Sabas Chaún (2000), bajo el nuevo sistema acusatorio, adversarial, el principio de contradicción, requiere que:

En el nuevo sistema se requiere que toda la información pase por el filtro del contradictorio, ya que con ello puede modificarse, pero en el caso de pasar el test de credibilidad, la información podrá ser de calidad. Una prueba otorgada de manera unilateral, carece de confiabilidad. Este principio rige plenamente durante el juicio oral y ... garantiza que la producción de las pruebas se hará bajo el control de todos los sujetos procesales, con la finalidad de que ellos tengan la facultad de intervenir en dicha producción, formulando preguntas, observaciones, objeciones, aclaraciones y evaluaciones, tanto sobre la prueba propia como respecto de la de los otros. El control permitido por el principio contradictorio se extiende, asimismo, a las argumentaciones de las partes, debiendo garantizarse que ellas puedan, en todo momento escuchar de viva voz los argumentos de la contraria para apoyarlos o rebatirlos (p. 301).

Con esta definición, establecemos de forma clara y contundente la fuerte carga que compone el principio de contradicción, el mismo que no se agota solamente en la prueba sino respecto de todas las actuaciones de fiscalía, recordando además el derecho de última palabra, que estará siempre en el procesado, pues a pesar que la víctima ha tomado un rol protagónico, no debe jamás olvidarse al derecho penal, dentro del modelo del Garantismo penal y como Ferrajoli califica “la ley del más débil” y que están, no para respaldar a quien puede utilizarlos o servirse de ellos, sino a aquella persona que está en condición de

⁴ Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

desventaja, a aquel para quien solo el estar ahí sentado escuchando una acusación en su contra, ya está sufriendo una real “pena de banquillo”, como en tantas oportunidades, nos ha referido el profesor Aldo Moro, por lo que es indispensable, que por lo menos se le permita refutar todas y cada una de las afirmaciones que le causa perjuicio, siendo además indispensable que la carga de probar el ilícito, recaiga siempre en la fiscalía y que no se pretenda que el procesado vaya a demostrar su inocencia, misma que le acompaña durante todo el proceso.

2.4 ESTADO DE INOCENCIA.

El estado de inocencia, representa un avance en el COIP⁵, pues tiene un alcance superior al establecido en la Constitución de la República del Ecuador⁶, pues la inocencia no solamente se presume, si no es un estatus jurídico que acompaña a todo sujeto, que solo será roto cuando una sentencia inculpatória esté ejecutoriada y no exista ningún recurso pendiente, que pueda intentar el requerido, nótese que cuando hablamos de Recurso queda por fuera el recurso de revisión, pues este conlleva una forma de extinción de la pena, por lo que ante la interposición de este recurso, ya se habrá roto el estado de inocencia y además, la acción extraordinaria de protección, que a más de no tener el carácter de

⁵ **Art. 5.-** Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.

⁶ **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.

2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

suspensivo es extraordinaria, formal y lo que desencadena es un proceso totalmente nuevo, donde se alega la violación de un derecho constitucional en la tramitación.

Al respecto del estado de inocencia, Eduardo Jauchen (2013), nos dice que: “el imputado mantiene como persona su estado de inocencia durante todo el proceso penal, hasta tanto se demuestre con certeza su culpabilidad y consecuentemente sea condenado por sentencia en firme”. (p. 101).

De ahí, que se viene a criticar de forma extensa a los procedimiento especiales, como el abreviado, pues olvida el deber que tiene la Fiscalía, de probar el delito, para una condena y establecen como suficiente prueba la aceptación del hecho por parte del procesado, así en cambio en los delitos de violencia de género estos mismos presupuestos de la inocencia, son aminorados pues la prueba en muchos casos no es objetiva, no cumple con las exigencias establecidas en el COIP y por la norma supra constitucional, olvidando que a pesar de que el hecho y su participación pueden ser verosímiles y a veces de forma *in fraganti*, evidentes o aun cuando la persona hubiere confesado, el mismo debe ser tratado como inocente, recordando que las exigencias de evidencias materiales, recogidas en nuestra legislación penal son postergadas, siendo el único requisito para probar el nexo de causalidad el testimonio de la presunta víctima, pues a criterio Jurisprudencial de altas cortes y ratificado por la ecuatoriana⁷, los mismos son delitos ocultos, situación con la que disentimos pues no por beneficiar a un grupo de personas se puede perjudicar a otras.

⁷ Ver caso Fernandez y Cantún vs México

Es el Estado, mediante sus órganos judiciales, luego de la necesaria y efectiva comprobación objetiva y material de su culpabilidad declarada por una sentencia condenatoria pasada, por autoridad de cosa juzgada, que puede quebrar o destruir el estado de inocencia pasando a ser condenado, lo que importa es haber cometido una conducta Típica, Antijurídica y Culpable y que ello se haya probado en un proceso en el que se haya probado de forma fehaciente la culpabilidad y que no exista ninguna duda al respecto.

a. Evolución histórica.

El origen histórico del estado de inocencia se lo encuentra en el Derecho Romano, donde se postuló que: *Stattus esse impunitum relinqui facinus nocentis, quan innocentem demmare*⁸, así posteriormente se lo normativizó en la carta inglesa de 1215, en el artículo 39, mismo que como recogimos en el debido proceso del presente trabajo viene a ser el pilar fundamental de respeto del debido proceso sustantivo. Así luego de la normativización del principio de la presunción de inocencia, en la carta inglesa de 1215, se lo establece en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, dictada por la Asamblea Nacional francesa, tras la revolución Francesa que en su artículo 9 dispone que: “Debiendo presumirse todo hombre inocente mientras no sea declarado culpable”.

b. Posiciones, respecto del estado de inocencia

Respecto a la presunción de inocencia Jorge Clariá Olmedo (1984), señala:

⁸ Javier Rammia en *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, núm. 67, 2017 “Es preferible que el crimen de un culpable quede impune a que un inocente sea condenado” (p.297)

Inocente, en la acepción académica del término, es aquel que se halla libre del delito que se le imputa. Todo hombre tiene derecho a ser considerado inocente mientras no se pruebe que es culpable. Mientras no sean declarados culpables por sentencia firme, los habitantes de la nación gozan de un estado de inocencia, aun cuando con respecto a ello se haya abierto causa penal y cualquiera sea el progreso de la causa. Es un estado del cual se goza desde antes de iniciarse el proceso y durante todo el período cognoscitivo de éste (p. 230).

En esa misma línea, el autor ecuatoriano José García Falconí (2011), señala que:

El derecho que tienen todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a la recta razón comportándose de acuerdo a los valores, principio y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un juez competente no adquiera la convicción a través de los medios de prueba legal de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinado por una sentencia firme y fundada, obtenida, respetando todas y cada una de las reglas del debido y justo proceso, todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal y especialmente la prisión preventiva en forma restrictiva, para evitar el daño de personas inocentes mediante la afectación de sus derechos fundamentales (p.30).

Con lo dicho por ambos autores, vemos como el estado de inocencia está íntimamente ligado con el debido proceso, además solo puede ser roto por una sentencia condenatoria en firme y que haya pasado por autoridad de cosa juzgada, misma que va a romper este escudo protector de inocencia, para a su vez pasar de un estado de inocencia a un estado de culpabilidad.

Cierta parte de la doctrina, refiere que en verdad el término correcto es el de principio de presunción de inocencia y no estado de inocencia, pues refieren que el estado de inocencia es constante en el ser humano desde su nacimiento y el principio de presunción de inocencia se refiere exclusivamente al proceso penal, porque como principio viene a constituir una regla que orienta el debido proceso, que protege la garantía de la libertad de todo ser humano, constituyéndose la misma en una garantía real y efectiva del derecho constitucional de defensa y del debido proceso.

La posición que nos permitimos desarrollar, establecerá entonces que sólo hay culpables, es decir existen delitos y sanciones por actos y no por sospechas. El acusado, tiene el derecho a jamás declarar en su contra, es decir tiene derecho a no auto incriminarse, así como no lo hará en contra de su cónyuge ni en contra de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Todas las personas, no tiene obligación de probar su inocencia dentro del proceso penal, salvo en los delitos en los que se invierte la carga de la prueba, por lo que será el Ministerio Público, el obligado a destruir el escudo de inocencia con el que está investido todo sujeto procesado, esta garantía es parte fundamental del derecho a la defensa y además forma parte de uno de los diez axiomas del Garantismo penal, de los situados en la línea procesal.

Para Luis Jiménez De Asúa (1964)

La presunción de inocencia consiste en un juicio, en virtud del cual se considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia, que indican el modo normal como el mismo sucede. Es suponer que algo existe y que es indiscutible, aunque no se encuentre probado. La presunción es una guía para la valoración de las pruebas, de tal modo que estas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o del hecho presumible (p. 17).

Así pues, nuestro sistema penal se ha decantado por esta posición, por lo que no solamente goza de una jerarquía normativa, si no está elevado al rango constitucional, como parte de los derechos y garantías del debido proceso, de observación y viabilización irrestricta y contenidos todos en la norma constitucional del artículo 76 y 77 de la Constitución de la República del Ecuador.

Existen algunos autores sin embargo que no estuvieron a favor del principio de presunción de inocencia, así Enrico Ferri (2005), sostuvo que:

(solo puede) valer (respecto de la presunción de inocencia) en lo que se refiere a la prueba material del hecho perseguido, para la responsabilidad física del procesado que niega ser autor del acto incriminado. Cuando se trata de un flagrante delito o de una confesión del procesado, confirmada por otros datos, esta presunción, que le es favorable, no me parece que tenga la misma fuerza lógica y jurídica. Y todavía la tiene menos cuando el procesado no es un delincuente ocasional (...) que entra en los casos de delincuencia evolutiva, sino un reincidente, un delincuente profesional (es decir, el delincuente) es autor de una forma de criminalidad atávica (p. 195).

Por su parte, autores como Garófalo y el mismo Manzini, estaban también en contra del principio de presunción de inocencia, para Garófalo el mismo significaba debilitar el poder del Estado, debilitándolo y tornándose en un obstáculo para adoptar resoluciones en contra del imputado durante el proceso, principalmente en el tema de prisión preventiva. Por su parte Manzini citado por Eduardo Jauchen (2013), respecto de la presunción de inocencia, entendía que:

Nada más burdamente paradójico e irracional (respecto del principio de presunción de inocencia), Basta pensar en los casos de custodia preventiva, en el secreto de la instrucción y en el hecho mismo de la imputación. Puesto que esta última tiene por presupuesto suficientes indicios de delincuencia, ella debería constituir, por lo menos, una presunción de culpabilidad. ¿Cómo admitir entonces que equivalga, en cambio, a lo contrario, esto es, a una presunción de inocencia? (p. 105).

