

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**  
Colegio de Jurisprudencia

**Estándar de prueba en el delito de violación  
sexual: la declaración del único testigo víctima**

**Juan Antonio Campaña Gallardo**

Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de abogado

Director:

**Xavier Andrade Castillo**

Quito, 2 de diciembre de 2018

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

“Estándar de prueba en el delito de violación sexual: la declaración del único testigo  
víctima.”

**Juan Antonio Campaña Gallardo**

Dr. Xavier Andrade

Director del Trabajo de Titulación

Dr. Santiago Escobar

Lector del Trabajo de Titulación

Dra. Daniela Salazar

Lectora del Trabajo de Titulación

Dr. Farith Simon

Decano del Colegio de Jurisprudencia

Quito, diciembre de 2018

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO****EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA**

**TESINA/TITULO:** Estándar de prueba en el delito de violación sexual: la declaración del único testigo víctima.

**ALUMNO:** Juan Campaña

**EVALUACIÓN:****a) Importancia del problema presentado.**

El trabajo de investigación gira en torno a la problemática propia de los delitos contra la integridad sexual, y específicamente en los conflictos que presenta la prueba al tratarse de un delito de intimidad en la mayor parte de los casos y claro, los cuales también se caracterizan por ser llevados a cabo en la clandestinidad. Debido a este factor, la obtención de prueba directa se convierte en un obstáculo para corroborar la veracidad de los hechos e incluso la prueba indiciaria tiene sus bemoles. Por ello, es menester recalcar que uno de los elementos probatorios de mayor importancia dentro de estos casos es el testimonio de la víctima, por lo cual, la debida valoración del mismo será determinante para establecer si existió o no un delito, y la responsabilidad del acusado. La temática planteada aquí, abordada por el autor del presente trabajo, denota la necesidad de plantear un estándar mínimo de prueba que pueda ser utilizado por los operadores de justicia ante delitos contra la integridad sexual. Por lo expuesto, se ve justificada la importancia de la temática de este trabajo, más aún cuando se trata de un delito de alta conmoción social y de general incidencia en los espacios judiciales.

**b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.**

Dentro de los tres capítulos desarrollados este trabajo de investigación, y sus debidas conclusiones; el autor plantea una hipótesis crítica como respuesta al problema de la dificultad probatoria cuando en el hecho solo se encuentran dos actores, la cual parte desde el análisis de los elementos generales del tipo penal del delito de violación sexual a partir del Código Orgánico Integral Penal, así como los elementos específicos como son los objetivos y subjetivos de la tipicidad del mismo (pp. 6-16). Luego realiza un contraste en cuanto a otros delitos sexuales en materia probatoria y las circunstancias que califican a la violación sexual (18-20) según la norma penal. En relación a los elementos probatorios propios de este delito, se abordan los principios generales de la prueba en materia penal (pp.22-30) y se desarrolla una opinión sobre los diferentes tipos de prueba utilizados en estos casos (pp. 38-48). Finalmente, en el tercer capítulo, el autor expone los diversos tipos de valoración de la prueba, así como los criterios de valoración para la prueba testimonial. (pp. 48-57). Así durante el desarrollo, el autor propone como solución a la problemática de su investigación, el pronunciamiento del máximo órgano jurisdiccional respecto a la valoración del testimonio único de la víctima –confrontado con varios principios-, como una solución práctica para resolver los casos de violación sexual en nuestro país, de manera que los

operadores de justicia, cuenten con un estándar mínimo preestablecido respecto a la valoración de este elemento probatorio, al cual critica.

**c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.**

Las fuentes bibliográficas utilizadas en el trabajo de investigación varían sustancialmente, ya que recoge información de varios trabajos de investigación de alrededor de 45 autores aproximadamente, de los cuales 7 son autores ecuatorianos (R. Oyarte, J. Betham, J. Zabala) y 38 son extranjeros (C. Beccaria, D. Barrera, F. Carrara). Algunas de las obras citadas, son tratados de Derecho Penal en parte general, evidenciando también Tratados de Teoría de la prueba y valoración de la misma tanto en materia penal como en civil. La investigación recoge textos de técnicas de criminalística como por ejemplo manuales en materia forense probatoria. De todo el levantamiento bibliográfico revisado – ochenta años- aproximadamente se puede señalar, como ejemplo, como parte de la historia publicaciones que van desde los años 1931 de Adolfo Ciampolini sobre Sexualidad y medicina forense; 1958 de Eduardo Couture, sobre Fundamentos del Derecho Procesal Civil; Hernando Devis Echandia, sobre Compendio de la prueba Judicial de 1972 y 1981; 1997 de Miranda Estrampes sobre La mínima actividad probatoria en el proceso penal; hasta textos más actuales y contemporáneas como son las obras de Adolf Merkel respecto al Derecho Penal parte General en el 2004; Carlos Lessona con Teoría General de la Prueba en materia civil en el 2016, y Michele Taruffo respecto a la Teoría de la prueba en el año 2012. Además el autor utilizó como fuente cerca de 12 fallos del Ecuador de diferentes instancias como complemento de su material bibliográfico. De lo dicho, el autor ha revisado la normativa actual tanto nacional como internacional pertinente e idónea para el tema de su investigación. Finalmente, todos los materiales bibliográficos y documentos señalados, son complementados con net grafías, por lo que, considero que el material señalado, es abundante y adecuado para las profundizar en las variables de estudio y un correcto desarrollo estructural de contenidos.

**d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).**

El desarrollo argumental del trabajo de investigación se verifica de la siguiente manera: el primer capítulo contempla, en principio, los antecedentes históricos del delito de violación sexual desde el Derecho Romano y Canónico hasta la actualidad, destacando como se lo ha considerado desde aquellas épocas como una conducta socialmente reprochable y meritoria de una pena (p.4). Posteriormente, se realiza un análisis del alcance del delito tanto en sentido restringido como en sentido extenso para luego comprender el concepto del mismo frente a nuestro Código Orgánico Integral Penal. Dentro de esta sección se señala que el núcleo de la acción del delito de violación se configura con el acceso carnal, por lo que necesariamente el sujeto activo, según el autor, éste debe ser un hombre (p.6), lo que según mi opinión es ciertamente discutible. Dentro del primer capítulo se hace también, un análisis y estudio descriptivo

extensivo de los elementos de tipicidad tanto objetivos como subjetivos del tipo penal, así como la afectación al bien jurídico protegido, que el autor ha definido como la libertad sexual (p.12), algo que en general es correcto, pero en especial es impreciso, que depende del tipo penal y de las características del sujeto pasivo. Finalmente, dentro de esta primera sección, se identifican las circunstancias que califican el delito, en donde el autor señala la imposibilidad de reparar totalmente la lesión al bien jurídico protegido debido a la naturaleza del delito (p. 24), argumento que es correcto; así como la comparación de la prueba utilizada en otros delitos contra la integridad sexual como el abuso o el acoso, en tanto en estos delitos no existe prueba material (p.26).

En la segunda sección del trabajo de investigación, el autor se refiere a la Teoría General de la prueba y a los principios generales que giran en torno a esta, en materia penal específicamente. Se aborda el tema de la necesidad de certeza sobre la participación del acusado, y se explica que para que dicha certeza exista es necesario que se compruebe dos cuestiones principales: la existencia del delito y la participación del procesado dentro del mismo (p. 34). Finalmente se realiza un análisis de las diversas pruebas utilizables para probar la existencia de un delito de violación sexual y se hace utiliza un ejemplo de alta relevancia social como el caso Karina del Pozo, para explicar la importancia de un estándar para valorar la prueba en esta clase de delitos (p. 35).

Por último, en el capítulo tres, el autor de este trabajo expone sobre los principales sistemas de valoración de la prueba, y señala el criterio emitido por la Corte Nacional de Justicia en el año 2013, -citando un fallo- en el cual se recalca la importancia de la unidad de la prueba al momento de su valoración específicamente en los delitos sexuales (p. 53) lo que es relevante. En cuanto al testimonio único testigo víctima, una vez más se recalca la importancia de la unidad de la prueba al momento de valorarla bajo las reglas de la sana crítica, estos elementos deben probar de manera inequívoca y directa que efectivamente se cometió el delito de violación sexual. En este contexto, el autor se refiere a Jeremías Bentham para explicar que la veracidad de la prueba testimonial depende de dos factores primordiales: la disposición moral del testigo y su facultad intelectual (p.60) para cuestionar tanto como se practica como debe valorarse. Por otro lado, el autor señala que el testimonio como prueba debe ser valorado a través de dos juicios: sobre “lo hablado” y “el hablante”, todo esto haciendo referencia a Perfecto Ibáñez (p.61). Finalmente y para terminar este trabajo de investigación, se mencionan 3 estándares de valoración de la prueba testimonial en delitos sexuales, propuestos por el Tribunal Supremo Español en el año 1988, en el cual se mencionan particularmente: la ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud de la declaración, y persistencia de la declaración (p.63), con lo cual el autor concluye realizando una crítica a nuestro sistema en cuanto a la necesidad de estándares similares a los antes mencionados dentro de nuestra legislación, los cuales deben ser recomendados ser emitidos por el órgano supremo de justicia.

**e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.**

El presente trabajo de investigación fue presentado en su totalidad el 3 de octubre del 2018, y revisado el 20 de octubre del mismo año. Los diversos borradores se han presentado desde el mes de septiembre del 2018 y se han realizado las debidas correcciones conforme se detalla a continuación. Dentro del primer capítulo se realizaron observaciones en torno a cambios de temáticas, ampliación de las áreas de estudio, eliminación de temas propuestos y corrección de faltas ortográficas, etc. En cuanto al segundo capítulo, se realizaron observaciones sobre el orden y ubicación de los temas planteados, la bibliografía utilizada en torno a la Teoría de la prueba, y el aumento de la utilización de los distintos tipos de pruebas en el proceso como un subtema a tratar. Así mismo, se realizaron recomendaciones respecto a la profundización del estudio de la prueba y sus requisitos, la contradicción en el testimonio de la víctima y su relación con el principio de no revictimización; la aplicación y referencia a casos concretos; añadir el estudio de otros medios de prueba como la prueba de ADN, estudio del entorno social, entre otros. Por último, en relación al capítulo 3, se realizaron correcciones en torno a bibliografía y exposición de tesis contraria en cuanto a la valoración de la prueba indiciaria. De esta forma, tras la revisión final y las correcciones a las observaciones realizadas se concluyó con el trabajo de investigación tras un proceso de aproximadamente 4 meses.

Por último, se cumplieron todos los requerimientos de investigación de campo, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de trabajos de titulación según las exigencias y reglamento de la USFQ, por lo que, lo apruebo.

**FIRMA DIRECTOR**

**DR. XAVIER F. ANDRADE CASTILLO**

## © DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma:

-----

Nombre: Juan Antonio Campaña Gallardo

Código de estudiante: 00118426

C. C. 1722258868

Lugar y fecha: Quito, 2 de diciembre de 2018

## Resumen

Doctrinariamente, los delitos contra la integridad sexual en general y el delito de violación sexual en particular, son catalogados como aquellas conductas que se ejecutan en un ámbito de clandestinidad; es decir, en esta clase de infracciones, concurre la especial circunstancia de que la acción típica se consuma en una única relación de la persona que lo ejecuta y la víctima, sin presencia de testigos: naturalmente, al producirse esta clase de conductas en este contexto, la prueba directa resulta de muy difícil obtención.

La circunstancia de que determinadas conductas se cometan en un ámbito de clandestinidad, traslada al terreno del fenómeno probatorio una serie interrogantes de ineludible tratamiento, que inciden en la valoración de los elementos de prueba en el juzgamiento del delito de violación; en este contexto, el presente trabajo de investigación intenta describir los problemas en las categorías probatorias en el juzgamiento del delito de violación sexual, y determinar la importancia de establecer un estándar de prueba encaminado a reforzar la convicción del juzgador por medio del criterio de la corroboración probatoria.

### **Palabras clave:**

Violación sexual

Clandestinidad

Prueba privilegiada

Corroboración

Presunción de inocencia

Certeza probatoria

Único testigo

Valoración de la prueba

## **Abstract**

Doctrinally, crimes against sexual integrity in general and the crime of rape in particular, are classified as those that are carried out in a clandestine environment; that is, in this class of infractions, there is the special circumstance that the typical action is consummated in a single relationship of the person who executes it and the victim, without the presence of witnesses: naturally, when this kind of behavior occurs in this context, direct evidence is very difficult to obtain.

The circumstance that certain behaviors are committed in a clandestine environment, transfers to the terrain of the probative phenomenon a series of inescapable questions that affect the evaluation of the elements of evidence in the trial of the crime of rape; In this context, the present research paper attempts to describe the problems in the categories of evidence in the prosecution of the crime of rape, and determine the importance of establishing a standard of proof aimed at reinforcing the conviction of the judge through the criterion of corroboration.

### **Key words:**

Sexual rape

Secrecy

Privileged test

Corroboration

Presumption of innocence

Probative certainty

Only witness

Assessment of the test

## Índice

<b>Introducción.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I: FUNDAMENTOS GENERALES DEL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.....4</b>	
1.1 Antecedentes históricos de la punibilidad del delito de violación sexual.....	4
1.2 Sentido y alcance del delito de violación sexual.....	5
1.3 El delito de violación sexual a la luz del COIP.....	6
1.4 Elementos del tipo penal de violación sexual.....	8
1.4.1 Elementos objetos del tipo.....	8
1.4.2 El verbo rector.....	9
1.4.3 Bien jurídico protegido.....	15
1.4.4 Libertad sexual.....	16
1.4.5 Elementos subjetivos del tipo.....	17
1.4.6 Circunstancias que califican al delito.....	18
1.4.7 Contraste con las categorías probatorias en otros delitos sexuales .....	19
<b>2. CAPÍTULO II: ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL.....20</b>	
2.1 De la teoría General de la prueba.....	20
2.2 Principios generales de la prueba penal.....	21
2.2.1 Principio de intermediación.....	22
2.2.2 Principio de legalidad.....	22
2.2.3 Principio de necesidad.....	23
2.2.4 Principio de contradicción.....	24
2.2.5 Principio de pertinencia.....	25
2.2.6 Principio de unidad de la prueba.....	26
2.3 La presunción de inocencia como regla de juicio.....	26
2.3.1 Diferencia entre presunción de inocencia e in dubio pro reo.....	29
2.4 La necesidad de certeza sobre la responsabilidad del acusado.....	30
2.4.1 Criterio de corroboración en el proceso penal.....	33
2.4.2 De los delitos “enormes”.....	34
2.4.3 De la prueba privilegiada.....	36
2.5 Prueba material.....	38
2.5.1 Reconocimiento del lugar de los hechos.....	39
2.5.2 Reconocimiento de instrumentos de la infracción.....	39
2.5.3 Reconstrucción de los hechos.....	39
2.6 Reconocimiento médico legal.....	40
2.7 Prueba testimonial.....	45

2.7.1 Testimonio de la/el ofendida(o).....	45
2.7.2 Testimonio del acusado.....	46

### **3. CAPÍTULO III: VALORACIÓN DE LA PRUEBA EN EL DELITO DE VIOLACIÓN SEXUAL: LA DECLARACIÓN DEL ÚNICO TESTIGO VÍCTIMA.....47**

3.1 Valoración jurídica de la prueba.....	47
3.2 Sistemas de valoración de la prueba.....	47
3.2.1 El sistema de la prueba legal.....	48
3.2.2 Sistema de la íntima convicción.....	49
3.2.3 Sistema de la sana crítica.....	49
3.3 De la prueba indiciaria.....	51
3.4 Valoración de la prueba indiciaria.....	52
3.5 El testimonio del único testigo víctima.....	53
3.6 Psicología del testimonio.....	54
3.7 La dificultad de la prueba testimonial.....	55
3.8 Criterios de valoración del testimonio del único testigo víctima.....	56
3.8.1 Ausencia de incredibilidad subjetiva.....	56
3.8.2 Verosimilitud en la declaración.....	56
3.8.3 Persistencia en la declaración.....	57

### **4. CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES .....58-60**

**Bibliografía.....61.**

## Introducción

Sobre la teoría de la prueba en general, y la teoría de la prueba en materia de delitos sexuales en particular, la doctrina penal ha puesto especial atención, por la circunstancia de que en el juzgamiento de conductas penalmente relevantes, es la prueba un elemento de ineludible importancia en el proceso penal, y es la comprobación y corroboración empírica y científica de un hecho la que justifica el accionar de la justicia penal a efectos de legitimar al aparato punitivo del estado, y de esta manera, justificar una condena en materia penal, fundamentada en claros elementos de comisión del delito, y criterios de responsabilidad con acreditada razón legal.