Por lo que, creemos necesario establecer que estos autores evidentemente de tinte inquisitivo y pertenecientes a las escuelas clásicas del derecho, estaban en contra de otorgar garantías y derechos hacia la persona procesada, pues la finalidad del derecho penal era la de condenar y así retribuir en algo la violación del bien jurídico, pues la ofensa era hacia el Estado. Por otro lado, creemos que es erróneo de que se habla de que existe una presunción de inocencia, sino más bien el mismo goza de un estado absoluto de inocencia y deberá ser tratado como tal, sin que se pueda establecer un mecanismo flexible para probar la culpabilidad de una persona, pues se deberá exigir el mismo tratamiento de certeza y convencimiento para que se demuestre la culpabilidad de una persona, situación que de

ninguna forma ocurre en los delitos de violencia psicológica, pues parecería que existe una inversión perversa de la carga de la prueba, en razón de que jamás la prueba aportada rompe el escudo protector de inocencia, sino más bien es el procesado quien recordemos **no debe probar nada**, quien se enmarca en la titánica tarea de tratar de probar que él es inocente, de ahí lo importante de que la inocencia sea un estado y no una simple presunción, pudiendo asegurar además que el tratamiento que se le da al estatus de inocente dentro del delito estudiado, sería desde una concepción clásica del delito y no como corresponde a la actualidad y todos los avances del Garantismo penal.

c. La Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos, al respecto del estado de inocencia.

Mucha es la jurisprudencia de la Corte IDH que va a respaldar la posición que en el presente trabajo hemos presentado, pues todo su desarrollo jurisprudencial ha ido encaminado a respaldar hacia la parte débil del proceso, que a todas luces es el procesado, así por ejemplo en el caso *Cantoral Benavides vs Perú* del año 2000, la Corte estableció que el principio de presunción de inocencia, como tal exige que: “Una persona no pueda ser condenada, mientras no exista, prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla” (párrafo 120). Por otro lado, en el caso *Suarez Rosero vs Ecuador* de 1997, se estableció que el principio del estado de inocencia “subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada” (párrafo 77).

Por lo dicho, establecemos que al procesado de un litigio penal que tenga una consecuencia de pena privativa de libertad, no le corresponde de ninguna forma probar su inocencia, por el contrario, es el Ministerio Público quien debe romper este escudo de inocencia, pues la misma es un estado que acompaña a todo individuo y que deberá ser destruido solo a través de elementos de prueba válidos, completos y concordantes, además sin que se pueda pensar, que en los procesos de violencia psicológica, se puede dejar en desuso este principio o que se puede flexibilizar y que el juez podrá tener un convencimiento medio, sino pensando que en todos los procesos se deberán respetar cada principio y garantía establecido en beneficio de los sujetos procesales, caso contrario estaremos presenciando en cierto modo un derecho penal apegado a la concepción del hembrismo⁹, que lo único que busca es perseguir al hombre por su condición de género, perdiendo total objetividad.

2.5 LA CULPABILIDAD EN UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHOS Y JUSTICIA. UNA APROXIMACIÓN NECESARIA.

El Derecho Penal, se halla delimitado por la escuela que guíe la imputación, así como por la teoría de la cual se enmarque la culpabilidad, para efectos académicos realizaremos un análisis rápido respecto de las escuelas más importantes que dieron

⁹ Recuperado el 3 de noviembre del 2017 de <http://hembrintic.blogspot.com/2014/05/que-es-el-hembrismo.html> “El Hembrismo es la posición contraria al Machismo: es el fenómeno de discriminación y subvaloración de los hombres por parte de las mujeres. Se puede decir que es una degeneración del Feminismo. Se debe recalcar que se está hablando de un concepto, no de una idea. Se considera que el Hembrismo es una actitud de prepotencia de las mujeres respecto de los hombres, o bien un parcialismo discriminatorio claramente favorable a la mujer en acciones u opiniones. Su significación es en muchos aspectos contraria a la del Machismo, pero también es englobable dentro del fenómeno del sexismo y la discriminación sexual, sólo que con este término se expresarían aquellas discriminaciones y prejuicios que favorecen a las mujeres y perjudican los hombres”.

nacimiento a la teoría causalista y finalista, con el objeto de establecer la culpabilidad del delito investigado, bajo que teoría podría estar sustentado.

a. La teoría causalista.

Iniciada por el profesor Von Litz, se basaba en una concepción antropológica del hombre en un sentido biológico- naturalista, en muchos sentidos castigaba la peligrosidad del individuo, pues su fin era evitar el peligro. Aseguraba que ciertos seres humanos son proclives a la delincuencia por naturaleza, en consecuencia la sociedad debía defenderse de tal ser humano. El mismo Von Litz planteaba que en su teoría confluía una tríada inseparable como es la: TIPICIDAD, ANTIJURICIDAD y CULPABILIDAD y se presentaba como novedosa, superando la escuela del iluminismo propuesta por Kant.

La tipicidad del causalismo, describe la acción penalmente relevante sobre aspectos objetivos, la antijuridicidad es la contradicción de la conducta con el abanico normativo y la culpabilidad es la relación anímica o psicológica del autor con el hecho. La cuestión que importaba entonces es la importancia que dentro de esta teoría se le otorgaba al resultado, lo que se conoció por parte de la academia como el desvalor del resultado (un hombre muerto, un vidrio roto, etc.), (Carlos Parma. 2017).

Así, para MIR PUIG (1995), “un resultado es causado por una acción si esta no puede ser suprimida mentalmente sin que aquél desaparezca, es decir, es causa toda condición sin la cual no se habría producido el resultado” (p. 219). Situación que vino a dar cabida a la teoría de la equivalencia de condiciones promulgada dentro del causalismo

penal, por la que todos los factores determinantes del resultado tienen una importancia equivalente, existiendo una causa- efecto, con la que quedó limitada la tipicidad a la mera “causación de la lesión de un bien jurídico”, de ahí que para esta teoría, cualquier acto que vaya a tener incidencia en el resultado generará una responsabilidad del agente.

Carlos Parma (2017), citando a Bacigalupo, entiende que la diferencia entre causalismo y finalismo; se traduce en “la diferencia fundamental consistió en la noción del hecho constitutivo del delito: las teorías causales partían de un hecho natural y la teoría final partía de un hecho personal humano” (p. 52).

Así, entonces resumimos a esta escuela de la siguiente forma:

La acción es un comportamiento humano dependiente de la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior. Para el causalismo, la acción es un factor causal del resultado sin tomar en cuenta la intención que llevó al sujeto a cometerla. Los causalistas explican la existencia de la acción delictiva cuando un sujeto tiene la voluntad de realizarla, sin tomar en cuenta la finalidad que se proponía al hacerlo. No importa el fin de la persona, pues no pertenece a la conducta. En otras palabras, la acción era un movimiento hecho con voluntad de moverse que causaba un resultado. Se funda en el hecho de que todo resultado es producto de una causa, se sustenta en tres elementos: Una causa, un nexo causal y un efecto.

Es decir, esta escuela no respeta los derechos del presunto agente infractor, pues para la misma, todo resultado necesariamente tuvo una acción delictiva que la inició y

como consecuencia de ello se consumó el hecho delictivo, el delito como tal es una simple consecuencia de un acto, sin importar siquiera si el agente actuó o no con la intención de irrogar un real daño hacia la presunta víctima, por ello eminentemente el dolo se ubica en la tipicidad, sin que importe la carga de probar la responsabilidad delictiva, sino siendo necesario únicamente que se pruebe la existencia del acto y del resultado y que se otorgue el nexo de causalidad entre los dos presupuestos detallados y probando el referido nexo de causalidad, sin más remedio, se deberá declarar la culpabilidad.

b. Teoría Finalista

La teoría finalista, cambia sustancialmente la estructura de los elementos del delito, entendiéndose que para que exista el delito es necesario tomar en consideración la finalidad de la acción humana, de esta forma se establece una estructura tripartita que se forma por: **TIPICIDAD, ANTIJURIDICIDAD Y CULPABILIDAD** (Eduardo Jauchen. 2013). Es decir, que el principio de culpabilidad pasó a integrarse, con los elementos subjetivos del tipo, para lo cual no puede haber delito sin que exista una atribución subjetiva del individuo.

Para Eduardo Jauchen (2013), el principio de culpabilidad de esta teoría, se traduce en:

El principio de culpabilidad del *nullum crimen sine culpa* se traduce en el elemento culpabilidad, como la posibilidad de reprochabilidad al sujeto por su conducta. La misma será reprochable cuando, siéndole exigible, no se motivó en la norma pudiendo hacerlo. Pudo hacerlo en virtud de su capacidad de autodeterminación y de la posibilidad de conocimiento y comprensión de la antijuridicidad de su conducta- que la norma sanciona-. Si gozando de la libertad de voluntad, su capacidad de autodeterminación y consecuente aptitud para una válida opción, eligió por actuar contra la norma prohibitiva, o sea, contra el Derecho, su conducta, le es, en estas condiciones reprochable-culpable (p. 36).

Se establece dentro de esta teoría que no será delictuosa la conducta del ser humano que no ha tenido la posibilidad de no sucumbir ante la prohibición es decir a personas que por ciertas causas como deficiencia mental, error de prohibición invencible, error de tipo invencible, alteración de sus facultades psíquicas, estado de necesidad inculpante o incapacidad de dirigir sus acciones han sufrido una reducción en su autodeterminación o cuando no ha podido adecuar su comportamiento a la conducta prohibitiva, es decir sin dolo o por lo menos con una culpa inconsciente, no es posible reprochar su conducta (Zaffaroni, 1999). Para esta escuela, una concepción del ser humano sin la capacidad de decisión, elimina la responsabilidad y con ello el carácter de persona del ser humano, es decir, para Zaffaroni (1999), “responsabilidad y autodeterminación son conceptos inseparables”.

Para la corriente finalista autor será quien tenga el dominio del hecho y su accionar esté investido con el dolo. Para Carlos Parma (2017) la finalidad se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta, fijarse fines diversos, dirigir su actividad conforme un plan. La corriente finalista dejó su marca, la cual es visible por ejemplo en el error sobre el dolo que se llamará error de tipo (p. 58).

Para Roxin, la visión finalista no fundamenta el injusto penal en la causalidad, sino en la acción final del ser humano. Es por ello que para la concepción finalista la culpabilidad fue entendida como reprochabilidad, por ello un hecho es penalmente relevante cuando se puede reprochar el injusto al autor y solo se lo puede reprochar con dolo, es decir con la intención de causar daño y no todo acto va a servir de base para la acusación, existiendo hechos más relevantes para el injusto y eliminándose la teoría de los equivalentes.

El elemento probatorio, indudablemente tiene que presentarse con elementos objetivos, que hagan llegar a una certeza del juzgador hacia la culpabilidad de la persona, que actuó de forma consciente y con la finalidad de irrogar daño, es decir que elementos puramente formales o los que no puedan ser contradichos, no generarán certeza de la culpabilidad, generando avances positivos, hacia la eliminación de la discrecionalidad del juzgador y exigiendo elementos objetivos para probar el ilícito.

Con lo dicho entonces, podemos aseverar que el delito investigado por el tipo penal de violencia psicológica, solo podrá soportar una adecuación a la teoría causalista, pues no necesariamente se podrá establecer que la persona infractora haya tenido como fin, el causar daño psicológico hacia la presunta víctima, peor aún se podrá establecer que sea ese acto el que haya desencadenado en la afectación hacia su contrario, es decir este delito busca peligrosamente castigar la personalidad del agente por el hecho mismo de ser hombre, pues es hora de sincerarnos, podemos asegurar que son los hombres quienes por su condición de género, son castigados por este tipo penal de textura abierta, delito de actividad, con elementos de prueba meramente subjetivos y que jamás eliminan la discrecionalidad del juzgador, lo que los convierten en tipos penales lesivos para el derecho penal y lo que es peor que no cumplen para su condena con los presupuestos exigidos y que no comprueban el nexo de causalidad entre el presunto infractor y la víctima, peor aún los efectos lesivos de la conducta, por lo que serían peligrosos, hasta para la teoría causalista.

CAPITULO III.

PROBLEMAS PROCESALES EN EL JUZGAMIENTO DE LOS DELITOS DE VIOLENCIA PSICOLÓGICA

3.1. MEDIDAS DE PROTECCIÓN

Con la vigencia de la nueva constitución en 2008 en Ecuador, surge una nuevo ciclo en materia de derechos esenciales, que permite una mayor accesibilidad de las personas a la función judicial, especialmente dicha entidad que tiene el deber y la obligación de salvaguardar los intereses y sobre todo la supremacía de nuestra Constitución como es la Corte Constitucional del Ecuador, quien tiene el poder de manejar los temas de mayor trascendencia de la convivencia de sus conciudadanos, como reconocer y garantizar la efectiva protección estatal en temas tan delicados como son: la pluralidad, la igualdad, la salud y la vida entre otros derechos fundamentales, con esta Constitución la nación ha realizado magnificas transformaciones que nos han permitido evolucionar con una visión globalizada del desarrollo del individuo como tal, para garantizar su efectividad en lo establecido en la Constitución, los jueces han utilizado los instrumentos tan importantes como los convenios y tratados internacionales, entre otros, todos ellos válidos para la aplicación de la justicia por parte de los operadores judiciales.

Todo esto nos permite tener una visión amplia acerca de los derechos que hemos adquiridos como ecuatorianos, entre estos la Garantía Constitucional de las “Medidas Cautelares”, que se encuentran dentro de las “Garantías Jurisdiccionales”, y por ende nacen nuevas “medidas de protección”, para que de esta manera reine el respeto a los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución de la República.

Para avanzar en la definición de las medidas cautelares, se puede recurrir a lo manifestado por Couture (1978):

Dícese de aquellas dispuestas por el juez con el objeto de impedir los actos de disposición o de administración que pudieran hacer ilusorio el resultado del juicio y con el objeto de asegurar de antemano la eficacia de la decisión a dictarse en el mismo. (p. 405).

Por su parte Leiban (1976), lo define como: “Se llama acción cautelar aquella que está dirigida a poner en acto una cautela”. (p. 162).

A las medidas cautelares se las puede llamar de diferente forma según el enfoque particular de cada autor, para efecto de este estudio analizaremos como medidas de protección a las disposiciones que realizan los jueces en forma preventiva y temporal, para evitar daño o un peligro o para asegurar el resultado de la resolución definitiva. Estas medidas sirven para conferir seriedad judicial y seguridad procesal.

Por ello que la autoridad emita inmediatamente medidas de protección en caso de violencia intra familiar es correcto, pero que sucede cuando el Juez de Violencia otorga medidas de protección con el solo hecho de que la supuesta víctima presente una denuncia, sin examen médico, sin informe técnico, sin parte policial. Tan solo a expensas de la valoración que realice la jueza de violencia en base a su lógica, su experiencia y en caso de duda el principio de inmediación. Sin previo análisis de las causas que originaron la violencia, desconociendo el perfil del denunciado se otorga medidas de protección y lo peor del caso sin que el denunciado pueda hacer uso de su derecho a la legítima defensa

contentando a la denuncia que en muchos casos pueden ser atentatoria, temeraria y maliciosa.

Puede solicitarse medidas cautelares antes de comenzar el proceso, junto con la demanda o trabada la litis, también como medida provisional como cautela pero siempre debe correr traslado y dar el derecho a la defensa para que se otorgue.

3.2. PROBLEMAS DE LA PRUEBA

a. Definición de Prueba

Francesco Carrara (1957), al referirse a la prueba dice que:

En general se llama prueba todo lo que sirve para darnos certeza acerca de la verdad de una proposición. La certeza está en nosotros: la verdad en los hechos. Aquella nace cuando uno cree que conoce a ésta; más, por la falibilidad humana, puede haber certeza donde no haya verdad y viceversa (p.381).

Debemos partir desde la finalidad que tiene la prueba dentro de un proceso penal y cotejarlo, con la exigencia que esta tiene para poder establecer la culpabilidad de una persona. En el caso del juzgamiento de la violencia psicológica, para determinar el convencimiento que ha de tener el juzgador, para poder sentenciar a una persona como culpable, de haber subsumido su accionar en este tipo delictual y en caso de arribar a una sentencia condenatoria, en esta clase de infracciones, poder motivar su sentencia bajo la luz de la imparcialidad. Todo esto, además con la aplicación de los principios penales, en

especial de la duda a favor del reo¹⁰, que debe ser aplicada, en esta clase de infracciones, como en todos los delitos.

Debemos recordar, que en el proceso penal se deben aportar, elementos objetivos, otorgar suficientes conocimientos al juzgador, con el objeto de que este se encuentre fuera de sus apasionamientos y pueda arribar con seguridad absoluta a una sentencia. Se dice, que frente a determinado hecho, una persona, puede situarse en tres estados, el de duda, el de probabilidad y el de certeza, según nuestra ley penal, solo cuando el juzgador, tenga certeza absoluta, podrá condenar, así Nicola Framarino Dei Malatesta(1964) dice que:

La mente humana puede encontrarse, con respecto al conocimiento de un hecho, en estado de ignorancia, o sea ausencia de todo conocimiento; en estado de credibilidad, en sentido específico, es decir, igualdad de motivos en cuanto al conocimiento afirmativo y al negativo; en estado de probabilidad, que es el predominio del conocimiento afirmativo, y en estado de certeza, que es conocimiento afirmativo y triunfante (p.11).

Se dice, que el juzgador para obtener la certeza como conocimiento afirmativo, triunfante y exigido para condenar debe nutrirse de pruebas no solo testimoniales, según lo refiere nuestro COIP. Así, el artículo 502 sin que en materia penal exista la prueba plena o semi plena, establece que:

1. El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas. Tema aparte, será para el autor de este trabajo, el análisis que la Corte IDH ha realizado sobre este tema y la relevancia del testimonio de la presunta víctima, pues pensamos que extender el tema de la relevancia del

¹⁰ **Art. 5.-** Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

testimonio de la víctima como único elemento de prueba con el que se demuestra la material de la infracción es insuficiente.

Está claro que no puede existir falibilidad, pues estamos frente a juzgadores, seres imperfectos que son susceptibles a cometer errores, sin embargo estamos seguros que es preferible que un culpable esté libre, a que un inocente sea condenado¹¹. Con lo brevemente referido, se establece, la importancia, que desempeña la prueba, dentro de un proceso. Siempre, la actividad probatoria, será de exclusiva responsabilidad de quien acusa y en este sentido, el encausado podrá optar por una defensa inactiva, según su estrategia, pues dentro del proceso penal no está obligado a probar su inocencia, la misma se presume y solo será rota, cuando el representante del Ministerio Público, acredite los hechos delictivos y logre adecuarlos hacia la conducta del sujeto activo de la infracción, lo que se conoce como nexo de causalidad.

La exigencia de la prueba, debe ser igual para todos los procesos, a nuestro parecer no se puede establecer, exigencias menores para ciertas clases de delitos, pues este accionar, generará Inseguridad Jurídica y permitirá que los juzgadores se desempeñen de forma arbitraria, siempre en beneficio de un grupo de atención, rompiendo además el principio de igualdad formal. La necesidad de la prueba según Hernando Devis Echandía (1984), significa que:

...todo hecho que constituye el objeto del proceso debe ser corroborado sólo mediante pruebas introducidas legalmente, con independencia del conocimiento que sobre tales

¹¹ Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.

hechos tenga el juez, de ahí que, los fallos judiciales deben sustentarse en pruebas previstas en la ley, pruebas que tienen que ser sometidas a la contradicción de la contra parte, para que tenga la oportunidad procesal de conocerla y discutirla, aunque la prueba no le perjudique. La contradicción de la prueba comprende necesariamente el derecho a tener oportunidad para contraprobar, o sea para procurar y ofrecer pruebas que desvirtúen las ofrecidas en su contra (p.49).

Con lo dicho claramente se establece que, para una prueba pueda ser apreciada por el juzgador y a pesar que no perjudique a la parte contra la que se propone, debe poder ser rebatida. Al efecto, en esta clase de delitos la prueba pocas veces es puesta a disposición del requerido, quien no goza con la misma oportunidad de aporte probatorio ni de refutación, sin lugar a duda, en esta clase de procesos, la prueba principal es siempre el testimonio de la presunta víctima y un informe de un perito psicólogo, quien con una sola entrevista, en muchas ocasiones, establece la sintomatología, de que la presunta víctima, ha sufrido alguna clase de violencia. Es de recordar además, para que una prueba sea válida, debe cumplir tres momentos: PROPOSICIÓN, RECEPCIÓN Y VALORACIÓN.

La proposición consiste en la solicitud que formulan los sujetos procesales al juez o al Tribunal de Garantías Penales, que ordena su recepción del medio de prueba determinado, como la declaración testimonial de un testigo; la recepción de pruebas, en cambio es la actividad desplegada por un órgano que ejerce las funciones jurisdiccionales, con el objeto de introducir el elemento probatorio en el proceso; y, la valoración de las pruebas es el análisis crítico que hace el tribunal, sobre las pruebas rendidas durante el juicio oral, con el objeto de decidir si se han verificado o no las afirmaciones, en las que se basa la acusación y apreciando además los elementos aportados por la defensa, para adoptar la decisión de absolución o condena (Cafferata Nores, 2001).

En este sentido, a pesar que el otorgamiento de medidas cautelares es con carácter *in audita pars*, estamos convencidos que la declaración de la supuesta víctima y una sola entrevista con un psicólogo, no es suficiente para sancionar a una persona. Este accionar rompería todo el esquema de Garantismo penal, rompería además el carácter de tuitivo de las medidas cautelares convirtiéndolo en la antesala de una eventual responsabilidad penal, tratando a un inocente como culpable y anticipando una pena.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal, identifica varios tipos de pruebas así se tienen las pruebas documentales, testimoniales y periciales. Como se anticipó, para que las pruebas testimoniales sean válidas, deberán ser apreciadas en el contexto de todas las pruebas aportadas, la doctrina es clara en determinar que las mismas deben ser respaldadas por elementos objetivos, que hagan ver a las mismas como válidas, que el testimonio sea creíble, así dentro de la presente investigación vamos a identificar de forma clara, la poca exigencia probatoria y como de ninguna forma el juez podría tener certeza al momento de sancionar este tipo penal.

El artículo 157 del Código Orgánico Integral Penal; refiere que:

Violencia psicológica contra la mujer o miembros del núcleo familiar.- La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cause perjuicio en la salud mental por actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de creencias, decisiones o acciones, será sancionada de la siguiente manera:

1. Si se provoca daño leve que afecte cualquiera de las dimensiones del funcionamiento integral de la persona, en los ámbitos cognoscitivos, afectivos, somáticos, de comportamiento y de relaciones, sin que causen impedimento en el desempeño de sus actividades cotidianas, será sancionada con pena privativa de libertad de treinta a sesenta días.
2. Si se afecta de manera moderada en cualquiera de las áreas de funcionamiento personal, laboral, escolar, familiar o social que cause perjuicio en el cumplimiento de sus actividades cotidianas y que por tanto requiere de tratamiento especializado en salud mental, será sancionada con pena de seis meses a un año.