Perfecto Andrés Ibáñez<sup>1</sup>, magistrado emérito de la sala penal del Tribunal Supremo español, ha manifestado que en la valoración de la prueba en materia de delitos contra la integridad sexual, existe un criterio inscrito en la jurisdicción penal que determina el actuar del juez en el juzgamiento de esta clase de conductas: efectivamente, en materia de valoración de la prueba de esta clase de infracciones, según este criterio, es frecuente pensar que es necesario atribuir valor convictivo al testimonio del único testigo víctima, porque de lo contrario muchas conductas producidas en la clandestinidad quedarían impunes.<sup>2</sup>

Según la tesis expuesta en el párrafo precedente, nadie puede padecer los perjuicios de que un delito se cometa en la clandestinidad; a pesar de la circunstancia de que ciertos delitos se cometan en un ámbito de clandestinidad, no se puede entender como una concesión otorgada al juez, a fin de que las categorías probatorias utilizadas para juzgar esta clase de conductas, encuentren como su único fundamento la valoración del testimonio del sujeto pasivo del delito, como único elemento de prueba irrefutable e incontrovertible, puesto que la ley procesal penal exige el criterio de corroboración

---

<sup>1</sup> Perfecto Andrés Ibáñez es magistrado emérito de la sala penal del Tribunal Supremo español; fue vocal del Consejo General del poder judicial y actualmente es director de la revista "Jueces para la Democracia". Tiene una larga lista de publicaciones relacionadas con la jurisdicción, derechos, garantías y Derecho Procesal Penal.

<sup>2</sup> Ponencia impartida por el juez Perfecto Andrés Ibáñez en la Universidad de Valencia (España) en marzo de 2016

como límite de la arbitrariedad judicial y la exigencia del respeto al principio de presunción de inocencia como regla de juicio.<sup>3</sup>

El criterio de la prueba privilegiada, criticada por autores como Beccaria y Filangieri<sup>4</sup>, determina que “frente a un crimen enorme el juez puede transgredir el Derecho”, y recurrir a los elementos de prueba existentes en el proceso, para evitar la impunidad de determinadas conductas; el criterio probatorio descrito anteriormente determina que en el contexto de un delito que se comete en un ámbito de clandestinidad, se debe concurrir a un criterio de “mínima corroboración” de la prueba, postura que se rebatirá en el presente trabajo de investigación.

El presente trabajo de investigación plantea cuestionarse sobre los problemas de las categorías probatorias en el delito de violación sexual, que como ya se dijo, es conocido doctrinariamente como un delito clandestino, es decir, aquel hecho que se consuma en una única relación del sujeto que lo ejecuta y la víctima. Naturalmente al cometerse estos delitos en un ámbito de clandestinidad, la prueba directa resulta de muy difícil obtención, por lo cual, la declaración de la víctima serviría como único elemento de cargo a fin de convencer al juzgador sobre la responsabilidad del procesado.

No obstante lo señalado, en materia penal, para justificar una condena, se debe tener absoluta certeza sobre la participación del procesado en el ilícito; por lo tanto atribuir certeza probatoria de cargo al testimonio del único testigo víctima en el juzgamiento del delito de violación sin más, implicaría mediatizar la presunción de inocencia, y por lo mismo reducir un estándar de garantía del procesado. Por esta razón, y lo que pretende demostrar la hipótesis del trabajo, es que no sería suficiente la declaración del único testigo víctima para justificar una condena en esta materia, sino más bien el testimonio del único testigo víctima debe ser sometido a examen, y observar si existe fiabilidad en su relato, y además se debe contar con pruebas objetivas, científicas y empíricamente comprobables que permitan relacionar procesalmente al acusado con el hecho objeto de imputación.

---

<sup>3</sup> La regla de presunción de inocencia como regla de juicio, se encuentra consagrada en el artículo 5, numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal, el artículo 76, numeral 2 de la Constitución, y el artículo 8, numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

<sup>4</sup> Beccaria, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. Ed Temis. Bogotá- Colombia. 2013. Pág. 65

El método utilizado en el presente trabajo de investigación, a fin de escoger la jurisprudencia citada, parte de una indagación orientada en la búsqueda de una muestra de sentencias, en donde se describan los temas que son los pilares conceptuales de la pesquisa: las categorías que gobiernan la valoración de la prueba en el delito de violación sexual, y las características en el tratamiento del fenómeno probatorio en esta clase de procesos.

El trabajo de investigación está estructurado por una parte crítica, otra descriptiva y una de propuesta, representados en tres capítulos; en el primer capítulo se encuentra los fundamentos generales del delito de violación sexual: la historia sobre la punibilidad de esta conducta, el sentido y alcance del tipo penal, los elementos objetivos, subjetivos y normativos del tipo, así como el bien jurídico protegido. El segundo capítulo versa sobre el estándar de prueba del delito de violación sexual, es decir, los principios generales de la prueba en materia penal, y los fundamentos doctrinarios y científicos de la experticia forense para la determinación de la consumación material de la acción típica. Por último, el tercer capítulo se refiere a la valoración de la prueba, que debe realizarla el juzgador con sujeción a los principios rectores de la valoración probatoria, y el análisis de la prueba testimonial, como elemento de prueba dentro del proceso penal. La pesquisa termina con las conclusiones que el investigador arribó después de someter a examen el tema propuesto, a través de una visión crítica y objetiva.

## Capítulo I:

### Fundamentos generales del delito de violación sexual

#### 1.1 Antecedentes históricos de la punibilidad del delito de violación sexual

El delito de violación sexual históricamente ha sido considerado como una conducta socialmente grave, en la medida en que el comportamiento punible tiene una doble vulneración: tanto a la ley moral (divina), como al derecho formal o positivo, en épocas en que el poder eclesiástico tenía un rol significativo en la ordenación de la conducta humana y la vida en sociedad; en esta medida, no existía una línea divisoria clara, entre las facultades o prerrogativas del poder religioso, y las instancias de persecución penal del estado, frente a conductas tipificadas en el derecho positivo como punibles.<sup>5</sup>

En el antiguo Derecho Penal español, la legislación de Las siete Partidas, tipificaba en la ley tercera, título 20, y partida 7, el delito de violación; la norma decía: “al que robare o forzare a una mujer honesta, sea doncella, viuda o religiosa, debe morir por ello”<sup>6</sup>; ciertamente, la norma jurídica penal unificaba dos conductas (rapto y violación) en un mismo tipo penal. En el Derecho penal francés, al igual que el español, los términos rapto y violación se encuentran confundidos en un mismo tipo penal; además, según la legislación francesa, la conducta de violación comprendía, tanto la conjunción carnal, como la tentativa del delito.<sup>7 8</sup>

En el Derecho Romano, la legislación penal, no se refería específicamente, a la figura de la violación, pero este comportamiento formaba parte de la vulneración al bien jurídico libertad, porque todavía la conducta del rapto estaba ligada con la violación en el correspondiente tipo penal<sup>9</sup>; el Derecho Canónico, por su parte, sancionaba este delito, con la pena de muerte, con la particularidad de que para que sea punible la

---

<sup>5</sup> Un ejemplo de esto lo es la Santa Inquisición, en la época medieval, que eran un conjunto de instituciones gobernadas por la iglesia católica, que tenían como finalidad perseguir las conductas catalogadas contrarias a la “ley divina” (con la finalidad de reforzar el poder eclesiástico en la dirección de la sociedad); estas instituciones perseguían la herejía, la blasfemia, la brujería, la homosexualidad, el bestialismo entre otras conductas.

<sup>6</sup> Zavala Egas, Xavier. *El delito de violación*. Obtenido de: [https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1991/09/4\\_El\\_Delito\\_De\\_Violacion.pdf](https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1991/09/4_El_Delito_De_Violacion.pdf) . (Acceso: 02/10/2018)

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

conducta, el sujeto pasivo tenía que ser virgen, y además debía haber sido desflorada: si es que no concurrían estas circunstancias, no se consideraba como violación, y las penas sobre esta conducta eran mucho más laxas.<sup>10</sup>

## 1.2 Sentido y alcance del delito de violación sexual

Históricamente han existido dos corrientes doctrinarias que intentan desentrañar el sentido y alcance del término violación sexual<sup>11</sup>:

Según una noción “restringida” del concepto, violación sexual únicamente se limita a la introducción parcial o total del genital masculino en el femenino, específicamente en el coito vaginal o vulvar, defensores de esta corriente son Antolinseï, Pannain, Contieri, Gustavo Rendón, Vannini, Mezger y Bunster.<sup>12</sup>

Según la noción lata o extensa, la mayoría de los tratadistas sobre la materia, sostiene que el delito de violación es el acceso carnal tanto vaginal o vulvar como anal; en esta materia, una definición interesante es la propuesta por Manzini, al decir que: “acceso carnal es el hecho en virtud del cual el órgano genital de una persona, es introducido en el cuerpo de otra, por vía normal o anormal, en forma tal que haga posible el coito o un equivalente anormal de él.”<sup>13</sup>

A decir de Mario Manfredini, existe “conjunción carnal” (acceso) cuando: “el órgano genital masculino es introducido en el aparato genital femenino o en el orificio anal de persona del mismo o de diferente sexo, esto es, cuando hay acoplamiento con penetración física.”<sup>14</sup>

Ciertamente, las corrientes doctrinarias descritas en párrafos precedentes en cierto modo son limitativas con relación a las características que debe tener el sujeto activo, en la medida en que la ejecución del tipo penal solamente puede realizarla una persona de sexo masculino, tomando en cuenta de que únicamente este tiene la aptitud o capacidad de realizar acceso carnal por vía vaginal o anal ; por lo tanto las características típicas

---

<sup>10</sup> Martínez, Lisandro. *Derecho Penal Sexual*. Ed. TEMIS. Bogotá, Colombia. 1972. Pág. 119

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> *Ibidem*. Pág. 134

<sup>13</sup> Manfredini, Mario. *Tratado de Derecho Penal*. Milán, Italia. Ed Villardi 1934. Pág. 18

<sup>14</sup> *Id.*, pág. 13

en la descripción de la conducta establece limitaciones en cuanto al sujeto activo, que necesariamente es calificado.

A decir del estudioso de la Medicina Legal Roberto Solórzano Niño: “violación es la penetración del miembro viril, por cualquiera de los orificios naturales de la persona, sin su consentimiento”<sup>15</sup>; esta definición introduce un elemento fundamental, con respecto al núcleo de la conducta típica, esto es la falta de consentimiento del sujeto pasivo, que se traduce en una transgresión a la libertad sexual de la víctima del delito.

Sobre esta materia, Roberto Solórzano determina que:

Es requisito *sine qua non* que no haya consentimiento de la persona violada, no es obligatorio que sea por la fuerza. A este respecto es pertinente la jurisprudencia de un tribunal de los Estados Unidos de Norteamérica que encontró culpable de violación a su esposa a un hombre que después de muchos años de casados, la penetró sin su consentimiento, aunque no hubo fuerza, ya que ella para evitar el escándalo a sus hijos no opuso resistencia, pero si expreso claramente su oposición.<sup>16</sup>

### 1.3 El delito de violación a la luz del COIP

La legislación penal ecuatoriana, desde 1837, tipificó el delito de violación sexual como una conducta cuyo núcleo central, para que se configure el tipo objetivo, era el acceso carnal; por lo tanto, el hombre era el único que podía ser sujeto activo de la infracción, tomando en cuenta de que es el único capaz de acceder carnalmente a otra persona: por esta razón, el sujeto activo reviste de una calidad típica particular, que hace que no cualquier persona pueda ser titular de la acción punible.<sup>17</sup>

En la reforma al Código Penal de 1998, esencialmente, se mantuvo las características típicas del sujeto activo del delito de violación, al describir el injusto como la introducción parcial o total del miembro viril por vía anal, oral o vaginal; por tanto, el sujeto activo del delito era calificado; la reforma en mención, introdujo un tipo penal, a fin de solucionar un aparente vacío de punibilidad, y tipificó una conducta denominada como “agresión sexual”, que se materializa con la introducción de cualquier objeto distinto al miembro viril por vía anal o vaginal, en consecuencia, a

---

<sup>15</sup> Solórzano Niño, Roberto. *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*. Ed Nomos. Bogotá, Colombia. 1993. Pág. 302

<sup>16</sup> *Ibidem*. Pág. 302

<sup>17</sup> Donoso, Arturo. *Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra las personas*. Ed. Cevallos. Quito, Ecuador. 2005. Pág. 82

partir de la referida reforma, tanto hombre como mujer podían ser sujetos activos de esta infracción.<sup>18</sup>

En virtud de la reforma de junio de 2005, ambos tipos penales: agresión sexual y violación se unifican, y nace el actual tipo penal de violación determinado en el artículo 512 del Código Penal anterior, y actual artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), que es la transcripción literal del tipo objetivo descrito en el Código Penal sustantivo de 1971. En virtud del artículo 171 del COIP:

**Art. 171.- Violación.-** Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

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

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

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

En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> *Ibíd.*

<sup>19</sup> Código Orgánico Integral Penal. . 2014. Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014

## 1.4 Elementos del tipo penal de violación sexual

Los elementos del tipo forman la estructura nuclear del injusto penal; los elementos del tipo de la conducta punible, tienen en primer lugar un verbo rector o nucleó de la conducta, el bien jurídico protegido por el derecho penal, los elementos objetivos del tipo y, por último, los elementos subjetivos del tipo penal.

### 1.4.1 Elementos objetivos del tipo

Son elementos propios de la tipicidad que utiliza el legislador para describir conductas punibles. Como ya indicé en un subtítulo anterior, el núcleo de la conducta o verbo rector del delito de violación sexual radica en el verbo “acceder carnalmente” y el verbo “introducir”. A decir de Carrara: “cuando el conocimiento carnal recae sobre una persona que se resiste, y se obtiene empleando violencia verdadera o presunta, surge el título más grave de la violencia carnal que absorbe cualquier otro título, por la conocida doctrina de la prevalencia.”<sup>20</sup>

Dentro de los elementos nucleares del tipo objetivo, con relación al delito de violación sexual, tenemos:

**Sujeto activo:** es el titular de la acción punible, y, a la luz de la legislación penal ecuatoriana, el delito de violación sexual, lo puede cometer cualquier persona con capacidad de atribuir responsabilidad por un el hecho reprochable (capacidad de reproche penal)<sup>21</sup>, habida cuenta de que los verbos rectores del tipo objetivo son: “acceder carnalmente”, e “introducir”, por tanto, tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos del delito.

**Sujeto pasivo:** es el titular del bien jurídico tutelado que ha sido lesionado; la gran mayoría de autores afirma que el sujeto pasivo del delito es aquel a quien pertenece el derecho, como lo sostiene Puig Peña; o quien sea el titular del bien jurídico<sup>22</sup>. El delito de violación sexual tiene un sujeto pasivo indeterminado.

---

<sup>20</sup> Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Óp. cit., pág. 237

<sup>21</sup> Andrade Castillo, Xavier Fernando. *La Imputabilidad o Inimputabilidad del Psicópata en el Derecho Penal Ecuatoriano*. Ed. Iuris Dictio. Quito. 2015. Pág. 78

<sup>22</sup> Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal, Tomo III, El Delito*. Óp. cit, Pág. 88

### 1.4.2 El verbo rector

El verbo rector o núcleo de la conducta es el comportamiento o acción del sujeto activo, expresada gramaticalmente por el correspondiente tipo objetivo; tiene el fin de delimitar los actos ejecutivos de la infracción, para determinar su real consumación y posterior consecuencia jurídica para quien adecue su conducta a la descripción típica.

A partir de la descripción típica del artículo 171 del COIP, el núcleo de la conducta subdivide en dos verbos rectores, como son: “acceder carnalmente”, e “introducir”.

Sobre el primer verbo rector de la conducta, la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, en un fallo de tercera instancia, ha determinado que:

El Art. 512 del Código Penal estatuye que es violación el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, en, primer término, cuando la víctima fuere menor de doce años. Entendiéndose por acceso la acción de llegar, de acercarse, también la cópula o ayuntamiento carnal. Las dos acepciones del vocablo llevan a cierta inicial confusión, pues, **no es lo mismo el mero acercamiento de los órganos sexuales, que la cópula carnal plena, pero téngase presente que el verbo copular se define por la autoridad idiomática, como el unirse o juntarse carnalmente.**<sup>23</sup> (Las palabras en negrilla me pertenecen)

La corte determina que el verbo típico “acceso carnal”, necesariamente se refiere a la cópula carnal, descartándose el mero acercamiento de los órganos genitales. Sobre esta materia, la corte cita al profesor Humberto Barrera Domínguez, que determina que la tesis mayormente aceptada por la doctrina penalista, es la que sostiene que el acceso carnal implica la introducción total o parcial del miembro viril en cualquiera de los esfínteres del sujeto pasivo<sup>24</sup>, contrario a la tesis del mero acercamiento de órganos sexuales, defendido por autores como Maggiorie, Impallomeni, y Maino.<sup>25</sup>

Sobre el verbo “introducir”, el tipo penal se configura con la introducción por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo; sobre esta materia es importante señalar, que en la segunda hipótesis descrita por el tipo penal (“verbo rector introducir”), se infiere de la norma, que cualquier persona, indistintamente de su sexo, puede ser sujeto activo del delito.

<sup>23</sup> Ex Corte Suprema de Justicia. Recurso de tercera instancia. Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XIII. No. 11. Pág. 2447. Quito, 27 de mayo de 1981.

<sup>24</sup> Barrera Domínguez, Alberto. Delitos Sexuales. Ed Librería del Profesional. Bogotá. 1987. Pág. 131

<sup>25</sup> *Ibidem*.