3. Si causa un daño psicológico severo que aún con la intervención especializada no se ha logrado revertir, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años. (COIP. 2014)

A más de que el tipo penal contiene varios verbos rectores lo que lo vuelve un tipo penal abierto, que no genera certidumbre en el justiciable, no debe dejar de ser interpretado en el contexto necesario de interpretación integral de la norma, es decir que para que se arribe a una sanción por este tipo penal se deben cumplir todas las exigencias relatadas y contempladas en nuestra normativa, caso contrario se deberá ratificar la inocencia del individuo.

En estas infracciones la fiscalía propone dos pruebas como suficientes para probar el tipo. Debemos recordar además que todos los elementos que sean recabados por fiscalía durante su investigación, solo serán pruebas el momento que sean practicadas en la Audiencia de juzgamiento, mientras tanto son simples elementos de convicción. Así pues respecto de la importancia de la prueba y de los altos estándares que esta debe contener, Cafferata Nores José (1998), nos dice que:

La prueba deberá versar sobre la existencia del hecho delictuoso y las circunstancias que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen o influyan en la punibilidad y la extensión del daño causado. Deberá dirigirse también a individualizar a sus autores, cómplices o instigadores, verificando su edad, educación, costumbres, condiciones de vida, medios de subsistencia y antecedentes, el estado y desarrollo de sus facultades mentales, las condiciones en que actuó, los motivos que lo hubieran llevado a delinquir y las demás circunstancias que revelen su mayor o menor peligrosidad (P.23).

3.2.1 Respecto de la prueba pericial.

El perito, es un funcionario de la administración de justicia que realiza miles de valoraciones en el caso de los delitos de violencia contra la mujer y los miembros del

núcleo familiar. Debemos además, anticipar que muchas veces los peritos, no cuentan ni con el espacio de tiempo ni con las instalaciones adecuadas para la práctica de su cometido. Al respecto es necesario puntualizar que es inconcebible, como en una sola sesión un perito psicólogo puede establecer una afectación hacia una persona, pues todo va a depender de su estado de ánimo de su predisposición hacia el examen y de varios factores internos, de cada persona.

Una sola entrevista nunca será suficiente para poder establecer una afectación psicológica de una persona, peor aun cuando se habla del delito de violencia psicológica de tipo flagrante, así un estudio realizado por la psicóloga Laura Fátima Asensi y el psicólogo Miguel Díez Jorro (2008), estableció que:

...relacionado con peritajes psicológicos en situaciones de malos tratos, hace referencia a los errores más frecuentes, tales como errores metodológicos como no utilizar un protocolo adecuado, el uso de pruebas inadecuadas o irrelevantes para la evaluación del maltrato, utilización única de entrevistas de tipo clínico, la realización de entrevistas en formato de interrogatorio con preguntas capciosas o sugestivas, el recabar más información de la necesaria, causando perjuicios a la persona evaluada. Por otra parte, este estudio refiere errores de diagnóstico, donde por ejemplo, es necesario considerar patologías existentes que se dan en el contexto del maltrato, el error de asumir de una víctima de maltrato, tenga obligatoriamente que padecer secuelas al momento de la evaluación, la no valoración ni constancia de las posibles repercusiones psicosociales en la víctima, centrándose exclusivamente en las repercusiones clínicas, al evaluar al maltratador y no considerar que la ausencia de patología no implica ausencia de comportamiento violento y al no considerar como prioridad la valoración de la víctima por sobre la evaluación del maltratador. De esta misma manera, se consideran errores en la interpretación de los hechos valorados, por ejemplo, prejuicios que pueda tener el evaluador o que este atribuya, patología al maltratador en función de la gravedad de la violencia, errores de incredulidad frente a una persona que dice la verdad, pero que esta tensa en situación de evaluación, errores asociados a la idiosincrasia de la persona evaluada, ya sea por un estilo de personalidad en particular o por su estilo comunicacional y el evaluador pueda evaluar negativamente estos factores en torno al caso, interpretándolo como que la persona no quiere cooperar o está mintiendo, interpretar erróneamente que la víctima niegue u omita aspectos relevantes de la situación producto de su propia tolerancia cultural. Finalmente, pueden darse errores a partir de solicitudes judiciales mal planteadas o inviábiles que no posibilitan una adecuada respuesta desde el punto de vista de la ciencia psicológica.

Así, debemos preguntarnos si se cumple con los protocolos internacionales para la obtención de la información, si se realizan varias sesiones para poder corroborar la información que se ha podido recabar, si la persona procesada tiene la posibilidad de acceder a otro peritaje en el que se pueda establecer que la persona puede sufrir afecciones psicológicas a consecuencia de otras causas o si simplemente con una sola entrevista es suficiente para arribar a conclusiones de que la persona es víctima de violencia psicológica, que se cumple con alguno de los verbos rectores recogidos en el artículo 157 del COIP, y que es consecuencia directa de estos actos el perjuicio mental de la presunta víctima, sin evaluar otras posibles causas.

Se necesita realizar una reforma, donde se establezcan presupuestos claros para la validez de la prueba pericial, donde establezcamos un mínimo de sesiones, test adecuados, derecho del procesado de ejercer su derecho de contradicción, facilidades para que un perito imparcial evalúe no solo a la supuesta víctima sino también al presunto victimario y en definitiva que se respete el necesario contradictorio en todos los sentidos y que se evalúe con objetividad y no pensando que la persecución al hombre por la violencia de género debe quitarle todas las garantías que envuelven el debido proceso.

3.2.2 Respetto de la prueba testimonial.

Como hemos manifestado, esta es la parte más problemática respecto de la aportación probatoria del delito de violencia psicológica, pues no solamente que la norma, consagra la necesidad de que la prueba testimonial sea valorada en relación con otras pruebas presentadas y más aún, cuando es el testimonio del contrincante el que será tomado

como absoluto por un juzgador, situación que agrava el problema y que trasgrede los principios básicos del sistema penal acusatorio adversarial como son la contradicción y la congruencia.

Respecto de la prueba testimonial, Jorge Zabala Baquerizo (2005) citando a Vincenzo Manzini refiere:

(La prueba testimonial), en sentido propio como la declaración positiva o negativa, de verdad hecha ante el magistrado penal por una persona (testigo) distinta de los sujetos principales del proceso penal, sobre percepciones sensoriales recibidas por el declarante, fuera del proceso actual, respecto de un hecho pasado, y dirigida a los fines de la prueba, o sea de la comprobación de la verdad. (p.84)

Bajo esta concepción, no podría establecerse la declaración de la víctima como prueba testimonial, empero la norma adjetiva penal ecuatoriana reconoce la declaración de la presunta víctima de delitos de violencia de género y lo que es grave le otorga un rol protagónico bajo el concepto de que son delitos ocultos y que por esa circunstancia, pocas veces existen testigos que puedan dar fe de lo acontecido. No compartimos esta postura, pues creemos fielmente que no se puede sacrificar el debido proceso, ni las garantías y derechos del procesado, peor aún desconocer los principios del Código Orgánico Integral Penal en beneficio del procesado, con el único objeto de sancionar a una persona, esta forma de actuar convierte al derecho penal en anti garantista, así Ferrajoli (1995), dice que esta clase de derecho penal “no se basa en la comprobación de hechos, si no sanciona la interioridad de la persona juzgada”(p. 570).

Es verdad, que en el caso González y otras vs México y Fernández y Cantún vs México, la Corte IDH estableció un tratamiento especial para esta clase de delitos y otorgó

un rol protagónico a la víctima, sin embargo jamás será tolerable que no se observen mínimos requeridos para otorgar validez a testimonios y pericias que no soportan la inclusión de elementos objetivos para probar hechos delictivos, ese accionar no solo que lesiona al derecho penal, si no a la sociedad misma.

Recordemos que después de la vida, la libertad es el derecho máspreciado de una persona y que en un modelo garantista como el ecuatoriano, es inconcebible que un inocente sea condenado, esto por el sistema implantado de la certeza absoluta más allá de toda duda, como requisito para romper el hierro llamado estado de inocencia, principio procesal desarrollado dentro del Código Orgánico Integral Penal y desarrollado además de forma extensa por la Corte IDH.

3.3. PROBLEMAS DE LA RESOLUCIÓN

Dentro de este punto de forma diáfana, me voy a permitir evaluar los requisitos que se exigen en la actualidad, para que un acto, resolución o sentencia esté motivado, así atacaré la falta de motivación que se generan en esta clase de delitos y voy a argumentar en el sentido exigido por la Corte Constitucional del Ecuador, para que una resolución, auto definitivo y sentencia, estén motivados, bajo consecuencia fatal, contenida en el artículo 76 numeral 7 literal 1¹² de la Constitución Ecuatoriana.

¹² **Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Para Jorge Zabala Baquerizo (2002), “el principio constitucional, que refiere a la motivación, también comprende la motivación insuficiente y la motivación impertinente” (p.140). Para este autor una correcta motivación, se identifica de la siguiente manera:

Motivar significa desarrollar y exponer el pensamiento de quien motiva a través de argumentos y razones que justifiquen la resolución adoptada. Para que una motivación sea constitucional debe comenzar por establecer los antecedentes del asunto sobre el cual se debe resolver. El antecedente presenta el caso y sirve de base para el desarrollo de los argumentos en que se debe sustentar la decisión. En el hecho sobre el cual se debe resolver a fin de que se haga saber el motivo de la decisión, la razón de ésta. Luego del antecedente se debe exponer de manera precisa, concisa, pero explícita, los argumentos que deben fundamentar la decisión. El principio constitucional exige que la resolución de los poderes públicos debe enunciar las normas y los principios jurídicos que sustenten los argumentos que sirven de premisa a la decisión. Entre la parte motivada y los antecedentes debe existir congruencia, relación lógica, los argumentos para decidir deben estar directamente relacionados con esos hechos; debe haber pertinencia-identidad jurídica- entre el hecho y el argumento lógico-jurídico que se desarrolla como premisa de la decisión (p.137).

Al respecto de la motivación, dentro del marco normativo ecuatoriano la misma se encuentra inserta dentro de las garantías del debido proceso y como componente de la garantía del derecho a la defensa. Una resolución para ser motivada en primer lugar debe contener un registro de las actuaciones judiciales, sin que los juzgadores puedan tener una actividad oficiosa, pues conforme mandato legal, nuestro sistema procesal se desenvuelve bajo el principio dispositivo. Al respecto una resolución motivada debe contener elementos que formaron parte de la Litis, es decir haber sido planteadas de forma oportuna por las partes y controvertidas por el adversario con excepción de aquellas que el propio tribunal debe plantearlas de oficio (Fernando de la Rúa, 2002).

Las máximas Cortes se han preocupado del requisito de la motivación, así en este sentido en el caso “*Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*”, excepciones

preliminares, fondo, reparaciones y costas, serie C, No. 170 (2007), párr. 107, la Corte Interamericana de Derechos humanos refirió que:

El Tribunal recalca que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. Para determinar lo anterior, es necesario analizar si las actuaciones judiciales garantizaron no solamente la posibilidad formal de interponer alegatos sino la forma en que, sustantivamente, el derecho de defensa se manifestó como verdadera salvaguarda de los derechos del procesado, de tal suerte que implicara una respuesta motivada y oportuna por parte de las autoridades en relación con los descargos. Al respecto, el Tribunal ha resaltado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. La motivación es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión. En este entendido, la Corte reseña los argumentos ofrecidos por las víctimas para conseguir su libertad y la respuesta que obtuvieron de las autoridades competentes.

Por lo que cualquier resolución, en este caso las sentencias en delitos de violencia psicológica que no tengan una adecuada motivación, deberán ser consideradas nulas, se volverán inejecutables y en caso de ser ejecutadas, abrirán una puerta hacia los perjudicados para que puedan reclamar la reparación integral ante el actuar lesivo y arbitrario del Estado y la vulneración de su derecho a una resolución motivada. Dentro de la misma línea, para Devis Echandía (1981), “la motivación es tan importante, que algunas constituciones, lo consagran expresamente” (p.45). Refiere, además, respecto del derecho de motivación de una resolución que:

...de esta manera se evitan arbitrariedades y se permite a las partes usar adecuadamente el derecho de impugnación contra la sentencia para los efectos de la segunda instancia, planteándose superior las razones legales y jurídicas que condujeron al juez a su decisión. Porque la resolución de toda sentencia es el resultado de las razones o motivaciones que en ella se explican (p.45).

Así, en este mismo sentido, se ha expresado nuestra Corte Constitucional, otorgando dentro del sistema adversarial, un rol protagónico a la motivación, así en su sentencia No. 080-13-SEP-CC], caso No. 0445-11- EP dijo que:

...se considera como un condicionamiento de todas las resoluciones (la motivación) de los poderes públicos, con objeto de que las personas puedan conocer de forma efectiva y veraz las razones que motivaron la emisión de una determinada decisión. La motivación, en esta línea de análisis, no implica la enunciación dispersa de disposiciones normativas o de antecedentes de hechos, sino, por el contrario, exige un verdadero ejercicio argumentativo en el cual se fundamente la aplicación de una determinada disposición jurídica a un antecedente de hecho y la pertinencia a las conclusiones establecidas a partir de ello; con lo cual, la obligación de motivar va más allá de la mera enunciación de normas, pues conlleva el deber de indagar a partir de los hechos presentados en el caso, cómo estos se relacionan con las normas jurídicas a partir de un razonamiento eminentemente justificativo.

Así entonces, luego de establecer lo importante que desencadena una correcta motivación en un Estado democrático y de justicia social como el nuestro, de forma breve, estableceremos cuales son los presupuestos que ha exigido la Corte Constitucional, para que una resolución esté motivada y en ese sentido, analizaremos la dificultad que atraviesa el motivar una resolución en los delitos de violencia psicológica y en el siguiente capítulo veremos con el análisis de los casos prácticos, si se cumplen o no los requisitos indispensables de la motivación.

Tres son los presupuestos indispensables que exige la Corte Constitucional, para que una sentencia, resolución o acto de autoridad pública estén motivados. Nos ilustra diciendo que son la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad y que los tres deben estar contenidos de forma concomitante, pues a falta de uno de ellos, la resolución carecerá de motivación y deberá ser considerada nula, con todos los efectos que la nulidad irradia.

Razonabilidad: La Corte Constitucional del Ecuador, se ha referido, en los siguientes términos:

Respecto al parámetro de razonabilidad, la Corte Constitucional ha indicado que constituye el respeto, observancia y cumplimiento de las disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales pertinentes y aplicables al caso; Pamela Aguirre (2016), dice que “parte de la premisa alexyana: toda decisión judicial debe al menos fundamentarse en una norma jurídica”. Es decir, bajo esta primera aproximación se establece que la razonabilidad busca descubrir los principios, normas, valores aplicables al caso y a su vez descartar los argumentos que contengan elementos impertinentes que vayan en contra de las disposiciones aplicables, para así, poder establecer el camino correcto para la solución del caso concreto. Diremos entonces, que la razonabilidad, permite analizar las normas que han sido analizadas, como fundamento de la resolución judicial.

Para Pamela Aguirre (2016):

...al analizar ese parámetro, la Corte ha sido insistente en manifestar que las resoluciones judiciales no deben imponer criterios contrarios a la Constitución, sin importar que nazcan de procesos constitucionales o de la justicia ordinaria; la constitucionalización del ordenamiento jurídico comporta la observancia a la Norma Suprema, en el caso de las decisiones judiciales se encuentran sujetas a los principios constitucionales. Otro elemento interesante a resaltar en la aplicación de este parámetro, es el que la Corte refiere dentro de las fuentes de derecho, que debe formar parte de la generación de la premisa normativa del silogismo judicial, que se refiere al derecho generado en sede judicial, puesto que expresamente ha determinado “la razonabilidad implica la fundamentación con base a normas constitucionales (p.258).

Al respecto, será interesante establecer cuál es el argumento constitucional o principio aplicable en las sentencias condenatorias de violencia psicológica, toda vez que como hemos anticipado a lo largo de todo el trabajo, se deben valorar el principio de duda a

favor del reo en todos los procesos a más de que conforme se desarrolló en nuestro trabajo, nuestro sistema procesal exige certeza al momento de sentenciar, por lo que se estima, que este primer requisito, difícilmente será cumplido por parte de las sentencias, que castiguen a una persona, convirtiendo en este momento al sistema penal en persecutor y antigarantista. Nunca será suficiente el desarrollo dogmático de las instituciones, sin que se exija que estos criterios sean aplicados a la praxis, pues este requisito de la sentencia, exige además, que se explique la pertinencia al caso concreto de los principios, jurisprudencia o normas aplicables al caso. Este es un ejercicio riguroso que exige, compromiso de las autoridades judiciales. Una sentencia, que no enuncia, todos los principios, normas, valores y demás elementos constitucionales, aplicables al caso concreto, simplemente será nula.

Lógica: Este punto, como parte del test de motivación, viene a recordar el silogismo jurídico planteado por Toulmin, así Mónica Vera (2016), dice que “el silogismo se define como un razonamiento de estilo deductivo que llega a una conclusión final, a partir de dos afirmaciones denominadas premisas”. Acerca de la lógica, la Corte Constitucional en su sentencia, No. 016-16-SEP-CC], caso No. 2014-12- EP, dice que es:

...el resultado de la coherencia materializada en la interrelación que surge entre las premisas fácticas, las normas legales aplicadas al caso concreto y la posterior decisión; dicho de otro modo, tiene relación directa con la coherencia de los elementos ordenados y concatenados que permiten construir un juicio de valor en el juzgador al momento de emitir una resolución.

Como vemos, el silogismo jurídico, viene a ser la correcta relación de causalidad que tiene la sentencia o en palabras sencillas, la inferencia necesaria entre los hechos, la norma, para arribar a una sentencia, la lógica, implica el camino correcto y adecuado. Para Pamela Aguirre (2016) la lógica es:

...la interrelación se identifica con la línea de causalidad que mantiene una sentencia, la cual se configura con la presencia de una premisa fáctica vinculada a la aplicación de una norma. Este ejercicio finaliza con la decisión, esta última conecta en forma racional las premisas fácticas con la conclusión. La plena correlación entre los argumentos esgrimidos por la autoridad sobre el derecho, los hechos y la resolución adoptada frente a los efectos que el acto va a producir, constituirá la ecuación jurídica completa que permite arribar a una verdadera, necesaria, sustancial, inequívoca y concordante motivación.

Un fallo lógico, otorgará razones suficientes en la motivación de una resolución, cabe entonces preguntarnos si los pocos elementos que se aportan en esta clase de delitos, son suficientes razones para establecer que un fallo es lógico, pues como anticipamos el tipo penal recogido para sancionar este delito es abierto con múltiples verbos rectores y de una construcción legislativa incorrecta. En este sentido vamos improbable que una sentencia sobre este delito, recoja hechos claros y logre inferir esos hechos con la conclusión y esa conclusión pueda respaldar la conducta típica y antijurídica de la norma penal, recordando además que no será suficiente el relato de los hechos por parte de la presunta víctima si no que los hechos recogidos en la sentencia son los hechos verdaderos, aquellos que han sido corroborados durante el proceso judicial con todas las pruebas aportadas, recordando las limitaciones que al respecto de la prueba testimonial recoge nuestro código.

En caso de que no se respeten estos criterios, simplemente será preferible que ante una denuncia de violencia de género, se sancione inmediatamente al presunto culpable y así, se ahorren recursos, tanto humanos, como monetarios.

Comprensibilidad: en palabras de la Corte Constitucional, en su Sentencia No 167-14-SEP-CC. Caso No 1644-11-EP: “La comprensibilidad establece que las decisiones

judiciales tienen que ser elaboradas en un lenguaje claro y legible que pueda ser asimilado efectivamente; no solo por las partes procesales, sino también por toda la sociedad en general”. Ha dicho además que, en caso de que no se cumplan con los dos requisitos anteriores, una sentencia, jamás podrá ser comprensible. Así de esta manera y a pesar de que la comprensibilidad, radica en el presupuesto de más sencillo análisis, es un requisito que genera certeza en el administrado, pues podrá encontrar los elementos en los que se fundó la resolución.

Solo el cumplimiento cabal de las exigencias constitucionales, dará confianza en los ciudadanos respecto de su administración de justicia. No se trata de perseguir personas, sino de sancionar actos. Si no se respeta el debido proceso y sus garantías de nada servirán los avances que se realicen y se estará avalando arbitrariedades judiciales, Estados de seguridad nacional, que lo que buscan es sancionar personas y satisfacer cifras, no se puede por un supuesto eficientísimo irrespetar los derechos de las partes intervinientes en el conflicto pues en ese caso el remedio será peor que la enfermedad y estaremos volviendo a los estados primitivos del derecho penal.

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LAS SENTENCIAS

Este será el capítulo más importante de nuestro trabajo de investigación, pues en el vamos a contrastar toda la información aportada a través de conceptos con la práctica judicial ecuatoriana que nos desenvolvemos, siendo esta parte práctica fundamental para arribar a las conclusiones, toda vez que si bien en muchos juzgados del Ecuador, los jueces desarrollan conceptos y valores probatorios suficientes en otros la situación es opuesta y da luces de un Estado arbitrario y persecutor, donde las sentencias carecen de una adecuada motivación.

Análisis de la sentencia Nro. 111-2013. La señora Abg. Cristina Insuasti, Jueza de la Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Guano, en la audiencia preparatoria de juicio llamó a juicio a GALO RENE ALVARADO VALDIVIESO

I. ANTECEDENTES.-

NOMBRE DEL PROCESADO.- GALO RENE ALVARADO VALDIVIESO

CARGOS QUE SE FORMULAN CONTRA EL PROCESADO.- Se considera que su conducta se adecua a lo establecido en el delito tipificado por el art. 157, numeral 1, del Código Orgánico Integral Penal

RELACION DE LOS HECHOS.

Relato fiscal.- Que el 8 de junio del 2015, aproximadamente a las 07h00, en el hogar que compartía Galo Alvarado con su consorte Gabriela Sanunga, le solicitó a Gabriela Sanunga le entregue un dinero que tenía guardado, sin embargo al no recibir el dinero procedió a proferirle palabras hirientes e insultos a Gabriela Sanunga, en términos tales como: chucha, verga, estoy cansado de ti, tengo otra mujer, además le solicitó que se vaya de la casa, ante estas penosas circunstancias la víctima tomó a su hijo y se retiró del inmueble que compartían, mismo que se encuentra en la parroquia San Andrés, barrio San Miguel, cantón Guano, esta es la punta del iceberg de una vida de violencia psicológica que ha sufrido toda su vida Gabriela Sanunga, con esos alegatos, se establece que se demostrará la responsabilidad del procesado en referida audiencia.