Cuando se configuran cualquiera de las dos hipótesis descritas en líneas precedentes, el sujeto activo será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

**a) Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse:**

La primera hipótesis se refiere a la consumación del delito de violación en perjuicio de quien se halle privada de la razón o del sentido, es de decir aquella persona que no tenga la capacidad de representarse cabalmente la realidad, y no comprende las consecuencias de sus actos; sobre esta materia, el Tribunal Colegiado de Circuito de Jalisco, México, en un recurso de amparo directo, realiza un señalamiento interesante respecto a la violación de persona privada de la razón:

El artículo 240 del Código Penal del Estado de Jalisco, correspondiente con el 266 del Distrito Federal previene que se equipara a la violación, la cópula con persona privada de razón o de sentido o cuando por enfermedad o por cualquiera otra causa **no pudiere resistir**. Así pues, el acceso carnal con una mujer afectada de debilidad mental, debe castigarse como violación, cuando por medio de una prueba pericial de carácter médico, debidamente fundada, quede acreditado el estado anormal de la ofendida y su **falta de discernimiento para conocer la gravedad del acto que consintió en ejecutar**.<sup>26</sup> (Las palabras en negrilla me pertenecen).

A decir del tribunal, la norma sustantiva penal equipara a la violación, la cópula con persona privada de la razón, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiere resistirse. Sobre este tema, es preciso realizar una serie de reflexiones: la persona que se encuentra privada de la razón, ciertamente, mal podría decidir libremente sobre su libertad sexual, y por lo tanto, esa dimensión de su terreno de libertad, se ve afectada cuando, el sujeto ofensor consuma el delito; es decir, el bien jurídico protegido no es la libertad sexual en estricto sentido, habida cuenta de la incapacidad del sujeto pasivo de exteriorizarla, sino más bien, el interés a proteger es la falta de libertad respecto a la cabal libertad de decisión sobre el comportamiento sexual, que se traduce en el quebrantamiento a la indemnidad sexual, término utilizado en la persecución penal en estos casos.

---

<sup>26</sup> Tribunal Colegiado de Circuito de Jalisco. Recurso de Amparo Directo. Amparo directo 739/50. 14 de noviembre de 1955.

Las personas que por enfermedad u otra circunstancia no puedan resistirse a la comisión del delito, a diferencia de las personas privadas de la razón, las primeras si tienen la aptitud de exteriorizar su comportamiento sexual, sin embargo este terreno de libertad se ve restringido, por la especial circunstancia, de que existe una incapacidad física de reacción frente a la consumación del delito, que se traduce en el aprovechamiento, por parte del sujeto activo, de una superioridad de carácter físico a fin de concretar el plan criminal: cuestión, que en materia de agresiones sexuales se conoce como “prevalimiento”<sup>27</sup>.

**b) Cuando se use violencia, amenaza o intimidación:**

A decir del maestro Carrara, la esencia de hecho del delito de “violencia carnal”, está constituida por dos elementos: el conocimiento carnal y la violencia<sup>28</sup>; el primer elemento tiene una connotación de índole subjetivo respecto del sujeto activo del delito: es necesario que la cópula haya sido el fin del agente, “y que los actos de este no solo hayan sido dirigidos a un simple desahogo de la propia sensualidad, sin tender a la consumación del coito”<sup>29</sup>. Por tanto, el conocimiento carnal debe estar en el fin, aunque no haya estado en el resultado, cuya no verificación da lugar al delito tentado de violación.

Sobre el segundo elemento, la violencia ejercida sobre el sujeto pasivo puede ser física o moral; a decir de Solórzano Niño, la violencia física es aquella necesaria para doblegar la resistencia de la víctima<sup>30</sup>; es preciso mencionar, que el elemento violencia no es necesario que sea leve o grave, sino que depende de las circunstancias objetivas del hecho punible: la violencia, para ser suficiente, no tiene una graduación de intensidad, sino que depende de la oposición del ofendida(o). En unos casos la violencia será leve a fin de consumir el hecho delictivo, en otros deberá ser grave o muy grave para doblegar la resistencia de la víctima.

---

<sup>27</sup> El prevalimiento es aquella conducta ejercida por el sujeto activo que tiene la finalidad de aprovecharse de las circunstancias de ventaja con relación a la especial situación de superioridad, confianza, prestigio o potestad con respecto a la víctima, para de esta forma, facilitar la comisión del acto delictivo.

<sup>28</sup> Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen II*. Ed. Temis. Bogotá. 1973. Pág. 238

<sup>29</sup> *Ibidem*. Sobre esta materia, el “conocimiento carnal” hace que este delito, a decir de Carrara, se diferencia del simple ultraje violento contra el pudor, conducta conocida por la legislación sustantiva penal ecuatoriana como abuso sexual.

<sup>30</sup> Solórzano, Niño, Roberto. *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*. *Óp. cit.* pág. 305

En efecto, el tipo penal no exige que la violencia ejercida sea grave, por esta razón, autores como Garcón sostienen que el elemento constitutivo de la violación “es más bien la falta de consentimiento que la violencia implica”<sup>31</sup>, pero no basta la mera negativa. A decir de Luis Carlos Pérez, la resistencia del sujeto pasivo debe ser seria, debe existir una expresión de una voluntad “inequívocamente adversa”.<sup>32</sup> Por su parte, Antonio Vicente Arenas, sostiene que la simple negativa no es suficiente para calificar como sería la resistencia<sup>33</sup>; ciertamente, la violencia física puede dejar huellas o rastros de la infracción (producto de la violencia ejercida como medio para obtener la cópula), pero a decir Carlos Solórzano Niño, no es una condición necesaria para calificar la consumación del tipo objetivo.

La violencia moral o psicológica, es la amenaza cierta de producir un gravamen inmediato, grave, justo y posible, si la víctima no accede al acto criminoso; del mismo modo, existe coacción psicológica cuando hay amenaza o intimidación a la víctima, de causar un grave daño futuro a un ser querido de esta, si no son satisfechas las pretensiones del autor. Como se puede advertir, en esta clase de violencia no existe ningún tipo de lesión física en la víctima, pero se advierte presión psicológica por parte del ofensor, a fin de que el plan criminal se concrete.

Francesco Carrara realiza una definición interesante a partir de la conjunción de la violencia física y moral y señala que: “se tiene violencia verdadera en todos aquellos casos en que la voluntad contraria de la víctima, o se hizo impotente por medio de la fuerza física, o fue subyugada por una fuerza moral, consistente en la amenaza de graves males.”<sup>34</sup> A decir de Carrara, la violencia a la que califica de “verdadera”, tiene como primer plano la subyugación de una voluntad, que se concreta mediante la utilización de medios coactivos, que pueden ser físicos o morales; en este sentido, el medio fuerza física hace impotente la reacción de la víctima, y el medio fuerza moral subyuga la misma oposición, a través de la amenaza de provocar un gravamen futuro en la víctima.

---

<sup>31</sup> *Id.*, Pág. 306. Niño cita a Garcón en su obra *Medicina Legal, Criminalística y toxicología para abogados*.

<sup>32</sup> Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal Especial*. Ed. Temis. Bogotá. 1987. Pág. 160

<sup>33</sup> Vicente Arenas, Antonio. *Comentarios al Código Penal colombiano*. Ed. Temis. Bogotá. 1984. Pág. 92.

<sup>34</sup> Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal. Óp. cit.* Pág. 252

**c) Cuando la víctima sea menor de catorce años:**

Cuando el delito de violación se consuma en perjuicio de una víctima menor de 14 años, para que se verifique el tipo penal, se debe calificar objetivamente la conducta, con prescindencia del consentimiento de la víctima del delito, y de las circunstancias determinadas en los numerales 1ro y 2do del art 171 *Ibíd*em; por tanto, con respecto a las víctimas menores de catorce años, la ley, presume de derecho, su falta de consentimiento en materia de comportamiento sexual; y si, el menor presta consentimiento este es ineficaz por prohibición expresa de la ley. La mayoría de legislaciones en el mundo prohíben la libertad en el comportamiento sexual de menores de catorce años, por considerar que afecta su desarrollo personal y consecuentemente la pretensión de esta prohibición, es evitar alteraciones psicológicas en los menores, que pueda acarrear perturbaciones a futuro.

La determinación de que la edad mínima de consentimiento sexual sea 14 años, responde a un criterio legislativo con apoyo en estudios de carácter médico y científico, que determinan que los individuos que no han cumplido la señalada edad se les considera impúberes (incapaces de procrear o concebir); por tanto no poseen la madurez física, psicológica y sexual para decidir libremente sobre su comportamiento sexual y discernir cabalmente el significado y consecuencias del acto sexual; la mayoría de legislaciones penales en el mundo sitúa la edad mínima de consentimiento sexual entre los 14 y 16 años, aunque en la mayoría de países islámicos el consentimiento sexual solamente se los puede ejercer libremente con la institución del matrimonio.<sup>35</sup>

**d) Circunstancias de agravan el injusto en el delito de violación**

Finalmente la segunda parte del artículo 171 del COIP, determina que se sancionara con el máximo de la pena prevista en el primer inciso (de diecinueve a veintidós años) cuando concurren las siguientes circunstancias:

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.
2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.

---

<sup>35</sup> Aguilar Araneda, Christian. *Delitos Sexuales, Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Metropolitana. Santiago de Chile. 2008. Pág. 151

3. La víctima es menor de diez años.
4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.
5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo.<sup>36</sup>

A decir de Juan Bustos y Hormazabal Malaree: “las circunstancias del delito son elementos accidentales nominados o innominados dentro de la estructura del delito, que influyen en la determinación de la pena”<sup>37</sup>. Por su parte Santiago Mir Puig, sostiene que “las circunstancias modificatorias son elementos accidentales del delito, en el sentido de que de ellos no depende el ser del delito, sino solo su gravedad”<sup>38</sup>

A partir de las definiciones aportadas por los profesores Juan Bustos y Santiago Mir Puig, es preciso señalar que las circunstancias modificatorias de la pena son independientes a los presupuestos o elementos nucleares del delito, es decir, son accidentales o secundarias que tienen relación con la pena y su graduación, pero no existe una relación de necesidad entre estas y los elementos que configuran el tipo penal.

Estas circunstancias, a partir de la descripción típica de la segunda parte del artículo 171 del COIP, hacen relación al resultado objetivo de la ejecución del verbo típico en la víctima, descritos en los numerales 1ro y 2do: como consecuencia de la infracción el sujeto pasivo sufre una lesión física o daño psicológico permanente (en cuyo caso existiría concurso de infracciones) o como consecuencia del delito contrae una enfermedad grave o mortal, como puede ser una enfermedad venérea; las circunstancias también se refieren a las particulares calidades personales del sujeto activo, como cuando el agresor es tutor, curador, representante legal, miembro del entorno íntimo etc, de la víctima (numeral 4to) o el agresor tenga parentesco por consanguinidad o afinidad

---

<sup>36</sup> Art 171 COIP

<sup>37</sup> Bustos Ramírez, Juan y Hormazabal Malaree, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen II*. Ed Trotta. Madrid. 1999. Pág. 396

<sup>38</sup> Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General, 5ª edición*. Ed. Tecfoto. Barcelona. 2003. Pág. 628

con relación a la víctima. Las dos últimas circunstancias se refieren a las calidades particulares de la víctima (numerales 3 y 6): agravan el injusto y consecuentemente modifican la imposición de la pena, cuando la víctima es menor de diez años y cuando el sujeto pasivo se encuentra bajo cuidado del agresor por cualquier motivo.

La parte final del artículo 171, determina que en todos los casos, cuando se produce la muerte de la víctima, se sancionará con encierro carcelario de veintidós a veintiséis años. La norma describe una hipótesis de concurso ideal de infracciones; es decir existe una acción (violación), y una pluralidad de afectaciones (vida y libertad sexual); en este caso la acción más grave (asesinato), absorbe a la menos leve (violación), y se impone la sanción prevista en el primer tipo penal.

### **1.4.3 Bien jurídico protegido**

Sobre el objeto de protección o bien jurídico protegido, la teoría más antigua determina que el delito es la violación de los derechos subjetivos, y por tanto el objeto del injusto es el derecho en sentido subjetivo tutelado por el Derecho Positivo; defensores de esta teoría son Feuerbach, Oppenheim y Ferri, aunque este último con un matiz diferenciador, por su concepción del delito como la lesión de un “bien-interés”; a decir de Luis Jiménez de Asúa, esta concepción fue hartamente criticada en Alemania, por autores como Rocco, a partir de su carácter “privatista”, ya que solo procuraba por la tutela de un interés individual, que se traducía en la conculcación de una prerrogativa, suficientemente bien concretizada en el sujeto ofendido<sup>39</sup>.

La teoría más generalizada en la doctrina penal, y la que se adhiere el presente trabajo de investigación, es la que considera como el objeto de protección, son los intereses o bienes tutelados por el Derecho; las primeras huellas metodológicas, sobre esta teoría, las dejaron autores como Carlos Tittmann y Birnbaum, aunque el mérito de haber construido un verdadero sistema de Filosofía Penal en la Teoría del Delito, le debemos a Von Ihering, cuyo pensamiento influyó, posteriormente, en autores como

---

<sup>39</sup> Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, El Delito*. Ed. Losada S.A. Buenos Aires. 1963. Pág. 103

Merkel y Von Listz, en sus construcciones dogmáticas de la estructura nuclear del delito.<sup>40</sup>

A decir de Adolf Merkel:

El delito puede ser caracterizado como una conducta antisocial; es decir como una conducta que contradice los intereses que tienen su expresión en el Derecho, intereses que no afectan a un particular individuo, sino que son siempre intereses de una colectividad y que tienen poder bastante para hacerse valer como comunes.<sup>41</sup>

La importancia capital de delimitar los bienes jurídicos protegidos por el Derecho, radica en que las lesiones causadas a los intereses sociales, solamente son punibles en la medida en que dichos intereses se fundan en una norma previa, clara, dictada por una autoridad competente y que se considera vigente en una sociedad, ideal del principio de legalidad, piedra angular del Derecho Penal.

#### **1.4.4 Libertad Sexual**

Marcela Martínez Roaro cita a Mariano Jiménez Huerta, quien considera que el bien jurídico protegido por el Derecho Penal en el delito de violación: "...es el derecho que al ser humano corresponde de copular con la persona que libremente su voluntad elija y de abstenerse de hacerlo con quien no fuere de su gusto o agrado..."<sup>42</sup>; autores como González Blanco, González de la Vega, Porte Petit, Carrancá y Trujillo, entre otros, opinan, al igual que Jiménez Huerta y Martínez, en el sentido que el bien jurídico tutelado por el tipo penal es la libertad sexual<sup>43</sup>, entendida como una facultad humana en el terreno de la autodeterminación sexual destinada a ejercer, libremente, interacción sexual con otras personas.

A diferencia de Jiménez Huerta, Sebastián Soler opina que la vulneración a la libertad sexual, necesariamente está ligada al quebrantamiento de una pluralidad de otros bienes tutelados por el Derecho Penal como: la libertad personal, y determina que "...queda absorbida por la figura de la violación la acción de sujetar a la víctima, y

---

<sup>40</sup> *Ibidem*. Jiménez de Asúa cita a estos autores para explicar la teoría de que el objeto de protección del delito son intereses o bienes tutelados por el Derecho.

<sup>41</sup> Merkel, Adolf. *Derecho Penal Parte General*. Ed. B de f. Montevideo. 2004. Pág. 172

<sup>42</sup> Martínez Roaro, Marcela. *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*. Ed. Porrúa. México. 2007. Pág. 384.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

cualquier forma de privación de libertad para la realización del acto mismo”<sup>44</sup>; en este sentido, la conducta típica que ejecuta el sujeto activo lesiona más de un bien jurídico protegido; además de la libertad sexual, el autor ofende el pudor e intimidad de la víctima; adicionalmente, pueden existir lesiones físicas sobre la persona, y lo más grave la vulneración de la salud sexual que puede ser de carácter permanente.<sup>45</sup>

Una vez determinado el sentido y alcance de la libertad sexual como bien jurídico protegido en el injusto penal materia de examen del presente trabajo de investigación, es preciso referirnos a la indemnidad sexual como interés jurídico que protege a las personas menores de catorce años o cuando la víctima se encuentra privada de la razón y del sentido; como ya se precisó en líneas anteriores, respecto de la persona privada de la razón no se protege la libertad sexual en estricto sentido, pues esta no puede exteriorizarse, sino más bien se protege su falta de libertad; por otro lado, con relación a las personas menores de catorce años, estas carecen libertad sexual por prohibición expresa de la ley.

Por tanto, la indemnidad sexual hace relación al conjunto de facultades que la persona ejerce, a fin de que no sea víctima de interferencia en el sano desarrollo de su sexualidad, que pueden tener como consecuencia experiencias traumáticas en su fuero íntimo, las mismas que pueden generar secuelas psíquicas permanentes.

#### **1.4.5 Elementos subjetivos del tipo**

Los elementos subjetivos del tipo hacen relación al estudio dogmático del dolo, y otros elementos distintos al dolo como la culpa, o el error de tipo. A decir de Jiménez de Asúa, “...el elemento subjetivo tiene una importancia descollante para determinar la naturaleza de la conducta y hasta la separación de un delito de otro...”<sup>46</sup>. A partir de la metodología del COIP, todas las conductas tipificadas son dolosas, a excepción de los tipos penales, que expresamente, el Código determina que puede existir culpa en su elemento subjetivo.<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Marcela Martínez cita a Sebastián Soler en su libro *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*.

<sup>45</sup> La salud sexual, según la Organización Mundial de la Salud, es un estado de bienestar físico, emocional y mental con respecto a la sexualidad.

<sup>46</sup> *Id.*, Pág. 826

<sup>47</sup> Art. 27 COIP

A partir de este señalamiento, particularmente, en el delito de violación, solamente puede existir el elemento subjetivo de dolo, entendido como el designio de causar daño, de conformidad con el artículo 26 del COIP; tampoco puede existir un delito preterintencional de violación, porque como ya dijo en líneas anteriores, a decir de Carrara, la violencia carnal, tiene como carácter específico el “conocimiento carnal”, es decir, es preciso, la existencia de una voluntad, y una exteriorización de esa voluntad, (elementos nucleares del dolo), de conseguir el coito a través de violencia física o moral.

#### **1.4.6 Circunstancias que califican al delito**

La pena es la consecuencia jurídica aplicada a quien adecue su conducta a la descripción típica ; la pena, esencialmente, es un decisión de carácter vertical del estado, a fin de reforzar su autoridad y prevenir la comisión de nuevos actos delictivos: ciertamente, se debe advertir, que en la mayoría de los casos, la sanción no resuelve el problema, ni repara a la víctima, porque la lesión ya se encuentra consumada; más bien se trata de un sistema de solución de controversias basado en el reforzamiento de la autoridad del poder punitivo, que tiene una pretensión disuasiva en el grupo social, con fundamento en la prevención general positiva, es decir en la existencia de penas más o menos graves que disuadan, a los destinatarios de la norma, a cometer delitos.

En virtud del artículo 171 del COIP, quien incurra en la conducta de violación sexual será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años, cuando concurren las tres hipótesis descritas en líneas precedentes, estas son: cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, cuando se use violencia, amenaza o intimidación, y cuando la víctima sea menor de catorce años. Se sancionará con el máximo de la pena cuando el agente incurra en cualquiera de las seis circunstancias determinadas en la segunda parte del artículo y que ya han sido señaladas en párrafos anteriores.

En el evento de que se produzca la muerte de la víctima como consecuencia de la ejecución de la acción típica, se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años; la parte final del artículo 171 describe una hipótesis de concurso de infracciones: esto se resuelve como un concurso ideal de infracciones, es decir, existe,

una sola acción delictiva (violación), y una pluralidad de afectaciones (libertad sexual y vida); consecuentemente, la acción más grave (asesinato), absorbe la menor(violación), y se impone la pena determinada en el primer delito sobre el segundo.

#### **1.4.7 Contraste con las categorías probatorias en otros delitos sexuales**

Al estar el presente trabajo de investigación en el ámbito del derecho probatorio, es preciso realizar una serie de reflexiones con respecto a las categorías probatorias presentes en el juzgamiento de otra clase de agresiones sexuales. En efecto, no es comparable la prueba en el delito de violación sexual, que va a tener su fundamento esencial en el ámbito material y pericial, con el fenómeno probatorio que se practica para la comprobación procesal de otra clase de infracciones como el abuso sexual o el acoso sexual; por tanto, el terreno de la práctica probatoria no va a ser el mismo, habida cuenta de que , en los dos últimos delitos señalados la prueba material es inexistente, y la comprobación de la consumación de la infracción se fundamentará en la prueba testimonial practicada y su correspondiente examen de admisibilidad y valoración probatoria.

En efecto, en los delitos de abuso sexual y acoso sexual, al ser inexistente la prueba material, por ser el verbo típico el solicitar un acto de naturaleza sexual a la víctima, sin llegar al acceso carnal, la práctica de la prueba reviste de una especial dificultad, a partir de que, la convicción del juzgador se forma por el grado de credibilidad subjetiva en la declaración inculpatoria del sujeto pasivo, a partir de la cual el juzgador determinará si existe fidelidad en su relato, y por tanto la prueba testimonial pueda ser considerada como elemento de cargo.

Como se puede observar, al existir una única prueba testimonial en los delitos descritos en el párrafo precedente, el examen de admisibilidad de la declaración del testigo debe ser por demás cuidadosa, a fin de que se pueda determinar que no presta su declaración por razones ajenas a la verdad o por motivaciones espurias; en este sentido, el examen psicológico en la víctima resulta de extraordinaria importancia, a fin de demostrar su estado emocional y psíquico, y de esta forma, a partir del referido examen, también se acredita el grado de veracidad de su declaración.

## Capítulo II:

### Estándar de prueba en el delito de violación sexual

#### 2.1 De la teoría general de la prueba

Un hecho delictivo es un acontecimiento histórico que se ha producido en un tiempo y espacio determinado; ciertamente, es correcto el señalamiento hecho por Carnelutti, en el sentido de que “el juez hace historia; no es todo lo que hay que decir de él, pero lo cierto es que el primero de sus cometidos es precisamente el de la historia, o mejor de la historiografía, concebida en sus términos más estrictos y acaso no suficientes.”<sup>48</sup>. En efecto, el señalamiento de Carnelutti es acertado: el propósito de un proceso penal es reconstruir unos hechos acaecidos en el pasado, que sirven como fundamento para formular una acusación, y la prueba es el medio, a través del cual, esos hechos son comprobados, a fin de proporcionar convicción en el juez, que va a resolver una determinada pretensión.

A decir de Jorge Zavala Baquerizo, el medio de prueba es la vía, por medio de la cual, el juez conoce la verdad de un hecho, desde el punto de vista procesal o jurídico-formal, a fin de dictar una resolución<sup>49</sup>; ciertamente es fundamental, no confundir la prueba con el medio de prueba: la primera se refiere a una circunstancia meramente fáctica, por otro lado, el medio de prueba es el mecanismo, por medio del cual, los hechos alegados son incorporados formalmente al proceso; en este sentido, Jorge Zavala, determina que “podríamos decir que el acto probatorio es la objetivación de la prueba, la manifestación exterior de la prueba”.<sup>50</sup>

A diferencia de Jorge Zavala Baquerizo, Francesco Carrara sostiene 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”<sup>51</sup>. A decir del maestro italiano, el mecanismo que permite al juez arribar a la certeza sobre los hechos, se

---

<sup>48</sup> Zabala Baquerizo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III*. Ed. Edino. Guayaquil, Ecuador. 2004. Pág. 12 (Zabala Baquerizo cita a Carnelutti).

<sup>49</sup> *Id.*, p 13

<sup>50</sup> Zabala Baquerizo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III. Óp. Cit.*, Pág. 14

<sup>51</sup> Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal, Volumen III. Óp. cit.*, pág. 364

denomina “prueba”, dejando de lado diferenciación entre prueba y medio de prueba realizada por el profesor Zavala Baquerizo.

Sobre la función de los medios de prueba en general, y en particular en el proceso penal, Michele Taruffo, señala que:

En términos generales, la función de los medios de prueba en el proceso civil se puede definir con bastante facilidad en todos los sistemas procesales. De forma más o menos clara, los medios de prueba se conectan con los hechos en litigio a través de una relación instrumental: “medio de prueba” es cualquier elemento que pueda ser usado para establecer la verdad acerca de los hechos de la causa.<sup>52</sup>

El fundamento de un litigio tiene como antecedente determinados hechos que se han producido, tales hechos son, a decir de Michele Taruffo, “disputado por las partes”, esa controversia tiene que ser resuelta por un tribunal; la resolución judicial debe determinar la verdad, desde el punto de vista procesal, sobre la base de esos hechos motivo de disputa entre las partes. En este sentido, Taruffo indica que en el contexto del proceso es menester la “exigencia de verosimilitud”, “devoción a la verosimilitud”, y “deseo de verosimilitud”.<sup>53</sup>

## 2.2 Principios generales de la prueba penal

Los principios generales de la prueba representan los cimientos de todo procedimiento en cualquier materia<sup>54</sup>; si son ignorados, la actividad probatoria de los litigantes no podrá ser conducida bajo reglas y lineamientos claros que permitan desarrollar adecuadamente un proceso, y en consecuencia se pueda garantizar los derechos de los justiciables; mediante los principios de la prueba, que deben ser observados, tanto por el juez, como por las partes procesales, se logra materializar, como lo sostiene Luis Gerardo Espinosa, “un debido proceso o un debido juzgamiento”<sup>55</sup>, tal como lo exige la Constitución, el COIP, y el Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ); naturalmente, la violación de estos principios, podría generar nulidades, que invaliden todo lo actuado en el proceso, o desde el

---

<sup>52</sup> Taruffo, Michele. *Teoría de la Prueba*. Ed. ARA Editores. Perú. 2012. Pág. 13

<sup>53</sup> *Ibidem*.

<sup>54</sup> Ramírez Salinas, Liza. *Principios generales que rigen la actividad probatoria*.

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/17569e8046e1186998ae9944013c2be7/Principios+generales+que+rigen+la+actividad+probatoria.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=17569e8046e1186998ae9944013c2be7> (Acceso: 01/09/2018).

<sup>55</sup> Espinosa López, Luis Gerardo. *Derecho Probatorio, Curso teórico práctico, Jurisprudencia y Doctrina*. Ed. Librería del Profesional. Bogotá, Colombia. 1986 Pág. 15

momento en que se produjo la infracción de la ley, dependiendo de la violación al Derecho Positivo.

### **2.2.1 Principio de inmediación**

La inmediación es un principio de rango constitucional que se encuentra determinado en el artículo 75 de la norma suprema:

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.<sup>56</sup>

La inmediación tiene su fundamento en la obligatoriedad de que el juez practique personalmente los actos probatorios, y realice las audiencias con las partes procesales, a fin de garantizar el cabal conocimiento de los hechos de la causa; con relación a los procesos penales por violación, este principio es de capital importancia, al momento de la práctica de la prueba testimonial y el reconocimiento pericial; del mismo modo, en la valoración de la prueba, el juzgador, en virtud de la inmediación obtiene un acabado conocimiento sobre los hechos objeto de imputación y su comprobación probatoria<sup>57</sup>; este principio impide la recusable práctica de “delegar” la realización de actuaciones probatorias realizadas por el fiscal o el secretario, como la de recibir la versión de un testigo, lo que, en la actualidad, resulta inadmisibles por disposición expresa de la constitución y la ley (Art. 75 de la Constitución (en adelante CE), y Art 5 numeral 17 del COIP.)

### **2.2.2 Principio de legalidad**

La prueba que quiera ser practicada en el juicio oral, no debe haber sido obtenida con violación de la Constitución y la ley, de lo contrario carece de eficacia probatoria, y por tanto, debe ser excluida del discurso probatorio (Art. 76, N°4 de la CE, y Art. 454, N°6 COIP).

Una sentencia condenatoria sin prueba, o con utilización de una prueba ilegal, implica, a decir de Rafael Oyarte, una violación al derecho a la presunción de

<sup>56</sup> Constitución del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. Art 75

<sup>57</sup> Zabala Baquerizo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III. Óp. Cit.*, Pág. 64

inocencia<sup>58</sup>, por cuanto no se ha acreditado, conforme a Derecho, la responsabilidad del procesado, y a pesar de existir una anomalía en la obtención de los recaudos probatorios, se han aplicado las consecuencias jurídicas que la norma prevé.

Según la Corte Constitucional, los asuntos relacionados con la valoración de la prueba, son temas de “mera legalidad”, y tienen su correspondiente terreno de impugnación por vía de la casación, mientras que los asuntos que tienen que ver con la actuación y obtención de pruebas tienen relevancia constitucional.<sup>59</sup>

La prueba debe estar permitida por la ley, y por tanto solamente se pueden practicar aquellos medios de prueba establecidos por el Derecho Penal Adjetivo; los medios de prueba en materia penal son de tres tipos: el documento, el testimonio y la pericia (Art. 498 COIP). Del mismo modo, el principio de legalidad obliga que la prueba sea anunciada, admitida e incorporada al proceso con sujeción a las ritualidades procedimentales y sustanciales de la mecánica procesal: la observancia de este principio afecta no solamente la validez, sino también la eficacia de la prueba<sup>60</sup>. En el juzgamiento del delito de violación sexual, el principio de legalidad tiene notable importancia, en la medida en que en el discurso probatorio pueden ser excluidos elementos de prueba ilegales, como instrumentos de la infracción que no se han sometido a la cadena de custodia, o la diligencia de interrogatorio al sospechoso sin la presencia de su abogado.

### 2.2.3 Principio de necesidad

A decir de Gustavo Humberto Rodríguez, “sin prueba los hechos no existen”<sup>61</sup>; sin la existencia del acto probatorio, no se podría reconocer la pretensión del ofendido; a fin de que el marco fáctico de la acusación sea tomada en cuenta en la decisión del juez, estos deben estar probados dentro del proceso, y de forma regular y oportuna<sup>62</sup>. No basta el conocimiento personal del juez sobre los hechos para crear convicción que le

<sup>58</sup> Oyarte, Rafael. *Debido Proceso*. Ed. Corporación de estudios y publicaciones. Quito. 2016 Pág. 148

<sup>59</sup> *Ibidem*. Corte Constitucional. Sentencia N°002-14-SEP-CC, en el caso N° 0121-11-EP, publicada en el suplemento del Registro Oficial N° 184 de 14 de febrero de 2014.

<sup>60</sup> Carnelutti, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Ed Arayú. Buenos Aires. 2002. Pág. 245.

<sup>61</sup> Humberto Rodríguez, Gustavo. *Curso de Derecho Probatorio*. Ed. Librería del Profesional. Bogotá. 1990. Pág. 16

<sup>62</sup> *Ibidem*.

permita decidir de una u otra manera, porque el principio de legalidad impide que la prueba se sustraiga de las ritualidades probatorias, que son de orden público.<sup>63</sup>

En los procesos penales por violación sexual, el principio de necesidad, está íntimamente relacionado con el principio de corroboración probatoria, que al mismo tiempo, hace efectivo el derecho constitucional a la presunción de inocencia: solamente se puede condenar al procesado mediante un proceso penal, en el que, ha existido prueba suficiente, que permita determinar tanto la existencia del delito como la responsabilidad de la persona acusada.

#### **2.2.4 Principio de contradicción**

Como se sabe, quien realiza una imputación tiene la obligación de probar sus afirmaciones, por cuanto la carga de la prueba corresponde a quien acusa un hecho infraccional, como ya se verá más adelante; tal como se reconoce el derecho del acusador a presentar pruebas, quien se defiende de la imputación tiene derecho a ejercer el derecho de contradicción, lo que significa, la posibilidad de presentar pruebas contra los hechos alegados por la contraparte (Art 75 y 76 N° 7, letra h, CE).

Para hacer efectivo el derecho de contradicción, naturalmente, se requiere de un tiempo suficiente, lo que hace efectivo, del mismo modo, el derecho de igualdad de los justiciables<sup>64</sup>; si el acusador ha tenido tiempo para recabar los elementos de cargo, quien se defiende también debe contar con ese tiempo (Art 76 N°7, letras b y c, CE). Sobre esta materia, la Corte Constitucional en transición, en un fallo de 2010, ha determinado que el no contar con el tiempo suficiente y los medios adecuados para ejercer el contradictor vulnera el derecho constitucional a la defensa; asimismo, el derecho a la defensa, según la corte, se ve vulnerado cuando aquella restricción se produce cuando la parte acusadora no anuncia la prueba.<sup>65</sup>

En el delito de violación sexual, el principio de contradicción, hace posible que, en el proceso penal, el acusado pueda refutar la prueba presentada por la parte acusadora, y

---

<sup>63</sup> *Id.*, pág. 18. Muñoz Sabaté recuerda a Jerome Frank, para quien “el problema de la prueba sigue siendo el punto más débil de la administración de justicia”.

<sup>64</sup> Oyarte, Rafael. *Debido Proceso. Óp. Cit.*, pág. 149

<sup>65</sup> Corte Constitucional en transición. Sentencia N° 024-10-SEP-CC, publicada en el suplemento del Registro Oficial N° 232 de 9 de julio de 2010

eventualmente descartar su participación en el hecho: se precisa de una fecha en que se consumó el acto delictivo, y el acusado puede descartar esa primera afirmación, probando que, en ese periodo de tiempo, se encontraba incapacitado físicamente, por ejemplo.

Sobre el principio de contradicción, cuando solamente existe un elemento de cargo (testimonial), ciertamente surge un inconveniente con respecto a la prohibición de revictimización en las víctimas del delito y la posibilidad de contradecir la prueba testimonial por medio de contrainterrogatorio; de conformidad con el artículo 444.7 el COIP, es atribución de la o el fiscal receptor los testimonios anticipados de las víctimas de violencia sexual; en este sentido, parecería que el derecho de contradicción podría experimentar una vulneración al impedir que la víctima preste nuevamente su declaración en el juicio oral ( precisamente para hacer efectiva a no revictimización), y la parte acusada pueda contradecir en ese momento procesal; sin embargo, si leemos con integralidad el art 444.7 ibídem, se puede advertir que esta atribución de la fiscalía debe ceñirse a los principios de inmediación y contradicción, y por tanto la diligencia de testimonio anticipado debe ser notificada a la contraparte, y además, en virtud del derecho de contradicción, la parte acusada puede contradecir la prueba aportada por la acusación, y en consecuencia contrainterrogar al testigo.

### **2.2.5 Principio de pertinencia**

Mediante el principio de pertinencia, el acto probatorio debe estar relacionado con la finalidad del proceso penal; por tanto, el acervo probatorio, con el que cuenta la parte acusadora, debe tener congruencia con la demostración de la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada; aquellas pruebas, que no guarden relación con la existencia de la infracción y la participación del procesado, deben ser excluidas del proceso por ser ineficaces para probar el hecho objeto de imputación.