Relato de la defensa.- Por su parte el defensor del procesado manifestó, que el 8 de junio del 2015 a eso de las 07h00, se encontraba el señor René Alvarado con su cónyuge en esta circunstancia se produjo una discusión propia de la convivencia en pareja, derivando en malos entendidos que se produjo en ese momento, se dijo palabras no ofensivas, para que se configure esta violencia tienen que ser actos repetitivos, la señora Gabriela Sanunga voluntariamente salió de la casa, se quiso llegar a un acuerdo pero no se pudo.

Análisis de la prueba

A) Prueba testimonial

1. Reproducción del video en donde consta el testimonio anticipado de GABRIELA MERCEDES SANUNGA YUQUILEMA

En el artículo 502.2 del Código Orgánico Integral Penal, con respecto a las reglas generales establece que:

2. La o el juzgador podrá recibir como prueba anticipada los testimonios de las personas gravemente enfermas, de las físicamente imposibilitadas, de quienes van a salir del país, de las víctimas o testigos protegidos, informantes, agentes encubiertos y de todas aquellas que demuestren que no pueden comparecer a la audiencia de juicio. En el caso de audiencia fallida, y en los que se demuestre la imposibilidad de los testigos de comparecer a un nuevo señalamiento, el tribunal, podrá receptor el testimonio anticipado bajo los principios de inmediación y contradicción.

En el escrito de la sentencia, queda establecido que el testimonio de la supuesta víctima, fue tomado como testimonio anticipado, más no manifiesta que este haya respetado los principios de inmediación y contradicción. Siendo que La Constitución del República del Ecuador expresa:

Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

El no haber honrado estos principios constitucionales, es una evidente violación al debido proceso, siendo que al procesado se le dejaría en la indefensión, no pudiendo controvertir los presupuestos formulados por la parte acusadora.

2. Testimonio pericial de la perito psicóloga:

La psicóloga, perito en este proceso, comienza afirmando que para la realización de la pericia, lo hizo en **una sola cesión**, manifiesta haber aplicado técnicas tan inespecíficas y cargadas de subjetividad como la **observación, la entrevista**, y pruebas psicológicas como: el inventario de ansiedad y depresión de Beck, inventario de síntomas SCL-90, escala SSDS y el test de persona bajo la lluvia, todas estas en busca de problemas de depresión y ansiedad, no con el objeto de encontrar problemas de memoria, sin embargo la

perito, manifiesta que ha encontrado “alteraciones en la memoria”, sin especificar de que tipo son estas alteraciones y en qué tipo de memoria, y de ser el caso que la persona evaluada tiene alteraciones en la memoria, ¿es fiable el relato que hace de los hecho?.

El perito afirma también “Gabriela Sanunga, tenía todas sus habilidades cognitivas normales” lo que obviamente es contradictorio con la afirmación anterior de que la evaluada “presenta alteraciones en la memoria”.

En una sola evaluación la profesional determina que, la señora Sanunga presentaba depresión, ansiedad, debilidad, pesimismo y sentimientos de inadecuación social debido a traumas previos, no especificando que los traumas sean originados por los supuestos malos tratos de parte del acusado. Es conocido en el área de la psicología que determinar en una sola sesión terapéutica o evaluatoria, un diagnóstico preciso, se presta a múltiples alteraciones en los niveles de certidumbre del diagnóstico.

Según la norma penal en el artículo 505, se expresa que:

Artículo 505.- Testimonio de peritos.- Los peritos sustentarán oralmente los resultados de sus peritajes y responderán al interrogatorio y al contrainterrogatorio de los sujetos procesales.

De lo relatado en la sentencia, no queda claro que se haya hecho un verdadero sustento del peritaje realizado en este caso ya que:

- No se explica que los test de evaluación sean los pertinentes en este caso, que se hayan demostrado que evalúan áreas, relacionadas con la salud mental de la evaluada.
- Tampoco se afirma la fiabilidad de cada una de las pruebas aplicadas.

- No se establece cuáles son los resultados en cada uno de los test aplicados, ni lo que se pretende obtener de cada uno de ellos.
- No se establece que del test aplicado se haya determinado de manera inequívoca que el origen de los problemas de memoria, ansiedad, depresión, y más explicados se hayan originado con los malos tratos inferido por el acusado, o puedan estas ser por otras causas.

En suma no se ha hecho un correcto sustento del informe pericial, ya que de lo establecido en el artículo 511.6 del COIP, sobre las reglas generales de la pericia explica:

6. El informe pericial deberá contener como mínimo el lugar y fecha de realización del peritaje, identificación del perito, descripción y estado de la persona u objeto peritado, la técnica utilizada, la fundamentación científica, ilustraciones gráficas cuando corresponda, las conclusiones y la firma.

Situaciones que no se explican, no se habla nada sobre el tiempo en el que se realizó la pericia, en cuanto al estado físico y mental no explica la profesional cuales son los signos y síntomas que le llevaron al diagnóstico, es decir no se habla del estado de la persona. Siendo que la profesional, se le dio el nombramiento de perito, es por su conocimiento científico y técnico, en este caso en el área psicológica y no se expone de los fundamentos científicos, que se toman en cuenta para estos casos.

3. Testimonio de la trabajadora social

Los informes de trabajo social, sirven para dar fe sobre el entorno social de quien es objeto del informe, de esto se entiende que la persona tendrá que ser observada en el lugar donde se desarrolla y se desenvuelve, el contexto social, económico, cultural, ambiental, que puede influenciar para determinados comportamientos, actitudes, incluso manifestaciones

psicológicas, no le corresponde a esta profesional, indicar sobre esta área, sin embargo es imprescindible que en este aspecto (social) se haga un análisis detallado, de tal forma que al juzgador le lleve a la certeza de su decisión.

Del sustento de la pericia realizada en esta área a la parte acusadora, afirma que ha realizado “un estudio de entorno social en la señora Gabriela Sanunga”, que ha empleado técnicas como entrevistas y que “no realizó la visita domiciliaria por falta de colaboración de la señora Gabriela Sanunga”, la pregunta en este caso es ¿cómo es posible que una profesional en trabajo social, pueda determinar con claridad el entorno social de una persona, sin haber constatado sobre este? Lo hace en base a la entrevista realizada, donde hace un relato de lo que la señora evaluada afirma, incluso se llega a la conclusión de que “**se puede presumir** una vulneración a los derechos de la señora Gabriela Sanunga” (la negrita y subrayado me pertenecen) su conclusión esta deslindada del área de la pericia. No se hace una descripción del entorno social y los factores que rodean a la persona evaluada, de manera que se determine que las circunstancias sociales, económicas, culturales, familiares, son las que han inducido o no en la salud mental; aún más la conclusión es una presunción, es decir es una premisa no probada, de la cual no hay constancia.

Del interrogatorio y el contrainterrogatorio, la profesional determina que “la infidelidad es un detonante para la afectación (no explica que afectación)”, según esto cada persona cuya pareja le ha sido infiel, le produce daño psicológico y por tanto se le permite al individuo activar al sistema de justicia para reparar dicho daño, lo que en este sentido se produciría un retroceso en el derecho penal.

Análisis de la motivación

La Constitución de la Republica, en el artículo 76.7 referente a las garantías que deben tener las personas en la defensa, en el literal “L”:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

En el desarrollo teórico, también mencioné los presupuestos indispensables, expresados por la Corte Constitucional, para considerar que la sentencia está motivada, siendo estos: razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad, es en la observancia de estos parámetros que fundamentaré mi análisis.

Razonabilidad.- En esta sentencia, se hace mención a varios presupuestos constitucionales legales, jurisprudenciales en los que se pretende sustentar lo resolución. Se hace un mero relato de artículos, enunciándolos con la finalidad de establecer el marco legal en los que se pretende sustentar la decisión judicial. Como he explicado en el desarrollo teórico, en este ámbito no es posible expresar una descripción de los presupuestos Constitucionales, si lo que se ha hecho también es violar principios y normas de este orden jerárquico superior, incluso garantías de la legitima defensa e incluso el debido proceso en si mismo, por lo que no es suficiente que se expresen principios constitucionales, sino que deben además estos estar relacionados con el caso concreto, situación que no acontece en la presente resolución.

Lógica.- Es en este punto donde existe un eminente déficit en esta sentencia, se pretende encuadrar los fundamentos facticos, obviamente insuficientes para destruir el eje principal del Garantismo penal, es decir el estado de inocencia del procesado, a unos fundamentos

jurídicos, tomados de manera antojadiza, entre las múltiples fallas en este presupuesto consideraremos:

- a) **Estado de inocencia.-** Este tipo penal, se ha convertido en una “especie” de excepción al cumplimiento de las garantías, principios, normas, y más presupuestos legales y constitucionales, es el caso del estado de inocencia, establecido en los principios procesales del Código Orgánico Integral Penal, en el artículo **5.4.**

Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.

Al parecer en este caso lo que se debe es romper el estado de culpabilidad, ya que el procesado ha sido tratado como tal, dejándole sin la posibilidad de controvertir los presupuestos facticos propuesto por la parte acusadora.

- b) **Incongruencias periciales.-** Cuando se trata de violencia psicológica, al parecer el eje central de la decisión judicial son los informes periciales, presentados por los profesionales de psicología y de trabajo social, sin embargo si el sustento de dicha labor no es de la manera correcta, no puede ser el sustento de una decisión judicial. En este caso por ejemplo, con la pericia psicológica, se dice que no hay afectación en las habilidades cognoscitivas, sin embargo se dice que la paciente presenta problemas con la memoria, sin especificar el origen de dicha afectación, la gravedad del mismo, en qué tipo de memoria; de igual forma se afirma que la persona evaluada tiene o presentaba depresión, ansiedad, debilidad, pesimismo y sentimientos de inadecuación social debido a traumas previos, no se especifica que estos traumas sean los supuestos malos tratos proferidos por el acusado.

En cuanto a la gradación del tipo penal de violencia psicológica, que en este caso se procesa a la persona por el numeral 1 del artículo 157 que afirma:

1. Si se provoca daño leve que afecte cualquiera de las dimensiones del funcionamiento integral de la persona, en los ámbitos cognoscitivos, afectivos, somáticos, de comportamiento y de relaciones....

Suponiendo que se haya provocado el daño en el funcionamiento de los ámbitos cognoscitivo, afectivo, somático, de comportamiento o de las relaciones como específica el tipo penal, sin embargo queda la duda de ¿a quién corresponde determinar si este daño es leve, moderado o grave, es el perito psicólogo quien debe demostrar cual es la gravedad del daño causado, de la lectura de la sentencia, no se especifica esta gradación, ni los parámetros tomados en cuenta para considerarlo así. La subjetividad de este tipo penal, debe ser motivo para que la pericia al menos en este campo sea mucho más minuciosa, detallada, cuidadosa.

En cuanto al informe de trabajo social, en la evaluación de la prueba he mencionado las dificultades que presenta el testimonio de dicho profesional, con inconveniencias en las conclusiones y al área referida.

c) **La finalidad de la prueba.-** Queda expresamente establecido:

Artículo 453.- Finalidad.- La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.