En los procesos penales por violación sexual, los elementos de prueba pertinentes, son aquellos que tiene como finalidad probar la consumación del hecho como tal, que como se verá más adelante, se refleja en la existencia de signos de la consumación del coito, como lesiones genitales (desfloración o desgarros), o signos de violencia (de haberlos) que son ejercidos por el sujeto activo sobre la víctima que opone resistencia

como: arañazos, contusiones, heridas etc, lo que se reflejará en el examen médico legal practicado en la víctima. La responsabilidad del procesado, se acreditará, naturalmente, con el testimonio de la ofendida(o), con los demás elementos periféricos de cargo que permitan relacionar procesalmente al acusado con el hecho materia de imputación fiscal.

### **2.2.6 Principio de unidad de la prueba**

Según este principio, las pruebas aportadas en el proceso penal no pertenecen ni benefician exclusivamente a la parte que aporto o produjo ese elemento probatorio, sino más bien al proceso mismo; Devis Echandía, lo denomina como el principio de “la comunidad de la prueba”<sup>66</sup>. A decir de Gustavo Humberto Rodríguez, las pruebas son patrimonio del proceso<sup>67</sup>, habida cuenta de que es el acervo probatorio es el que va a crear convicción en el juez, con independencia de la parte que aportó la prueba.

La relevancia del principio en el juzgamiento del delito objeto de análisis de ese trabajo es de mucha importancia; así, mediante el principio de unidad de la prueba, se impide que una persona sea juzgada con un solo elemento de cargo, puesto que la “comunidad de la prueba”, exige un cúmulo de elementos de convicción sobre la existencia del delito y la participación del procesado; por tanto, la declaración del único testigo víctima en el delito de violación sexual debe ser corroborado con datos objetivos de la realidad, consistentes en pruebas periciales que comprueben la materialidad de la infracción (examen médico legal).

## **2.3 La presunción de inocencia como regla de juicio**

A decir de Luigi Ferrajoli, este principio expresa el sentido de la presunción de no culpabilidad del imputado hasta prueba en contrario. El maestro italiano, sostiene que:

...es necesaria la prueba-es decir la certidumbre, aunque sea subjetiva- no de la inocencia sino de la culpabilidad, sin tolerarse la condena sino exigiéndose la absolución en caso de incertidumbre. La incertidumbre es en realidad resuelta por una presunción legal de inocencia en favor del imputado precisamente porque la única

---

<sup>66</sup> Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Ed. Rubinzal- Culzoni. Buenos Aires 1972. Pág. 17

<sup>67</sup> Humberto Rodríguez, Gustavo. *Curso de Derecho Probatorio*. Óp. Cit., Pág. 22

certidumbre que se pretende del proceso afecta a los presupuestos de las condenas y de las penas, y no de las absoluciones y de las no penas.<sup>68</sup>

El iusfilosofo italiano se refiere a uno de los pilares fundamentales que inspira el proceso penal: esto es la garantía de presunción de inocencia del imputado; de conformidad con el artículo 5, numeral 3 del COIP, el juzgador debe estar convencido sobre la participación del procesado en el delito, más allá de toda duda razonable: aquel principio es un estándar universal de prueba que forma parte del contexto de derechos fundamentales que toda persona goza, sin importar la clase de delito que persigue la instancia judicial.

Como ya se mencionó, por medio del proceso penal, el fenómeno probatorio se lleva a cabo: su finalidad es recabar prueba suficiente que acredite que un sujeto ha cometido una conducta punible; solo cuando esa prueba *suficiente* es producida en un proceso regular se puede justificar la condena del justiciable.

El mencionado principio fue elevado como postulado fundamental de la ciencia procesal por Francesco Carrara, y requisito *sine qua non*, de todas las demás garantías de un proceso<sup>69</sup>. Ciertamente, el principio ha experimentado críticas desde finales del siglo XIX en adelante, principalmente por Raffaele Garofalo y Enrico Ferri, miembros de la Escuela Positivista italiana por considerar un postulado “vacio, ilógico y absurdo”; Vincenzo Manzini, al igual que la Escuela Positivista, estigmatizó este principio por considerar un “extraño absurdo extraído del empirismo francés”<sup>70</sup>.

Por disposición expresa de la Constitución y la ley, el principio de presunción de inocencia forma parte del derecho al debido proceso penal: el juzgador a fin de dictar sentencia condenatoria, una vez valorada la prueba, debe tener absoluta certeza sobre la participación del procesado en el ilícito.

De conformidad con el artículo 5, numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal:

Art. 5.- Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales

---

<sup>68</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Ed. Trotta. Madrid, España. 1989. Pág. 106.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> *Id.*, Pág. 551

ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios:

3. 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.

Del mismo modo, la Constitución del Ecuador, en su artículo 76, numeral 2 determina que:

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:

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.

En materia de instrumentos internacionales, relacionados con la garantía de presunción inocencia del imputado, se encuentra el artículo 8, numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que forma parte del bloque de constitucionalidad, que determina que: “2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”<sup>71</sup>

A decir de Perfecto Andrés Ibáñez:

La vigencia del principio de presunción de inocencia como regla de juicio impone al juez el deber de asumir, desde la neutralidad, la acusación como una hipótesis que solo puede llevarla a la afirmación de culpabilidad a través de la comprobación cuidadosa del fundamento probatorio de cada uno y de todos los elementos de la imputación. Cuando esa hipótesis no pueda entenderse confirmada habrá que prevalecer, sin reservas, la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado.<sup>72</sup>

La relevancia de este derecho se ha mencionado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, cuando determina que “en el principio de presunción de inocencia subyace el propósito de las garantías judiciales”<sup>73</sup> ; según el criterio de la corte, el respeto al principio de presunción de inocencia, es un presupuesto necesario para el cabal cumplimiento de las garantías judiciales del sindicado, sin

<sup>71</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969).

<sup>72</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés. *Sobre prueba y proceso penal*. Obtenido de: [www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sobre-prueba-y-proceso-penal/](http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sobre-prueba-y-proceso-penal/) (Acceso: 10/09/2018)

<sup>73</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suarez Rosero vs Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C N°35, par. 77.

tolerarse, además, que el acusado deba probar que no ha cometido el delito que se le atribuye, por cuanto el *onus probandi* corresponde a quien acusa.

En el juzgamiento del delito de violación sexual, el principio de presunción de inocencia representa una garantía procesal del acusado, a fin de que en el proceso penal, solamente exista una condena cuando haya existido prueba suficiente, legal y sometida a contradicción. Por tanto, en caso de incertidumbre sobre la participación del procesado en el hecho objeto de imputación, se debe declarar el estado constitucional de inocencia del acusado.

### 2.3.1 Diferencia entre presunción de inocencia e in dubio pro reo

Perfecto Andrés Ibáñez, discute un fallo del Tribunal Constitucional español, que determina que existe una diferencia de naturaleza entre la presunción de inocencia y el in dubio pro reo, marcándose el contraste en la relevancia de la garantía y sus posibles vulneraciones, de carácter constitucional en el primer caso, y de mera legalidad en el segundo<sup>74</sup>; entonces, el campo de operación del principio de presunción de inocencia está en la verificación objetiva de prueba válida de cargo, por otro lado, el *in dubio pro reo*, está relacionado con la valoración probatoria de la prueba de cargo existente en el proceso.

A decir de Ibáñez, no existe una diferenciación de naturaleza entre el principio de presunción de inocencia y el in dubio pro reo, y considera que ambos están enmarcados como garantías procesales, el primero como derecho fundamental a exigir una condena con prueba suficiente y válida, y el segundo como una garantía en el terreno del fenómeno probatorio, que determina que en caso de duda sobre la participación del imputado en el ilícito, debe optarse, si reservas, por la absolución del encausado.<sup>75</sup>

En materia de interpretación del concepto de duda asociado al principio “in dubio pro reo”, la Corte Suprema de Justicia de México hace un señalamiento interesante:

[...] el citado principio forma parte del derecho fundamental a la presunción de inocencia en su vertiente de estándar de prueba. Ahora bien, el concepto de "duda" implícito en el principio in dubio pro reo debe entenderse como la existencia de incertidumbre racional sobre la verdad de la hipótesis de la acusación, incertidumbre

<sup>74</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés. *Sobre prueba y proceso penal*. Op. Cit., pág. 60

<sup>75</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés. *Sobre prueba y proceso penal*. Op. Cit., pág. 61

que no sólo está determinada por el grado de confirmación de esa hipótesis, sino también eventualmente por el grado de confirmación de la hipótesis de la defensa, en el supuesto de que existan pruebas de descargo que la apoyen.<sup>76</sup>

A decir de la Suprema Corte de Justicia mexicana, en el recurso de amparo directo de 2013 referido, el principio “in dubio pro reo”, se deriva de la garantía constitucional a la presunción de inocencia, en su dimensión probatoria; según la Corte, el concepto de duda que se deriva de este principio, se refiere a la incertidumbre racional sobre la veracidad de la teoría del caso de la acusación, pero no solamente, la incertidumbre recae sobre la hipótesis de la acusación, sino también existe un consistente nivel de certeza y verosimilitud de la hipótesis de la defensa. Este grado de “incertidumbre racional” sobre la hipótesis de la acusación produce, ciertamente, una duda razonable en el juzgador sobre la participación del procesado en el hecho objeto de imputación.

#### **2.4 La necesidad de certeza sobre la participación del acusado**

Como ya se vio, es condición necesaria, a fin de justificar una sentencia condenatoria en el juzgamiento del delito de violación sexual, como en cualquier otra infracción, la existencia de una actividad probatoria suficiente que determine dos cuestiones: la existencia del delito (materialidad), y la participación del procesado (responsabilidad), fuera de toda duda razonable; esta pretensión de certeza, es un requisito indispensable en un contexto de un proceso penal adversarial acusatorio, con apego a los principios de inmediación, legalidad, contradicción, pertinencia, presunción de inocencia, carga de la prueba, presupuestos ineludibles en el proceso penal moderno.

En materia de jurisprudencia sobre el delito de violación sexual, está el caso que mediáticamente se conoce como “Karina del Pozo”; en el mencionado proceso penal se condenó a tres personas como autores del delito de asesinato (que en realidad fue una violación con resultado de muerte), y fueron condenados a 25 años de prisión cada uno. Respecto de un co-procesado se observa, al momento de analizar el discurso probatorio en el juicio, con relación a David Piña, el único elemento de cargo alegado por la Fiscalía en su contra fue un testimonio de un co-imputado (Gustavo Salazar), que lo

---

<sup>76</sup> Corte Suprema de Justicia de México. Recurso de Amparo Directo. Causa N° 3457/2013, de Junio de 2015.

señalaba como el autor del delito, único elemento que sirvió de fundamento al tribunal para determinar su culpabilidad en el hecho que se investigaba.<sup>77</sup>

Naturalmente, la inculpación de un co-procesado respecto de otro, mal podría servir para condenar penalmente a una persona; adicionalmente, con una sola prueba de cargo es inadmisibles una sentencia condenatoria en un proceso penal; el caso “Karina del Pozo” refleja la necesidad apremiante de contar con una cultura del proceso y una cultura de la prueba, encaminada al criterio de corroboración de la conducta punible, mediante una actividad probatoria suficiente, no tolerándose la condena en caso de incertidumbre sobre la participación del acusado, habida cuenta de que únicamente, como se vio, la presunción de inocencia se puede desvirtuar mediante una certeza probatoria de cargo, con elementos claros e inequívocos de comisión de delito.

Otro caso ciertamente paradigmático en materia de juzgamiento de delitos de violación, es el juicio N° 185-2006-MS<sup>78</sup>, relacionado con un recurso de revisión de una sentencia condenatoria por violación. Iván Buitrón Morales interpone recurso de revisión; como antecedente del precitado caso, la segunda sala de lo penal, acepta el recurso de casación interpuesto por el acusador particular, Carlos María Carranco Vásquez, quien representó al menor Carlos Javier Carranco, y casa la sentencia venida en grado, revocando la sentencia absolutoria, dictada por el tribunal de instancia, a favor del recurrente IVAN EDUARDO BUITRON MORALES, y le impone una condena de 18 años de reclusión mayor extraordinaria.

El recurso se fundamenta en el Art. 360 numeral 6 del Código de Procedimiento penal (anterior), que en la parte pertinente dice: Art. 360.- causas.-

Habrà lugar al recurso de revisión para ante la Corte Nacional de Justicia, en los siguientes casos:

6) Cuando no se hubiere comprobado conforme a derecho, la existencia del delito a que se refiere la sentencia.<sup>79</sup>

En virtud del expediente se observa que la infracción se cometió supuestamente el día 9 de septiembre de 2005; el examen médico legal se practicó el 14 de septiembre de 2005 (5 días después); el examen médico legal concluye lo siguiente: “

---

<sup>77</sup> Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha. Delito de asesinato. Juicio N° 17721-2014-0620

<sup>78</sup> Corte Nacional de Justicia. Recurso de Revisión. Juicio N° 185-2006-MS.

<sup>79</sup> Código de Procedimiento Penal anterior (1983). Art 360.6

BORRAMIENTO DE PLIEGUES ANALES, EXFINTER ANO RECTAL DILATADO: PRESENCIA DE UN DESGARRO ANTIGUO A LAS 7 SI COMPARAMOS ESTA REGIÓN CON LA CARATULA DE UN RELOJ”<sup>80</sup>

En el escrito de interposición del recurso de revisión, el abogado de la parte acusada, hace un estudio del examen médico legal practicado, y hace mención a la doctrina en materia de medicina legal referida al delito de violación:

Fecha de la violación. El legista solamente puede responder: “desgarro reciente” si tiene menos de 10 días de ocurrido, caso en el cual, los bordes están sanguinolentos y congestivos; “desgarro antiguo” si tiene más de 10 días, caso en el cual los bordes desgarrados están cicatrizados. Después de cicatrizados, los desgarrados siempre tendrán el mismo aspecto, así hayan transcurrido 11 días, un mes, un año, 10 años, 30 años etc<sup>81</sup>

El jurista cuestiona la contradicción entre la fecha de la supuesta consumación del tipo objetivo, que se señala el 9 de septiembre de 2005 (que consta en la denuncia verbal realizada) y las conclusiones del examen médico legal (realizado el 14 de septiembre de 2005), que ciertamente no tienen congruencia. El jurista sostiene que:

Si, el perito médico legista doctor Luis Figueroa, concluyó: presencia de un desgarro antiguo, significa a la luz de todo entendimiento que no hubo violación sexual, el día 9 de septiembre del 2005(**fecha que consta en la denuncia presentada**), por cuanto la pericia se la realizó 5 días después.-

Si, el referido perito, hubiese concluido en su informe médico legal, que estamos ante la presencia de un DESGARRO RECIENTE, resultaría entonces compatible la afirmación de la denuncia, acusación particular y acusación fiscal, con el informe médico legal.

Este caso resulta ciertamente interesante desde el punto de vista jurídico, a partir de las implicaciones del mismo en el ámbito de la valoración de los elementos de prueba, que dieron prevalencia al factor testimonial, prescindiendo de la contradicción que devela la prueba pericial con la declaración de la supuesta víctima (que incluso en el examen psicológico se determina que tiene tendencia a la fantasía) , lo cual, ciertamente, determinaba que no se pudo comprobar conforme a Derecho la comisión de la infracción. El recurso interpuesto fue inadmitido, y se ratificó la condena de 18 años de reclusión mayor extraordinaria; el acusado interpuso un recurso extraordinario de protección que está todavía en trámite en la Corte Constitucional del Ecuador.

---

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> Escrito de interposición del recurso de revisión dentro del juicio N° 185-2006-ms

### 2.4.1 Criterio de corroboración en el proceso penal

La Corte Nacional de Justicia, en un fallo de 2012, ha dicho que:

El testimonio de la víctima adquiere relevante importancia en los casos de violación sexual, **ya que unido a los peritajes y testimonios de profesionales calificados**, pueden llevar al Tribunal Juzgador a través de la sana crítica, a establecer la certeza de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado.<sup>82</sup>(Las palabras en negrilla me pertenecen)

Ya hemos visto que los delitos clandestinos, tienen la especial característica de ser cometidos en un contexto en que, la manifestación de la agraviada(o) resulta ser un elemento de cargo fundamental (no el único), habida cuenta de las circunstancias del hecho (única relación entre sujeto activo y víctima) para crear convicción en el juzgador, por tanto la valoración probatoria se convierte una etapa de acreditada complejidad.<sup>83</sup>

El criterio de corroboración, en el proceso penal en general, y en el juzgamiento del delito de violación sexual en particular, de conformidad con el principio de unidad de la prueba, examinado anteriormente, exige que el elemento de cargo testimonial (testigo víctima), sea corroborado por medio del examen de otros elementos periféricos al hecho materia de imputación (de carácter pericial) relacionados con el hecho infraccional (informe médico legal, reconocimiento del lugar de los hechos, informes psicológicos etc), que comprueben la materialidad de la infracción y la participación del imputado.