Tanto de los testimonios de terceros, como de las pericias, para un administrador de justicia, que se encarga de garantizar las garantías de los procesados, no serían suficientes para que se llegue a un convencimiento de los hechos y circunstancias de la infracción penal. Especialmente en este tipo penal, la manera en la que se debe actuar por parte de

todas los operadores de justicia, debe estandarizarse y regularse, de modo que no se violen derechos ni de las supuestas víctimas, ni de los procesados y de modo que se cumpla de manera inequívoca con la finalidad de la prueba.

d) Nexo causal.- De acuerdo a esto tanto la prueba, como todos aquellos elementos de prueba tienen que basarse en hechos reales, de modo que se relacione a la persona procesada con los presupuestos facticos que constituyen el tipo penal, de modo que según el artículo 455 de la norma penal no se puede basar en presunciones. Por todo lo planteado, en este caso es evidente que más que de la demostración irrefutable de los hechos, la decisión está fundamentada en presunciones, por tanto no se cumple con la demostración del nexo causal, ya que ninguno de los profesionales ha dicho de manera enfática que los malos tratos sean los causantes del daño en la salud mental, es más ni siquiera se ha demostrado que haya existido malos tratos.

e) Duda a favor del reo.- El convencimiento absoluto de la culpabilidad de la persona procesada, es un presupuesto sine qua non de la resolución que se pretende tomar en este caso: “declarar la culpabilidad de GALO RENE ALVARADO VALDIVIESO, como AUTOR del delito de VIOLENCIA PSICOLÓGICA, por lo que se le impone TREINTA DÍAS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD”

Siendo, además que no existe una correcta apreciación de la prueba, bajo los criterios: de la decisión final de los hechos probados que es la culminación del proceso de acopio de pruebas y de ponderación racional de cada una de estas, pues no se puede hablar de racionalidad en la valoración probatoria, cuando la misma no cumple con los presupuestos necesarios para ser relacionada con cada uno de los hechos propuestos. La inconsistencia de estos elementos probatorios debería haber sido observada por el juzgador, por lo que no

existe evidencia procesal de una responsabilidad penal de una persona. En este caso el otorgamiento de medidas cautelares de protección hubiera sido suficiente para salvaguardar los derechos de la presunta víctima.

Existen varios vicios además que atacan la motivación en torno a la prueba, pues la juzgadora da por ciertos hechos de forma implícita, sin demostrar la relación que las pruebas de cargo tienen para con los hechos propuestos, situación que degenera en una sentencia con vicios de incongruencia y de motivación implícita de la prueba.

Comprensibilidad.- Si no se cumplen con los presupuestos anteriores no se puede afirmar que se cumpla con este postulado, de modo que al faltar Razonabilidad y lógica es muy difícil decir que esta sentencia sea comprensible a pesar de estar redactada en un lenguaje sencillo.

II. ANTECEDENTES.-

NOMBRE DEL PROCESADO.- MACHADO GORDILLO MARIO VICENTE

CARGOS QUE SE FORMULAN CONTRA EL PROCESADO.- Se considera que su conducta se adecua a lo establecido en el delito tipificado por el art. 157 numeral 2, del Código Orgánico Integral Penal.

RELACION DE LOS HECHOS,

Relato fiscal.- La fiscal como teoría del caso, manifestó: Que mediante denuncia presentada por la señora Ligia Montufar Logroño, hizo saber que tenía una relación sentimental con el procesado Mario Vicente Machado Murillo, indicó que en un principio tenían una relación sentimental buena, que fue como una luna de miel, que el 28 de noviembre del 2014, a eso de las 21h00 aproximadamente en el domicilio del procesado que está ubicado en la avenida Unidad Nacional y Brasil de la ciudad de Guano, en instantes en que llegaba de una reunión la señora Ligia Montufar con unos amigos, el señor ha procedido en el interior del domicilio a agredirle psicológicamente, manifestándole que “Es una divorciada, que con cuántos hombres se habrá revolcado, que es una puta, una infeliz, una desgraciada y que si no le respondía sus preguntas le iba a botar del segundo piso de la casa”, para hacer parecer de que se tratara de un suicidio, el día de los hechos ha procedido a agredirle físicamente, la ha mantenido encerrada hasta el 6 de diciembre del 2014, quitándole todo tipo de comunicación, le ha quitado su celular, que la ofendida tiene una afectación psicológica de grado moderado

Relato de la defensa.- El abogado defensor del procesado, como teoría del caso, manifestó: Que su defendido no ha cometido delito alguno, ni tampoco de lesiones, pues en el informe no indica que haya tenido lesiones, además es solo un caso psicológico, se debe justificar el daño psicológico que ha causado su defendido a su pareja sentimental.

Análisis de la prueba

A) Prueba Documental

La prueba documental producida en la audiencia de juicio está relacionada con la infracción imputada, incluso se llega a un acuerdo probatorio sobre el informe pericial del reconocimiento del lugar de los hechos.

B) Prueba Testimonial

La prueba testimonial practicada en este proceso cumple con lo precisado por la norma penal, puesto que los testimonios fueron producidos de acuerdo a las reglas establecidas. A pesar de que se hace alusión a hechos motivos de la infracción también se refiere que la supuesta víctima habría sufrido lesiones, e incluso habría sido violada, lo que no es motivo de la causa penal que se ventilaba.

Los testimonios periciales, sustentan los informes realizados, precisando las técnicas utilizadas, se hace hincapié a las conclusiones, aun a pesar de esto es importante recalcar que el daño psicológico según el reconocido forense psicólogo, Ronald Lin Ching C. “El daño Psicológico, es una perturbación patológica, transitoria o permanente, de equilibrio psíquico pre-existente. Producida por uno o varios eventos, que modifican la personalidad de la víctima y que desencadenan alteraciones de mayor o menor grado, en detrimento al

área afectiva, volitiva e ideativa o en todas ellas, las cuales determinan su ajuste o interacción con el medio” (Lin Ching, 2010). Por tanto, es preciso que las pericias establezcan un estado psíquico y social preexisten, de modo que sean los supuestos actos de perturbación, amenaza, manipulación, chantaje, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento o control de las creencias en general los que hayan causado el daño psicológico y por tanto hayan deteriorado la salud mental de la víctima, de modo tal que se establezca de forma clara el “**nexo causal**”.

Así mismo, es preciso que se establezcan normas, métodos, parámetros, dentro de un protocolo para la atención de las supuestas víctimas de daño psicológico, de tal modo, que no se vulneren derechos ni de las supuestas víctimas ni de los procesados.

En cuanto al perito médico, es una pericia que no cumple con el principio de pertinencia, ya que no se pretende determinar si hay daño en la salud mental y no daño físico, por tanto las lesiones presentes o más heridas, contusiones, golpes no están relacionados con el tipo penal analizado.

Análisis de la motivación

En el desarrollo teórico, mencioné los presupuestos indispensables, expresados por la Corte Constitucional, para considerar que la sentencia está motivada, siendo estos: razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad, es en la observancia de estos parámetros que fundamentaré mi análisis:

Razonabilidad.- Considero que en este presupuesto, se cumplió ya que se hace la enunciación de los presupuestos de derechos constitucionales, legales, doctrinales, e

incluso jurisprudenciales para motivar la sentencia, siendo que estos si guardan coherencia con los presupuestos fácticos, por lo que no se podrá alegar que existe una irracionalidad, pues la sentencia anterior, no contenía la enunciación de presupuestos jurisprudenciales vinculantes, uno de los requisitos doctrinales de la razonabilidad, siendo que esta sentencia si recoge este presupuesto de la razonabilidad, no existiendo tampoco omisión de las reglas de la racionalidad práctica y tampoco utiliza criterios sociales, políticos o morales dentro de su motivación.

Lógica.- En este ámbito el análisis realizado, se hace en base a las consideraciones por la Corte Constitucional, a pesar de ello hay que hacer especial alusión al primer punto del análisis de los hechos, el juez afirma que la pericia fue realizada varios días después de producidas las lesiones, considero que el tiempo después de que se realiza la infracción no es importante, puesto que mientras se determine que el daño producido se debió a los malos tratos del imputado; sin embargo al haberse la perito referido a lesiones y no al daño psicológico producido, no es pertinente la pericia, presupuesto analizado de manera lógica por el juzgador, siendo que en este punto no es lógica, puesto que la valoración de la prueba no cae en el vicio de la motivación implícita y es totalmente congruente, pues jamás se estableció de forma clara que la afectación psicológica necesariamente haya sido producida por los hechos presentados en la denuncia, existiendo por parte del juzgador una motivación adecuada, sin caer en el vicio de la motivación implícita y aplicando de forma adecuada las reglas del tercero excluido, aplicando además la justicia bajo el principio de favorabilidad y respetando los criterios de prueba suficiente.

Comprensibilidad.- La sentencia es bastante comprensible de modo tal que en congruencia a todo lo expuesto se determina: “ratifica el estado de inocencia del ciudadano MARIO VICENTE MACHADO MURILLO”

III. ANTECEDENTES.-

NOMBRE DEL PROCESADO.- GUALOTO HEREDIA LUIS EDUARDO

CARGOS QUE SE FORMULAN CONTRA EL PROCESADO.- Procesado por el presunto cometimiento del delito de violencia psicológica contra la mujer, inculcado por el art. 157, numeral 2, del Código Orgánico Integral Penal.

RELACION DE LOS HECHOS

Relato fiscal y solicitud de procedimiento abreviado.- El señor doctor Patricio Parco Yuquilema, indicó que no tiene inconveniente alguno en que se instale la audiencia oral de prueba y juzgamiento de la conducta del encartado; sin embargo deja constancia que momentos previos al ingreso a la Sala de Audiencia, propuso el sometimiento al procedimiento abreviado, luego de lo cual, entre el procesado, su abogado defensor y él, tuvieron un acercamiento, donde el señor Luis Gualoto, manifestó su decisión libre y voluntaria de someterse al procedimiento abreviado, el mismo que se encuentra contemplado en los Art. 635 al 637 del Código Orgánico Integral Penal; por lo que, al haber el procesado aceptado el cometimiento de la infracción y haberse negociado la pena con éste y su defensor, solicitó se instale la audiencia para resolver el procedimiento abreviado.

Análisis de la prueba.- Al haberse solicitado un procedimiento abreviado y cumplirse con las reglas previstas en el artículo 635, para la aplicación de este, la redacción que hace el juez es sobre los elementos de convicción aportados por el agente fiscal, en la etapa de

Instrucción Fiscal, por tanto no existe una producción de la prueba pues, no se encuentra en audiencia de juicio.

Se dice que a la supuesta víctima, se le ha sometido a exámenes de exploración en la cual se pretendió realizar un diagnóstico de su situación psicológica y de su entorno social. En el examen psicológico sin mencionarse los detalles, como métodos o técnicas aplicadas, se dice que a la persona evaluada fue agredida física y psicológicamente, afectando su salud mental, por lo que presenta dificultades psicológicas, no se menciona de que tipo ni como se llegó a esa conclusión además afirma que la señora presenta un trastorno transitorio de gravedad importante, sin ahondar en detalles sobre este diagnóstico realizado.

En el informe de trabajo social se hace alusión a lo referido por uno de los hijos de la supuesta víctima, quien afirma que “su papa” le dio un puñete en el brazo a su madre, no mencionando cuales son las características del medio en el que se desarrolla la víctima.

En los casos de violencia psicológica, los informes periciales tanto en el área psicológica como de trabajo social, constituyen el eje principal en la destrucción del estado de inocencia del acusado, no obstante si el acusado afirma que él fue quien cometió el ilícito, la norma penal prevé que se pueda someter a uno de los procedimientos especiales contemplados en el COIP, con el fin de aplicar el principio de economía procesal.

Con respecto a la aplicación de este tipo de procedimientos en un Estado que pretende denominarse garantista, es un tema ampliamente analizado, ya que constituye una franca violación a derechos constitucionales y fundamentales de una persona procesa, incluso dejándole sin la posibilidad de resguardar las garantías mínimas de una persona que está siendo coaccionada por el poder punitivo del Estado, más aun cuando se supone que el

derecho penal es la barrera de protección entre el procesado y este poder que es de tal magnitud, que pudiera lesionar de manera irreparable derechos propios de su dignidad humana.

Con la consideración anterior, nos cuestionamos, si en un tipo penal, como el de violencia psicológica, que a lo largo de este trabajo he analizado las dificultades probatorias que puede presentar, ¿es posible que por el hecho de que una persona afirme haber cometido el injusto penal? Se admita un procedimiento especial violándose principios y garantías jurisdiccionales, de modo tal que una persona puede afirmar el cometimiento de un delito y corresponde a la fiscalía demostrar que dicha afirmación es cierta.

Siendo además importante que nos cuestionemos que ante una afirmación de participación en el ilícito se deslinda al juzgador de la obligación que tiene de motivar sus relaciones, si la motivación parte de evidentes premisas falsas, es posible que se considere motivada, siendo que carecería de una justificación interna, generando con esta clase de acontecimientos resoluciones a conveniencia, donde quedan los derechos de las partes intervinientes, será que abrimos la puerta para que se otorguen sentencias carentes de motivación y donde se permita que los juzgadores eludan su obligación de motivar sus sentencias.

Análisis de la motivación

Razonabilidad.- En esta sentencia, se hace mención a varios presupuestos constitucionales, legales, jurisprudenciales, convenios y tratados jurisprudenciales. Se hace consideraciones con el fin de establecer el marco legal en los que se pretende sustentar la decisión judicial. Como he explicado en el desarrollo teórico, en este ámbito, no es posible

expresar una descripción de los presupuestos Constitucionales, si lo que se ha hecho también es violar principios y normas de este orden jerárquico superior, incluso garantías de la legítima defensa y más cuando se aplica un procedimiento cuestionado por vulnerar derechos del procesado. No existe razonabilidad en el anunciamiento de principios dispersos y nada relacionados con el caso, donde se obvia y por mucho el principio de presunción de inocencia, generando una sentencia irracional.

Lógica.- El juzgador simplemente está haciendo una mera aplicación de la norma, con respecto al cumplimiento de las reglas para la aplicación al debido proceso ya que los hechos y los indicios aportados no tienen la suficiente contundencia para afirmar sin lugar a dudas el cometimiento del delito.

Incluso en fiscalía con el fin de sustentar la solicitud del procedimiento, afirma que el delito es flagrante, lo que nos hace cuestionar como una persona puede determinar el deterioro en la salud mental de otra solamente con la simple observación y más aún si quien pretende hacerlo no es un profesional en área de la psicología. Son todas estas afirmaciones las que el juzgador utiliza para el sustento de su decisión, por tanto es carente de lógica, de acuerdo a las consideraciones de la Corte Constitucional.

En este punto la sentencia no es lógica, realiza una motivación implícita, no existe evidencia de que los elementos de cargo aportados hayan servido para sustentar la responsabilidad de la persona procesada, quien sufre las consecuencias de una mala defensa y de un sistema judicial que falla; acaso es solo un membrete lo de “juzgadores de garantías penales”; peor aún no existe posibilidad de contradicción, las razones para establecer la responsabilidad son de naturaleza de presunciones, existiendo un mero alistamiento de los elementos de cargo que sirvieron para sustentar la sanción atenuada,

cayendo en la falacia descriptiva de la prueba como una verdadera patología de la motivación.

Comprensibilidad.- Si no se cumplen con los presupuestos anteriores no se puede afirmar que se cumpla con este postulado, de modo que al faltar Razonabilidad y lógica es muy difícil decir que esta sentencia sea comprensible.

Por no haberse cumplido con los presupuestos para la motivación considero en concordancia con la Corte Constitucional esta sentencia carece de motivación adecuada.

CONCLUSIONES

Se puede evidenciar que existe una corriente feminista ampliamente difundida y arraigada dentro de América Latina y el mundo, que busca a toda costa igualar las oportunidades entre hombres y mujeres reconociendo que son seres diferentes, sin embargo las ideas recogidas dentro de nuestro Código Penal y la Jurisprudencia desarrollada por la CORTE IDH, respecto de esta problemática, roza peligrosamente hacia un Derecho Penal arbitrario y persecutor. La norma COIP establece presupuestos que deben cumplir las pruebas para ser tomadas en cuenta en un proceso penal, estos son estándares altos de valor probatorio, siendo además importante destacar que no existe dentro de nuestra legislación estándares probatorios diferentes para los delitos, siendo el convencimiento más allá de toda duda una verdadera ancla a la que se deben ver abocados los juzgadores al momento de emitir una sentencia condenatoria.

El estado de inocencia o principio procesal de inocencia en la actualidad, protege al procesado y lo enviste de un verdadero escudo protector, que solo podrá ser roto con elementos objetivos y materiales que otorguen un convencimiento absoluto al juzgador de que el inculpado es culpable, es decir que nos desarrollamos dentro de un estado penal con un estándar alto de valor probatorio del que acusa siempre, pues la persona que se defiende no está obligada a probar absolutamente nada. Estos conceptos están recogidos de forma íntegra dentro del COIP, donde además existe una prohibición de que se condene a una persona únicamente con prueba testimonial, pues se refiere la obligación que se tiene de contrastar a este tipo probatorio con los demás elementos objetivos aportados.

Así pues el primer problema al que se enfrentan este tipo de infracciones es lo dificultoso de la prueba, pues se considera por parte de la doctrina y la jurisprudencia que el testimonio de la víctima será suficiente para probar el nexo de causalidad de la infracción y un informe pericial de un psicólogo en cambio suficiente para probar la materialidad de la infracción, siendo que en la mayoría de casos, ni siquiera se puede arribar a la certeza de la materialidad de la infracción, pues los peritajes se realizan con métodos no científicos, que arriban a conclusiones generales y a través de una sola entrevista, por lo que ni siquiera la materialidad de la infracción queda demostrada.

Así pues ante este primer yerro se entendería que los juzgadores dentro de su sentencia ratificarán la inocencia de la persona que ha sido puesta en el suplicio del juicio, pero de forma inentendible sin que la prueba cumpla los requisitos de la norma adjetiva y sin que sea posible que los mismos lleguen a un convencimiento más allá de toda duda, sentencian deslegitimando al sistema judicial y convirtiéndolo en un sistema arbitrario que se deja influenciar por la política, pues supuestamente de esta forma evitan un daño mayor en las mujeres, sin tomar en cuenta que los presuntos agresores gozan de todas las garantías que un juicio justo les otorga.

Las sentencias analizadas carecen de una adecuada motivación con los requisitos que la Corte Constitucional estableció, no siendo razonables, lógicas ni comprensibles y violentando de esta forma el derecho humano y constitucional a que una decisión sancionatoria esté debidamente motivada, labor noble y necesaria de un juzgador, siendo estos jueces decisionistas, jueces que deslegitiman al sistema judicial y que nos recuerdan a los juicios de la antigüedad donde lo único que importaba era sancionar.

Así pues, creemos fielmente que los requisitos que se establecen para sancionar a una persona por el delito de violencia psicológica, son los mismos que se establecen para conceder una medida cautelar, con la diferencia que las medidas cautelares gozan con requisitos particulares para su otorgamiento como son el *periculum in mora* y el *fomus boni iuris*, sin que esto implique un prejuzamiento en la decisión de fondo, esta confusión desencadena en la falta de motivación que tienen las sentencias analizadas, recordando además la instrumentalidad y la temporalidad que envuelve a las medidas cautelares, no así los procesos judiciales, que ponen fin a un conflicto y que en su decisión causan un grave perjuicio a los derechos de terceras personas.

Es indispensable que el sistema judicial afronte cambios respecto de estos tipos penales, caso contrario se está creando la perfecta apología de los juicios donde se condenaron a las brujas de Salem, se está afectando el debido proceso, se limita en la defensa al procesado y se establecen mínimos probatorios que no han sido recogidos por la norma penal ecuatoriana, olvidando los postulados garantistas y de defensa de derechos del procesado.

El otorgamiento de medidas cautelares es el adecuado para prevenir un posible daño mayor, pero este debe ir acompañado de un juicio justo que respete los derechos de las partes intervinientes y que no trasgreda los postulados del Derecho Penal moderno, caso contrario será preferible que regresen las comisarías de la mujer y que sea este organismo el encargado de sancionar a la persona ante una simple denuncia, esto ayudará a descongestionar al sistema judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Bustos Ramírez Juan, (2008) *Derecho Penal Parte General, Obras Completas*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador.
- Couture, Eduardo. (1978) *Vocabulario Jurídico*.- Editorial Depalma, Buenos Aires,
- Caro Coria, Dino Carlos. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL PROCESO PENAL. Recuperado de www.jurídicas.unam.mx.
- Ferrajoli, Luiji, (2004) “*Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*”, Madrid España, Editorial Trotta, Sexta Edición.
- Veinte Años de Jurisdicción Constitucional en España,
- Edleson, J. L., & Eisikovits, Z. C. (2008) *Violencia doméstica: la mujer golpeada y la familia*. Ediciones Granica S.A. España.
- García José, (2009) recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/688/1/T773-MDE-Garc%C3%ADa-El%20derecho%20constitucional%20a%20la%20presunci%C3%B3n%20de%20inocencia.pdf>
- Jiménez Allendes, M.A., Medina González, P., *Violencia contra la pareja en la justicia penal, Mayores penas mayor violencia*, op. cit., pp.669-670
- Muñoz Conde, Francisco, (2008) *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis.
- Robert Alexy, (2010) *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid: Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rodrigo Rivera Morales, (2008) *Constitucionalismo y Proceso Hoy*, Barquisimeto: Editorial Horizonte.
- Rojas Ivonne, (2008) *La proporcionalidad de las penas*. México, Revista de Ciencias Penales, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- Roxin, Claus (1997) *Derecho Penal Parte General*, Tomo I, Fundamentos, La Estructura de la Teoría del Delito, Madrid, Editorial Civitas.
- Trujillo Wilson. (2015) *La presunción de inocencia y su incidencia en los delitos flagrantes de tránsito*. Recuperado de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/5161/1/T-UCE-0013-Ab-332.pdf>

- Vallejo Jaen, Manuel. (2006) *Derechos fundamentales del proceso penal*. Editorial Jurídica Gustavo Ibañez, Bogotá – Colombia,
- Vera, Riske, (2015) recuperado de:
<http://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/900/1/TUAYGMDPCIV0024-2015.pdf>
- Kilpatrick, D. S.-M. (1989). *Victim and Crime Factors Asociated*.
- Villanueva, Raúl Plascencia, (2004) *Teoría del Delito*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- Zambrano Pasquel, (2015) *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, Tomo I
- Zaffaroni, E. R. (2009). *Estructura básica del Derecho Penal* .Buenos Aires: Ediar