La Corte Nacional de Justicia, en una sentencia de revisión en 2013, ha determinado las dificultades en la obtención de prueba directa en materia de agresiones sexuales, lo cual es obvio, y al mismo tiempo señala que el testimonio de la víctima, debe ser corroborado con otras pruebas objetivas que hagan relacionar al procesado con el delito. De este modo, el máximo órgano jurisdiccional del país, en un recurso de revisión de una condena penal por violación, ha señalado que:

[...] se puede determinar que el niño hace referencia a Noel y Caluca, como los posibles atacantes pero no se puede presumir que uno de ellos sea Luis Humberto Vargas Obando (**el imputado**), sin embargo la Dra. Natacha Villacreces quien trató con posterioridad al niño y a pesar de haber realizado las mismas técnicas lúdicas sacó

<sup>82</sup> Corte Nacional de Justicia. Recurso de Casación. Juicio N° 2012-0488-2, de 22/11/2013

<sup>83</sup> Panta Cueva, David Fernando y Quiñonez, Vladimir. *La Declaración de la Víctima en los delitos sexuales: Inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria*. Obtenido pdf de: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_58.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_58.pdf) (Acceso: 14/09/2018)

otras conclusiones que sirvieron de fundamento del Tribunal A-Quo (**para dictar sentencia condenatoria**). Ya que los delitos sexuales son clandestinos y la existencia de prueba directa es poco probable, los vestigios y elementos de convicción que se puedan tomar tanto de la escena del delito como de la víctima, deben ser analizados en detalle por lo tanto el examen realizado por la Dra. Daniela Alexandra Romolerux Pérez en la víctima constituye nueva prueba, y sus conclusiones son determinantes y en ellas no se encuentra indicio alguno que conduzca la participación de Vargas por lo que este Tribunal de la Sala Especializada [...] procede a revisar la sentencia[...]”<sup>84</sup> (Las palabras en negrilla me pertenecen)

De la sentencia citada en párrafo anterior, es preciso realizar una serie de observaciones: en primer lugar, al tratarse de un recurso de revisión de una sentencia penal, es menester, por parte del revisionista, aportar prueba nueva que desvirtúe la hipótesis de acusación; en este sentido, la prueba nueva que sirvió de fundamento a la Corte Nacional de Justicia, para proceder a revisar la sentencia, se trata del examen realizado por la Dra. Daniela Alexandra Romolerux Pérez, en donde se concluye que no se encuentra indicio que determine la participación del imputado, porque la declaración de la presunta víctima no lo involucra de forma inequívoca y determinante. En segundo lugar, y para efectos del presente trabajo de investigación, es importante el señalamiento que realiza la Corte con respecto a los delitos que se comenten en la clandestinidad: en efecto, los delitos sexuales son clandestinos, y la prueba directa es de difícil obtención, sin embargo, los vestigios y elementos de cargo, que se puedan recabar en la escena del delito o en la persona de la víctima, deben ser valorados y analizados en su conjunto por parte del juzgador, a fin de comprobar la materialidad de la infracción.

El criterio de corroboración probatoria, determina que debe existir una adecuada actividad probatoria en el proceso penal, y por lo tanto, la declaración de la víctima en el delito de violación, debe ser tomado en cuenta como un elemento de cargo fundamental que debe ser corroborado por otras pruebas periféricas relacionadas con la consumación de la acción punible, estas son: el examen médico legal, que es la pericia de comprobación del acceso carnal (para que se configure el delito de violación).

#### **2.4.2 De los delitos enormes**

Es conocida una antigua doctrina penal, según la cual, ciertos delitos catalogados como “atroces”, en su tratamiento probatorio, es necesario disminuir las garantías

---

<sup>84</sup> Corte Nacional de Justicia. Recurso de Revisión. Juicio nro. 236-11, de 11 de junio de 2013

procesales, para evitar que estas conductas queden impunes: por tanto los meros indicios son suficientes para reprimir el delito, y evitar, de este modo, eficaces vías de escape.

Esta política penal fue alentada por Felipe IV, y su sucesor Felipe V, para evitar la criminalidad en la Madrid de la época (siglo XVII) , a decir de María Paz Alonso<sup>85</sup>; por ejemplo para el delito de hurto, bastaba la declaración del agraviado, más uno o dos indicios de cargo para condenar al justiciable; esta política, ciertamente, creaba un ambiente propicio, para que se lleven a cabo abusos del poder punitivo del estado, que sin frenos y garantías degeneran en su degradación autocrática.

El fundamento doctrinal, de estas políticas criminales, en la que se otorgada mayores facilidades probatorias al juez y al acusador, sobre cierta clase de delitos, se fundamentaba en una doctrina autoritaria del Derecho Penal, fundada en la máxima: “propter enormitatem delicti licitum est iura transgredi”; la máxima se le atribuye a Inocencio, y su traducción implica la posibilidad de “transgredir el Derecho en presencia delitos “atrocés.”<sup>86</sup>

Esta peligrosa corriente doctrinaria, defendida por Castillo de Bovadilla<sup>87</sup>, facultada al juez, en el juzgamiento de delitos sexuales, a tener un amplio espacio de discrecionalidad en la valoración de la prueba, a espaldas de las garantías básicas del procesado (presunción de inocencia, unidad de la prueba, eficacia probatoria etc) y estimulaba la persecución penal por medio de indicios; el problema de esta doctrina, subyace en la indeterminación del concepto de “conductas atroces”; no existe unanimidad en los autores en determinar, de forma tajante, cuales hechos se consideran como los de mayor reproche social. Asimismo, el proceso penal moderno, no admite una graduación del respeto de las garantías, en función de un determinado catálogo de infracciones, lo cual resulta inadmisibile a partir del Derecho positivo vigente. Del mismo modo, a partir de los principios que inspiran el Derecho Penal moderno, es inadmisibile hablar de una graduación de las garantías a partir de la clase de infracción

---

<sup>85</sup> Paz Alonso, María. *El Proceso Penal en Castilla (Siglos XIII Y XVIII)*. Ed. Universidad de Salamanca. Salamanca. 1982. Pág. 305-306

<sup>86</sup> *Ibidem*.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

juzgada: es como decir que en una clase de delitos la presunción de inocencia “se atenúa”.

### 2.4.3 De la prueba privilegiada

En 2009, la Corte Nacional de Justicia en un recurso de casación, ha determinado que en el juzgamiento de los delitos de carácter sexual al cometerse en un ámbito de clandestinidad, la declaración de certeza, respecto de la responsabilidad del procesado se obtiene por medio de “prueba indirecta a base de razonamiento lógico que brinda la experiencia del juzgador así como el sentido común”<sup>88</sup>; a partir del razonamiento de la corte, dada las circunstancias del cometimiento de determinadas delitos, como la clandestinidad, la prueba indirecta (basado en indicios) puede servir como elemento de cargo para crear convicción en el juez sobre la participación del procesado en el hecho delictivo.

Precisamente, la teoría de la prueba privilegiada, pregona la rehabilitación del testimonio de la ofendida(o) en la valoración de la prueba en el contexto de un proceso penal, para evitar que conductas que se producen en la clandestinidad queden impunes. La prueba sobre indicios, tiene relación con la valoración probatoria que realiza el juez a partir de la sana crítica (lógica y experiencia), unida a una amplia facultad discrecional con respecto a los elementos de cargo existentes en el proceso, a partir de los cuales, el juez determinada libremente si resultan suficientes o no para dictar una sentencia condenatoria.

A decir de Miranda Estrampes, en la libre valoración de la prueba, la antigua máxima “testis unus, testis nullus” (testigo único es testigo nulo), en materia de agresiones sexuales deja de tener vigencia, por cuanto según el criterio de la libre convicción, la declaración testimonial de la víctima puede ser considerado como un medio idóneo y eficaz para crear convicción sobre la responsabilidad del procesado<sup>89</sup>. Según esta tesis, la libre valoración de la prueba, permite al juzgador utilizar un solo elemento de cargo para justificar una condena, habida cuenta de la acreditada dificultad

---

<sup>88</sup> Corte Nacional de Justicia. Recurso de Casación. Juicio N° 2009-0245, de 11/02/2010.

<sup>89</sup> Miranda Estrampes, Manuel *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Ed. Bosch. Barcelona, 1997. pág. 184

que representa recabar elementos de prueba directos y objetivos en esta clase de infracciones.

A decir de Estrampes, “La convicción judicial como fin de la prueba no depende de un mayor o menor número de pruebas, en este caso de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su número”<sup>90</sup>; según el citado autor no importa el número de elementos de convicción, basta que la prueba practicada tenga suficiente fuerza de convicción en la comprobación del hecho materia de imputación. En esta misma línea Fuentes Soriano, comparte el criterio de la mínima corroboración probatoria, pero adicionalmente advierte que el testimonio de único testigo víctima debe someterse a un examen de admisibilidad de la incriminación.<sup>91</sup>

Miranda Estrampes en su libro *Mínima actividad probatoria en el proceso penal*, cita una sentencia del tribunal español:

Es frecuente, por ejemplo, que el delito de violación producido por intimidación no deje huellas visibles y externas de violencia que corroboren la versión de la víctima. Consciente de ello, el T.S. en sentencia de 13 de Setiembre de 1991 admitió la suficiencia la declaración de la víctima aun cuando no existieran pruebas periciales o de otra naturaleza de carácter complementario y siempre que, obviamente, no concurren razones que cuestionen su veracidad.<sup>92</sup>

La sentencia citada en el párrafo precedente, determina que frente a un delito de violación, en la que ejerció fuerza moral por parte del agresor, y por ende no existen huellas externas de violencia que acrediten la versión de la víctima, el juzgador tiene más amplitud para valorar el testimonio del sujeto pasivo, que deberá observar veracidad en su relato: por tanto la valoración probatoria recae sobre el fundamento testimonial de la carga probatoria, con presidencia de pruebas periciales o de otra naturaleza, pues estas, a decir del Tribunal, a veces pueden ser inexistentes; por ende la citada jurisprudencia pregona la suficiencia de la prueba testimonial para crear convicción en el juez, en ausencia de otra clase de elementos de cargo.

Asimismo, el Tribunal Supremo Español, ha determinado que:

El T.S español en reiteradas resoluciones viene admitiendo que la declaración de la víctima constituye un elemento probatorio adecuado e idóneo para formar la

---

<sup>90</sup> *Id.*, pág. 191

<sup>91</sup> Miranda Estrampes, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Op. Cit., pág. 192

<sup>92</sup> *Ibidem*.

convicción del juzgador y apto, por tanto, para poder destruir la presunción *iuris tantum* de inocencia, incluso en aquellos supuestos en que sea la única prueba existente, atribuyéndole el valor o la condición de mínima actividad probatoria de cargo legítima. Su admisión como prueba de cargo tiene lugar, fundamentalmente, en relación al marco de clandestinidad en que suelen consumarse tales delitos [...] <sup>93</sup>

Ciertamente, la tesis de la prueba privilegiada en el proceso penal, o la exigencia de una mínima actividad probatoria, representan la otra cara de la línea argumental del presente trabajo de investigación, pero resulta de enorme importancia destacar que, en la doctrina y la jurisprudencia, existe esta posición sobre el tratamiento probatorio en esta clase de infracciones, a fin de poder rebatirla con argumentos estrictamente jurídicos, sin que se pretenda llegar a conclusiones absolutas o incuestionables.

En virtud del moderno Derecho Penal, la presunción de inocencia del imputado solamente se la puede desvirtuar con una certeza probatoria de cargo; por tanto, en materia penal es inadmisibles condenar a un procesado con una sola prueba, en virtud de la normatividad constitucional y legal ecuatoriana, que determina que únicamente se puede condenar a una persona cuando el juzgador tenga pleno convencimiento sobre la participación del acusado en el ilícito, fuera de toda duda razonable.

## 2.5 Prueba material

A decir de Jorge Zavala Baquerizo, la prueba material, también llamada, por algunas legislaciones y varios tratadistas, como “prueba pericial”, es de capital importancia en el proceso penal, y uno de los medios de prueba más importantes, en tanto que, mediante aquella, nos podemos acercar lo más posible a la verdad histórica, comprobar la existencia del delito, finalidad de proceso penal, y adicionalmente determinar la responsabilidad del acusado. <sup>94</sup>

Como se verá más adelante, la jurisprudencia ecuatoriana, determina el valor que tiene el reconocimiento médico legal, a fin de arribar a la comprobación científica del delito, elemento tal, que sirve de fundamento para motivar una sentencia condenatoria sobre esta materia. Adicionalmente a esta diligencia, no es menos importante los actos

---

<sup>93</sup> Miranda Estrampes, Manuel *La mínima actividad probatoria en el proceso penal. Op. Cit.*, pág. 176

<sup>94</sup> Zabala Baquerizo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo IV*. Ed. Edino. Guayaquil, Ecuador. 2004. pág. 3

de reconocimiento del lugar de los hechos, reconocimiento de instrumentos de la infracción, y reconstrucción de los hechos que a continuación se explicaran.

### **2.5.1 Reconocimiento del lugar de los hechos**

Esta diligencia, la lleva a cabo el/la fiscal con la colaboración del Sistema Especializado Integral de Investigación de Medicina Legal y Ciencias Forenses (Art. 460 COIP); su finalidad es reconocer el lugar del cometimiento de los hechos que se investigan, a fin de aportar elementos de convicción para una eventual formulación de cargos, e inicio de la instrucción fiscal.

Por medio de esta diligencia investigativa, que es de capital importancia en la investigación del delito de violación, pues, por medio de esta diligencia, se pretende la recolección de evidencias, huellas, vestigios, o incluso instrumentos del cometimiento de la infracción, que ingresarán en la cadena de custodia para la correspondiente investigación del fiscal (Art 460.5 COIP).

### **2.5.2 Reconocimiento de instrumentos de la infracción**

Es facultad del fiscal realizar esta diligencia, cuando de las investigaciones se desprenda que existen instrumentos que se utilizaron en el cometimiento de la infracción; jurídicamente, instrumento de la infracción, es todo objeto utilizado por el autor para el cometimiento de acto delictivo: no hay que confundir objeto del delito con instrumento del delito, el primero es la cosa o persona sobre la que recae una infracción, y el segundo es el objeto del que se vale el autor para cometer el hecho. En materia de delitos de violación sexual, los instrumentos de la infracción pueden ser el arma de fuego, arma blanca o cualquier objeto utilizado para coaccionar psicológicamente a la víctima para que acceda al acto criminal.

### **2.5.3 Reconstrucción de los hechos**

La finalidad de la diligencia de reconstrucción de los hechos es la de tratar de reproducir un hecho en las mismas condiciones que se presume se ejecutó o pudo ejecutarse de un modo determinado; Zabala Baquerizo cita a Jiménez Asenjo, para quien la reconstrucción de los hechos no puede constituir un medio de prueba, sino más bien representa una medida de verdad; Baquerizo afirma que no que lo que se pretende

en esta diligencia es comprobar si real o verdaderamente un suceso ha podido suceder y si en efecto ha sucedido, por estar dentro de lo posible, para lo cual se ponen en contribución todos los elementos materiales y personales que debieron contribuir a su formación.<sup>95</sup>

La importancia de la reconstrucción de los hechos radica que, mediante esta diligencia, se podría determinar, incluso, si un procesado mintió: por ejemplo en el caso “Karina del Pozo”, uno de los co-procesados dice, en la reconstrucción de los hechos, que David Piña (otro co-procesado), sometió en el piso a la víctima y le torció el cuello para luego romperlo y acabar con la vida de la víctima, declaración que luego fue contradicha por el informe de autopsia que determina que la víctima no presenta ninguna lesión a la altura del cuello: es decir, por medio del examen de autopsia, se pudo desvirtuar una afirmación hecha en la reconstrucción de los hechos.<sup>96</sup>

## 2.6 Reconocimiento médico legal

La ex Corte Suprema de Justicia, ha determinado la importancia que tiene la pericia médico-legal para la comprobación de la materialidad del delito de violación sexual<sup>97</sup>; la prueba del delito de violación, a decir de Lisandro Martínez, es estrictamente de medicina legal. Según la jurisprudencia colombiana, “la pericia médico legal puede ser prueba insustituible en cuanto al hecho mismo y respecto a la época en que ha ocurrido”.<sup>98</sup> A decir de Lisandro Martínez, prescindir de la pericia médico-legal y acudir directamente a la prueba testimonial es descabellado.

En materia de medicina legal en general, y la prueba médico-legal del acceso carnal en particular, ciertos médicos no especializados en la materia, limitan la pericia al órgano genital de la ofendida. Según el criterio de Martínez, aquello no es suficiente, y se debe acudir a tres exámenes complementarios, como son: el somático, síquico y anamnésico biográfico. Mediante el primer examen, se podrá determinar la estructura corpórea y la resistencia física de la víctima, a fin de establecer la idoneidad y

---

<sup>95</sup> *Id.*, pág. 256

<sup>96</sup> Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha. Delito de asesinato. Juicio N° 17721-2014-0620

<sup>97</sup> Ex Corte Suprema de Justicia. Recurso de tercera instancia. Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XIII. No. 11. Pág. 2447. Quito, 27 de mayo de 1981.

<sup>98</sup> Martínez, Lisandro. *Derecho Penal Sexual*. Ed. TEMIS. Bogotá, Colombia. 1972. Pág. 141

persistencia de la violencia, a decir de Franchini<sup>99</sup>. Adicionalmente es preciso realizar el examen traumático y el interrogatorio de la víctima, y por último es recomendable, al tratarse de una víctima impúber, se examine al sindicado y se determine su constitución física, la constitución de su miembro viril y la cavidad genital de la ofendida.<sup>100</sup>

En el acceso carnal, en materia de comprobación científica de su existencia, influyen el factor desfloración (cuando la víctima es virgen), y el factor tiempo; la ofendida ha sido desflorada cuando el acceso es reciente, es decir, cuando han transcurrido de ocho a diez días como máximo, desde la consumación del tipo objetivo. En esta materia, es preciso indicar el sentido y alcance científico de la palabra desfloración:

En las mujeres vírgenes, la penetración en la vagina a través del vestíbulo vulvar del miembro masculino en erección, o de un cuerpo rígido voluminoso, ordinariamente determina la laceración de la membrana (himen) cuya integridad testimonia la virginidad física de la mujer. El acto que lleva a la laceración el himen, toma el nombre de desfloración. Desflorada es la mujer cuyo himen no es ya anatómicamente íntegro<sup>101</sup>

A decir de Ponsold, “la rotura del himen se efectúa en la mitad inferior de la membrana y en dirección oblicua hacia uno u otro lado”<sup>102</sup>. En este sentido, el examen médico legal, si en su parte conclusiva determina que existen huellas de desgarro reciente (diez días o menos) o antigua (mayor a diez días), es irrefutable la ocurrencia de acceso carnal, y por lo mismo de la existencia material del delito.

A decir de Solórzano Niño, el médico legista, en la fase de conclusiones del informe médico legal, solamente puede responder si el desgarro es reciente o antiguo: es reciente si tiene menos de 10 días de ocurrido, caso en el cual los bordes están sanguinolentos y congestivos; y desgarro antiguo cuando los bordes desgarrados están cicatrizados, después de cicatrizados los bordes tendrán el mismo aspecto “así hayan transcurrido 11 días, un mes o un año”.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> *Id.*, pág. 142. Martínez cita a Franchini en su libro.

<sup>100</sup> Ciampolini, Adolfo. *Sexualidad y medicina forense*. Milán. Ed. Vallardi. 1931. pág. 316

<sup>101</sup> Corinaldesi, Francesco. *Desfloración, en Diccionario de criminología, de Florian, Niceforo y Pende*. Milán. 1943. Pág. 225

<sup>102</sup> Ponsold, Alberto. *Manual de Medicina Legal*. Barcelona. 1955. Pág. 459

<sup>103</sup> Solórzano Niño, Roberto. *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados. Op. Cit.*, pág.

El médico forense, en el examen debe realizar lo siguiente:

1. Identificación de la víctima; 2. Edad de la ofendida(o) y sexo; 3. Examen físico: signos de violencia física; 4. Examen ginecológico; 4.1. Estado de los órganos genitales; 4.2. Presencia o ausencia de embarazo; 4.3. Signos de contaminación venérea; 5. Examen psiquiátrico (interrogatorio de la víctima); 5.1 Edad mental; 5.2 Perturbación psíquica; 6. Examen toxicológico; y 7. Conclusiones<sup>104</sup>

Otra prueba pericial de enorme importancia en el juzgamiento del delito de violación, es la obtención de fluidos corporales (Art 463 COIP); si el desgarró es reciente, se debe determinar la presencia de espermatozoides, para lo cual se toma secreción vaginal; si los espermatozoides están vivos (son móviles), la relación sexual se produjo en las últimas 12 horas; hasta tres días después del coito se pueden encontrar espermatozoides inmóviles en la vagina.<sup>105</sup>

Del mismo modo, se pueden realizar pruebas de manchas de semen, que pueden alojarse en los bellos del pubis, en las prendas íntimas, etc; también es posible determinar el tipo sanguíneo del agresor por medio del examen de las muestras de semen, de lo cual se puede determinar a quién pertenece el fluido corporal; además, el factor DNI o minisatélites del ADN, puede determinar, a partir del líquido seminal dejado en la vagina, que hombre consumó el acceso carnal.<sup>106</sup> El factor DNI, está compuesta por partículas de ácido desoxirribonucleico, y forman parte del material cromosómico humano: se encuentran presentes en cualquier tejido humano, como pueden ser la saliva, sangre, semen, uñas, piel, pelo etc<sup>107</sup>; la importancia de la prueba del factor DNI, en la práctica forense ha logrado determinar, incluso cuando un cadáver ya se encuentra en estado de descomposición, que se puede obtener tejido humano, como los vellos púbicos del agresor en la víctima, y por tanto, determinar a quién

---

<sup>104</sup> *Ibidem.*

<sup>105</sup> *Id.*, pág. 307

<sup>106</sup> *Id.*, pág. 309

<sup>107</sup> Solórzano Niño, Roberto. *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*. Op. Cit., pág.

pertenece ese material genético: esta pericia se realizó en el caso del “Crimen de Alcácer”<sup>108</sup> en España, lo que logró determinar quién realizó el acceso carnal.

#### a) Examen psicológico

En el informe médico legal, el examen psicológico tiene una enorme importancia, ya que a través de esta pericia se podrá determinar el grado de afectación psíquica en la víctima, y adicionalmente si es que esta padece de alguna lesión mental que le haya impedido oponerse a su agresor, o si no pudo oponer resistencia porque se encontraba bajo influencia de sustancias estupefacientes (condición psíquica de minusvalía)<sup>109</sup>; mediante el examen psicológico, de igual manera, se puede determinar el grado de veracidad del relato de la víctima; por tanto, el médico que realiza la pericia puede determinar alteraciones patológicas en la víctima como pueden ser tendencia a la fantasía (presente en niños), u otra alteración que incida en la real veracidad de lo manifestado por el testigo. El examen psicológico, a decir de Solórzano Niño, también se debe realizar al victimario, para determinar, si cabe, si es que el agresor es imputable o no.<sup>110</sup>

El objetivo del examen psicológico en la víctima que ha sufrido de un delito violento, es valorar el grado de afectación psicológica presente, para de esta manera, sugerir un tratamiento adecuado<sup>111</sup>; los delitos violentos, y las agresiones sexuales son uno de ellos, con frecuencia, generan en la víctima estrés postraumático, así como otras alteraciones como la depresión, el abuso de sustancias psicotrópicas, tendencia a evitar ciertos lugares que recuerdan ese evento traumático etc, lo que en muchos casos provoca que la vida cotidiana que llevaba la víctima antes de producirse el delito, cambie por completo durante un periodo de tiempo.

---

<sup>108</sup> Se conoce como crimen de Alcácer al secuestro, violación, tortura y asesinato de Míriam, Toñi y Desirée, tres adolescentes de catorce y quince años del municipio valenciano de Alcácer, España, la noche del 13 de noviembre de 1992

<sup>109</sup> Solórzano Niño, Roberto. *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*. Op. Cit., pág. 309

<sup>110</sup> *Ibidem*.

<sup>111</sup> Echeburúa, Enrique, Paz de Corral y Pedro J. Amor. *Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos*. Departamento de personalidad y tratamientos psicológicos. Facultad de Psicología. Universidad del País Vasco. Obtenido de: <http://masterforense.com/pdf/2004/2004art19.pdf> . (Acceso: 20/10/2018)

### **b) Examen de entorno social**

El examen de entorno social de la víctima y el victimario estudia su entorno social para comparar el antes y el después del hecho; el informe de entorno social cobra enorme importancia al momento de producirse el delito de violación u otra agresión sexual, en un contexto en que la víctima y el victimario forman parte de un mismo núcleo familiar: por esta razón, el informe del trabajador social puede ser utilizado como un elemento de convicción para determinar la situación de subordinación entre agresor y víctima, y el contexto de violencia o maltrato físico que pudo haber existido en el entorno íntimo-familiar de la persona agraviada, lo que desencadenó, posteriormente, en las agresiones sexuales que se acusan.

El informe de entorno social se compone en primer lugar de especificación de la situación familiar, es decir, el tipo de familia de la víctima: nuclear, monoparental, extensa etc, también se debe precisar el número de miembros del núcleo familiar, y el grado de parentesco de cada uno de ellos; otro elemento del informe de entorno social es la información sobre la situación socio-económica de la víctima, donde se detalla el tipo de vivienda donde vive, sus ingresos económicos, su situación laboral, y las relaciones que mantiene con su entorno social.

### **c) Proteína P30 en el líquido seminal**

En el evento de que el agresor del delito de violación sea azoospermico o vasectomizado (incapacidad de producir espermatozoides), en presencia de muestras de semen en la víctima o en prendas de vestir, se debe realizar la prueba p30, a fin de detectar cualitativamente la presencia de proteína p30 en la identificación del semen.<sup>112</sup>

Las fosfatasa ácida (proteína P30), son enzimas producidas por la próstata adulta en la eyaculación, en cantidad de 2.000 unidades Gutman por milímetro<sup>113</sup>, encontrándose en el líquido seminal: la presencia de estas enzimas son prueba irrefutable de la ocurrencia de acceso carnal; a decir de Solórzano Niño, “se pueden realizar pruebas en manchas secas y aun varias semanas después del coito”<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Solórzano Niño, Roberto. Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados. Op. Cit., pág. 320

<sup>113</sup> *Ibidem*.

<sup>114</sup> *Ibidem*.

La prueba inmunocromatográfica, es la prueba confirmatoria para determinar la presencia de proteína P30 en la muestra de semen obtenidas después de la agresión sexual<sup>115</sup>; las muestras en las que se evidencia la presencia de líquido seminal son hisopados genitales, para genitales y extra genitales, así como también en manchas de líquido seminal en prendas de vestir, preservativos etc. Así, por medio de este material genético obtenido, se puede determinar quién pertenece el fluido, y por tanto quien realizo el acceso carnal.

## 2.7 Prueba testimonial

Zavala Baquerizo cita a Manzini, quien determina que testimonio es:

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 dirigidas a los fines de prueba, o sea a la comprobación de la verdad.<sup>116</sup>

A la luz del COIP, el testimonio es el mecanismo por medio del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado un hecho o tienen conocimiento de las circunstancias del cometimiento de la infracción (Art 501COIP). Por tanto, el testimonio no solo se limita a la declaración de terceros extraños al proceso (testimonio propio) según Manzini, sino que su ámbito abarca la declaración de la víctima y el procesado.

### 2.7.1 Testimonio de la ofendida(o)

El testimonio de la víctima se recepta bajo juramento, y su mera declaración, por si sola, no constituye prueba, por cuanto los juzgadores deben valorar ese testimonio en relación a otros elementos de prueba practicados en el proceso para tomar una decisión. Naturalmente, la línea de interrogatorio que debe hacerse a la víctima, debe empezar por preguntarle quien participó en el cometimiento de la infracción, cuando y donde fue consumado el delito, la indicación de los instrumentos del delito utilizados por el

<sup>115</sup> Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses .Manual de Procedimientos del Laboratorio de Biología Forense. Obtenido de: [http://www.fiscalia.gob.ec/files/archivos%20AC/COIP%20073%20FGE/Area%20Ciencias%20Forenses/6\\_Manual\\_de\\_Procedimientos\\_de\\_laboratorio\\_de\\_Biologa\\_Forense.pdf](http://www.fiscalia.gob.ec/files/archivos%20AC/COIP%20073%20FGE/Area%20Ciencias%20Forenses/6_Manual_de_Procedimientos_de_laboratorio_de_Biologa_Forense.pdf). Acceso: 20/10/2018

<sup>116</sup> Zabala Baquerizo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V*. Ed. Edino. Guayaquil, Ecuador. 2004. pág. 5

presunto autor, si existió violencia física o moral, y las circunstancias en que se ejecutó el hecho delictivo.

La víctima del delito podrá solicitar al juzgador se permita rendir su testimonio evitando la confrontación visual con su agresor, a través de video conferencia o cámara de Gessel (Art 510 COIP); del mismo modo este mecanismo, podrá ser utilizado en caso de delitos contra la integridad sexual cometidos en perjuicio de niñas, niños y adolescentes.

### **2.7.2 Testimonio de acusado(a)**

El testimonio del acusado es un medio de defensa; la persona procesada no podrá ser obligada a rendir testimonio, en virtud del derecho constitucional a acogerse al silencio (Art 77.7 letra b, CE); si la persona procesada decide dar su testimonio, no se le requerirá juramento o promesa de decir la verdad (Art 507.3 COIP). El declarante, al momento de rendir su testimonio, deberá estar acompañado de su defensor público o privado, para garantizar sus derechos.

La declaración auto inculpatória del procesado no debe entenderse como prueba plena e irrefutable de la comisión del hecho que se investiga, pues aun en ese contexto, la fiscalía debe agotar todos los actos probatorios de cargo encaminados a demostrar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona procesada. La exigencia de demostrar procesalmente la responsabilidad del acusado, a pesar de su auto inculpatória, obedece a que, puede ocurrir, que el procesado rinda su declaración por tédio a la vida, por precio o remuneración etc.

## Capítulo III:

### Valoración de la prueba en el delito de violación sexual: la declaración del único testigo víctima

#### 3.1 Valoración jurídica de la prueba

Una vez incorporada la prueba al proceso penal, en el juzgamiento del delito de violación sexual, el juez tiene la tarea de valorar cada uno de los elementos de cargo y de descargo existentes; estos elementos son la declaración de la víctima, el informe médico legal, valoraciones psicológicas, reconstrucción de los hechos, reconocimiento de instrumentos de la infracción etc ; por medio de esta actividad se pretende arribar a una decisión, ya sea de naturaleza condenatoria o absolutoria; para este ejercicio, el juez debe conocer cabalmente los hechos del caso, formular varios juicios lógicos a partir del acervo probatorio, y llegar a una conclusión final o sentencia. La valoración es jurídica, porque la actividad de evaluación probatoria del juez debe ajustarse a Derecho.

La valoración jurídica de la prueba es un acto racional, legal y humano; es un proceso racional porque el juzgador tiene la obligación de prestar toda su capacidad intelectual de análisis y de síntesis, con apoyo de la lógica-dialéctica, las leyes de causalidad y la teoría del conocimiento; la valoración es legal porque la evaluación del acervo probatorio debe realizarse con respecto a las pautas y lineamiento que señala la norma positiva; y por último, es un proceso humano porque el juzgador, como ser perfectible, no puede dejar de lado sus concepciones personales, y por tanto, su experiencia, psicología y personalidad siempre están presentes en su decisión.<sup>117</sup>

#### 3.2 Sistemas de valoración de la prueba

La labor del juzgador es aplicar el Derecho al hecho objeto de imputación, para lo cual debe realizar una evaluación minuciosa de las pruebas aportadas oportunamente al proceso (principio de legalidad y necesidad); calificar las pruebas, es función exclusiva del juzgador, actividad que cierra el ciclo probatorio. Gustavo Rodríguez cita a Gorphe, quien en su libro “La apreciación judicial de las pruebas” manifiesta que:

---

<sup>117</sup> Humberto Rodríguez, Gustavo. *Curso de Derecho Probatorio. Op. Cit.*, pág. 98

...la antigua imagen de la justicia con los ojos vendados brinda un concepto erróneo; deberá ser reemplazada por otra con una antorcha en la mano iluminando una balanza moderna; una justicia que cierra los ojos a las preferencias personales y los oídos a las solicitudes, sin duda, pero que también se ilumina con la luz de la ciencia para descubrir la verdad y pesar con medidas exactas.<sup>118</sup>

La Corte Nacional de Justicia, en un recurso de casación en 2013, ha determinado que en materia de valoración de la prueba en delitos sexuales, habida cuenta de la naturaleza de los hechos a probarse, la valoración en conjunto de la prueba es particularmente importante; la prueba debe apreciarse en su conjunto de conformidad con las reglas de la sana crítica, y por tanto el juzgador debe “razonar delante de la prueba y con la prueba, teniendo en cuenta que existe unidad y por tal no puede analizarse las pruebas en forma separada.”<sup>119</sup>

En el desarrollo del derecho procesal, los sistemas de evaluación probatorias ha recorrido un largo camino: que se sintetizan en cinco etapas: a) la étnica, propia de las sociedades primitivas; b) la religiosa o mística, caracterizada por los denominados “juicios de dios”; c) la legal, en la cual la ley determinaba el procedimiento, los medios y prueba, y su valor en el proceso; d) la sentimental, fruto de la Revolución Francesa, en la cual predominaba la íntima convicción del juez por sobre las reglas o pautas; e) la científica, en la evaluación probatoria es el resultado del raciocinio del juzgador limitado por los principios de las ciencias, la técnica, la lógica y la experiencia humana.<sup>120</sup>

### 3.2.1 Sistema de la prueba legal

El sistema de la prueba legal representa la superación de los sistemas primitivos y religioso de valoración probatoria (en que la prueba se evaluaba a partir de la ley del gens, o la ley divina); la finalidad de este sistema de valoración es objetivar el tratamiento de los elementos de prueba; a decir de Lessona, el sistema de la prueba positiva o legal tuvo su origen en el procedimiento bárbaro, y se reforzó en el procedimiento romano canónico; en este último, la finalidad de establecer el sistema de prueba legal, pretendía eliminar el arbitrio de los juzgadores, y asegurar la obtención de

---

<sup>118</sup> *Id.*, pág. 90

<sup>119</sup> Corte Nacional de Justicia. Recurso de Casación. Juicio N° 488-2012. 3 de septiembre de 2013

<sup>120</sup> Humberto Rodríguez, Gustavo. *CURSO DE DERECHO PROBATORIO. Óp. Cit.*, pág. 91

la “verdad real”, por medio de reglas encaminadas a dirigir el juicio respecto al valor de los elementos de prueba.<sup>121</sup>

De este modo, para algunos elementos de prueba, existían reglas precisas a partir de principios racionales, a fin de tomar una decisión por medio de los resultados externos del proceso: a este sistema, también se lo conoce como el de tarifa legal, porque la ley medía cuantitativamente el valor de cada prueba; la teoría de la prueba formal o legal representó una etapa del derecho procesal destinada establecer límites y frenos a la arbitrariedad y el poder ilimitado en la actuación de la magistratura.

### **3.2.2 Sistema de la íntima convicción**

El sistema de la íntima convicción, como técnica de valoración de la prueba, apareció después del Iluminismo, el Enciclopedismo, la primera Revolución francesa, y por tanto los conceptos formales de libertad, igualdad, seguridad, se trasladaron a los preceptos normativos; esta teoría, en cierta forma, es una reacción filosófica y jurídica frente a los excesos del formalismo de sistema de la prueba legal. Por esa razón, también se ha denominado a este sistema como el de “sistema de prueba moral” o “libérrima convicción”.

La característica de este sistema es que la ley se despreocupa de los elementos de la convicción, y basta que el juzgador se declare íntimamente convencido de su razón, con enormes espacios de discrecionalidad en el ejercicio jurisdiccional. Por eso, Couture determina que “dentro de este método el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos, y aun contra la prueba de autos”<sup>122</sup>. Es suficiente la convicción moral, el conocimiento intuitivo del juez, la “ciencia interior”, lo que en cierto modo, favorece la subjetividad en la valoración de los elementos de prueba.

### **3.2.3 Sistema de la sana crítica**

A partir del siglo XIX, los estudios de la psicología experimental, y el desarrollo de las ciencias y la técnica, se piensa en la necesidad de aplicarlas al proceso penal, y la

---

<sup>121</sup> Lessona, Carlos. *Teoría General de la Prueba en el Derecho Civil*. Ed. Trotta. Madrid. 1898. Pág. 178

<sup>122</sup> Humberto Rodríguez, Gustavo. *Curso de Derecho Probatorio*. Op. Cit., pág. 94 (Humberto Rodríguez cita a Couture)

calificación probatoria, como ciencias auxiliares encaminadas al acercamiento más próximo de la verdad histórica en el proceso penal, por medio de la experiencia científica.

Dentro del sistema de la sana crítica, el evaluador de la prueba sigue siendo el juez, pero en su decisión ya no influye únicamente su conciencia o su convicción moral (íntima convicción), sino que el análisis probatorio se rige por su discernimiento, su raciocinio, su análisis crítico, su experiencia, la utilización de la ciencia y la técnica como fundamento para llegar a la convicción de un hecho; el juez está especialmente obligado a motivar sus decisiones y fundamentarlas racionalmente <sup>123</sup>; la utilización de la ciencia, a partir del sistema de la sana crítica, en el juzgamiento del delito de violación sexual cobra enorme importancia por la circunstancia de que a partir de las conclusiones que aporte el informe médico legal se puede demostrar científicamente la materialidad de la acción típica, en este caso el acceso carnal.

A decir de Couture:

Este sistema no tiene la excesiva rigidez del legal, ni la excesiva incertidumbre del íntimo convencimiento. Es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento. <sup>124</sup>

Según Couture, el sistema de la sana crítica tiene la especial característica de no estar en los extremos de la rigidez del formalismo (prueba legal), ni la excesiva subjetividad del juez en la apreciación de la prueba (íntima convicción), lo que permite la apreciación de la prueba mediante la lógica en la evaluación de los elementos periciales de prueba, con la ayuda de la experiencia del juzgador.

Sobre las reglas de la sana crítica, y la valoración de la prueba, la Ex Corte Constitucional para el periodo de transición ha mencionado que:

[...]En medio de estas aparece la denominada como sana crítica, que supone la existencia de garantías de derecho sustantivo, pero da cierta libertad al juez para determinar algunas reglas adjetivas particulares del proceso para poder valorar la prueba, con el fin de comprobar y formarse convicción... la sana crítica es el mecanismo utilizado en la actividad judicial (...) práctica, y la valoración de las pruebas es un conjunto de pasos reglados de comprobación lógica (prueba material), y

<sup>123</sup> Humberto Rodríguez, Gustavo. *Curso de Derecho Probatorio. Op. Cit.*, pág. 95

<sup>124</sup> Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. 1958. Pág. 279

la presentación ordenada para la conformación psicológica de convicción del juzgador (prueba formal),...<sup>125</sup>

A decir de la Corte Constitucional, el sistema de la sana crítica comporta el respeto a las garantías de derecho sustantivo (prueba legal), pero también otorga cierta libertad al juzgador para apreciar la prueba, con sujeción a los principios de la lógica y la experiencia, que le permitan formar su convicción.

Como lo menciona Amílcar Baños, el sistema de la sana crítica comporta una doble dimensión: en su dimensión negativa, impide toda regla positiva que gradúe en abstracto el valor de los elementos de prueba; en sentido positivo, determina que el juzgador debe valorar la prueba de forma razonada y reflexiva, con sujeción a las reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia.<sup>126</sup>

La sana crítica es el sistema de valoración probatoria imperante en los modelos procesales contemporáneos; en materia de valoración de la prueba en el delito de violación sexual, el mentado sistema permite al juez evaluar el acervo probatorio con sujeción a reglas de la ciencia, la lógica y la experiencia, y por lo tanto, no le es permitido, por la naturaleza de esta infracción, prescindir de la valoración del informe médico legal y otras pruebas de carácter pericial, y otorgar, de esta manera, valor de convicción al mero testimonio de la víctima, sin una verdadera corroboración del mismo.

### **3.3 De la prueba indiciaria**

La valoración de la prueba indiciaria en el juzgamiento del delito de violación sexual, cobra incidencia, habida cuenta que al juzgarse un hecho cometido en la clandestinidad, los indicios, que tienen el carácter de pruebas indirectas, pueden ser elementos que puedan permitir al juzgador llegar al convencimiento, siempre y cuando estos elementos de cargo, estén respaldados por varios elementos periféricos con respecto al hecho objeto de imputación: en materia del juzgamiento de este delito, la declaración de la víctima, debe estar acreditada por pruebas de índole pericial

---

<sup>125</sup> Ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición en sentencia No 010-12-SEP-CC, de 15 de febrero del 2012, del caso No. 1277-10-EP

<sup>126</sup> Amílcar Baños, Alberto. *La apreciación de la prueba en el proceso laboral*. Buenos Aires. 1954. Pág. 17 y 18

practicadas con oportunidad, como son el reconocimiento médico legal, el interrogatorio a la víctima, el interrogatorio al procesado, el informe de entorno social etc.

A decir de la jurisprudencia española:

...prueba indiciaria es aquella que se dirige a indicar la certeza de algunos hechos (indicios) que no son constitutivos del delito objeto de imputación, pero de los que a través de la lógica y de las reglas de la experiencia, puede inferirse dichos hechos y la participación del acusado.<sup>127</sup>

Según la jurisprudencia citada, los indicios en que se apoya esta clase de prueba no demuestran directamente la comisión de la infracción, pero por medio de la apreciación racional y lógica del juzgador, puede deducirse la existencia y responsabilidad del acusado, característica propia del sistema de valoración de la sana crítica.

La prueba a través de indicios es de carácter lógico y racional; por esta razón, los indicios como las presunciones se consideran pruebas intelectuales, indirectas, a diferencia de los elementos directos de prueba: en las pruebas directas predomina la percepción y la representación, y en las indiciarias, el razonamiento y la inducción-deducción.<sup>128</sup>

### 3.4 Valoración de la prueba indiciaria

Sobre la valoración de la prueba indiciaria, hay diversas posturas sobre su tratamiento en el proceso penal, desde las que estiman que es una prueba indirecta, secundaria o supletoria, hasta las que consideran que la prueba indiciaria en determinados delitos, puede ser considerada suficiente para llevar al juez al convencimiento del hecho materia de imputación (Manzini).<sup>129</sup>

Ciertamente, la prueba indiciaria es un elemento indirecto y supletoria de cargo, a partir del hecho de que, ese elemento procesal no demuestra irrefutablemente la ocurrencia del hecho, sino genera un cierto grado, mayor o menor, de presunción sobre la consumación del tipo objetivo: el juzgador solo puede decidir dentro del terreno de lo que puede motivar; las presunciones o indicios no pueden ser considerados en sí mismos elementos suficientes para crear convicción en el juez, porque el derecho a la

---

<sup>127</sup> Miranda Estrampes, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Op. Cit., pág. 115

<sup>128</sup> Humberto Rodríguez, Gustavo. *Curso de Derecho Probatorio*. Op. Cit., pág. 268

<sup>129</sup> Humberto Rodríguez, Gustavo. *Curso de Derecho Probatorio*. Op. Cit., pág. 272

presunción de inocencia exige una adecuada actividad probatoria dentro del proceso, que permita relacionar procesalmente al imputado, fuera de toda duda razonable, con el hecho punible.

Quienes pregonan la importancia de la prueba indiciaria en el proceso penal consideran que en materia penal, la prueba basada de indicios es de gran utilidad y necesidad, y en ausencia del fenómeno indiciario “habría que borrar del código varios delitos, porque serían indemostrables”<sup>130</sup>; defensores de esta corriente del Derecho probatorio son Antonio Rocha, Primitivo Gonzales y Vishinski: este último anota que la prueba indiciaria reviste de una calidad objetiva especial, pues los vestigios que deja el delito, como pueden ser las señales de lucha del sospechoso, la mancha de sangre en su ropa, los cabellos en la mano del cadáver, son elementos objetivos, que están en la realidad, y por tanto, que tienen una realidad óptica, suficientes para crear convicción en el juzgador sobre la participación del procesado; Rocha añade: “precisamente el segundo gran mérito es su naturalidad, su falta de artificio, su autenticidad, por tanto”.<sup>131</sup>

### **3.5 El testimonio del único testigo víctima**

La declaración del único testigo víctima en el juzgamiento del delito de violación, debe ser valorada como un elemento de cargo fundamental (pero no el único), y como ya se ha visto, se le otorga un valor probatorio de particular relevancia, a fin de evitar que determinadas conductas producidas en la clandestinidad queden impunes: esto es lo que se estudió en el capítulo II, particularmente en el apartado denominado “prueba privilegiada”. Esta fuente de conocimiento en el proceso (testimonial), debe ser valorada en forma conjunta con otra clase de pruebas aportadas (comunidad de la prueba), de carácter directo como el reconocimiento médico legal, informes periciales, y de mera referencia, como los informes psicológicos, de entorno social etc, a fin de arribar a una verdad procesal, fuera de toda incertidumbre racional sobre la participación del procesado en el delito.

---

<sup>130</sup> Rocha Alvira, Antonio. De la prueba en derecho (conferencias de clase para estudiantes de quinto año de derecho). Ed. El Gráfico. Bogotá. 1940. Pág. 190

<sup>131</sup> *Ibidem*.

Como ya se mencionó, la presunción de inocencia como regla de juicio, exige que para enervar este derecho fundamental, se necesita certeza probatoria de cargo: para este fin la valoración del testimonio del único testigo víctima debe ser analizado con mucho cuidado y prudencia, para determinar que no exista ninguna razón espuria o extraña a la verdad histórica, que motive al declarante a prestar ese testimonio; por tanto, la declaración del único testigo víctima debe ser sometida a examen, mediante un criterio de admisibilidad de su declaración, que fue desarrollado por la jurisprudencia española, para el tratamiento de este elemento probatorio, asunto que se estudiará más adelante con relación a los criterios de valoración de la prueba testimonial.

Nuestra jurisprudencia no tiene un criterio uniforme para explicar el tratamiento que debe tener la valoración de la prueba del testimonio del único testigo víctima, y por tanto, la valoración sobre esta materia debe ceñirse a las reglas de la sana crítica, sistema imperante en el ejercicio de la evaluación de medios probatorios según nuestra jurisprudencia. Por tanto, a partir del principio de comunidad de la prueba, los elementos de convicción deben ser valorados en su conjunto, y no separadamente, a fin de otorgar entidad al fenómeno probatorio que debe probar un hecho de forma inequívoca y directa.

### **3.6 Psicología del testimonio**

La psicología del testimonio es la ciencia metodológica, donde se encuentran los resultados de la psicología experimental y la psicología jurídica<sup>132</sup>. La psicología experimental nos enseña las diversas alteraciones de los fenómenos psicológicos: nos indica la dificultad que tiene la valoración del testimonio humano; por otro lado la psicología jurídica, nos enseña la serie de manifestaciones del indiciado para impedir la búsqueda de la verdad.<sup>133</sup>

La fidelidad del testimonio, y por tanto su exactitud, depende de dos factores: el estado de las facultades intelectuales del testigo y su disposición moral; a decir de Jeremías Bentham, en las facultades intelectuales del testigo están: la percepción, el

---

<sup>132</sup> Mensías Pavón, Fabián. *Psicología del testimonio*.

<https://www.derechoecuador.com/psicologiacutea-del-testimonio-0> (Acceso: 08/04/2018)

<sup>133</sup> *Ibidem*.

juicio, la memoria y la imaginación<sup>134</sup>; en el proceso penal, es importante determinar las condiciones intelectuales del testigo, para arribar a la conclusión de que no presta su testimonio por otra razón ajena a aportar con la verdad: puede tratarse de un testimonio malicioso, que debe ser desechado y excluido de discurso probatorio.

A decir de Jorge Zavala Baquerizo, el testimonio no debe ser estudiado como un medio de prueba, sino es importante analizarlo por medio de su respectivo “órgano”, que es el testigo<sup>135</sup>. Con relación a las disposiciones morales del testigo, estas tienen dos dimensiones: la veracidad y la atención: existe veracidad en la declaración del testigo cuando, a decir de Jeremías Bentham, “cuando se empeña sinceramente en dar su testimonio, y en que la conclusión de él se derive, sea conforme al estado real del caso”<sup>136</sup>.

Es estudio y análisis de la psicología del testimonio en el proceso penal cobra enorme importancia en la medida en que, en un cierto número de delitos, la prueba testimonial en el proceso va a resultar como un elemento fundamental, cuando la prueba material-objetiva no resulte suficiente o inexistente: por tanto, la actitud del testigo como fuente trascendental del conocimiento en el proceso debe ser sometido a examen, y establecer si existe fidelidad en su declaración, conforme a las reglas de la lógica y la experiencia.

### **3.7 La dificultad de la prueba testimonial**

En la cultura procesal, históricamente la prueba testimonial se ha considerado como una prueba de “fácil” apreciación, habida cuenta que, en virtud del principio de inmediación, el tribunal que valora la prueba, por medio del contacto directo con el testigo, por medio de lenguaje verbal y el lenguaje gestual, tendría una capacidad especial para determinar la veracidad de lo manifestado; también se sabe que, la prueba testimonial es la prueba directa por antonomasia, y tendría la virtualidad de poner al

---

<sup>134</sup> Bentham, Jeremías. *La Prueba En El Juicio Oral Penal*. Ed. Cueva Carrión. Quito. 2004. Pág. 60

<sup>135</sup> Zabala Baquerizo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo V. Op. Cit.*, pág. 23

<sup>136</sup> Bentham, Jeremías. *La Prueba en el Juicio Oral Penal. Op. Cit.*, pág. 61

juzgador en “contacto directo con los hechos”, otorgando una fuente de conocimiento con un acreditado grado de “viveza” y “autenticidad”.<sup>137</sup>

La apreciación de la prueba testimonial es básicamente sensorial: y ese conocimiento obtenido mediante este medio de prueba no es transferible a otro tribunal, precisamente por la inmediación; Perfecto Andrés Ibáñez advierte que en la doctrina existe una tendencia a simplificar el tratamiento de la prueba testimonial: esta concepción pertenece a la vieja filosofía de la prueba de origen Carneluttiana, criticada con fundamento por Michelle Taruffo; el testigo, como ya se mencionó, se expresa con lenguaje gestual y verbal, y esa declaración debe ser valorada a través de dos juicios: un juicio sobre “lo hablado”, y un juicio sobre “el hablante”<sup>138</sup>: esto se conoce como el juicio sobre la “atendibilidad del testigo”, que es una actividad compleja porque consiste en analizar una serie de datos objetivos relacionados con la imputación hecha por el testigo, para determinar si esa aseveración se ajusta a reglas de la ciencia y la lógica: por tanto, a partir de lo señalado, la facilidad de la prueba testimonial no es aceptable.

Por la complejidad de la apreciación de la prueba testimonial, los factores inaprensibles del testimonio, que siempre son subjetivos, no pueden ser considerados como fenómenos valorables de forma independiente, y más bien se debe contrastar esa declaración con datos objetivos de la realidad, que se traducen en hechos periféricos comprobables, que se encuentran relacionados con el hecho principal objeto de imputación.

### **3.8 Criterios de valoración del testimonio del único testigo víctima**

Miranda Estrampes cita la sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha 28 de septiembre de 1988, que ha desarrollado un criterio de valoración de la prueba testimonial en delitos sexuales, a fin de establecer los requisitos que debe reunir este medio de prueba para convertirse en elemento probatorio de cargo<sup>139</sup>; sin embargo hay

---

<sup>137</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés. *Sobre prueba y proceso penal*. Obtenido de: [www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sobre-prueba-y-proceso-penal/](http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sobre-prueba-y-proceso-penal/). *Óp. Cit.*, Pág. 22

<sup>138</sup> Ibáñez, Perfecto Andrés. *Sobre prueba y proceso penal*. Obtenido de: [www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sobre-prueba-y-proceso-penal/](http://www.cervantesvirtual.com/downloadPdf/sobre-prueba-y-proceso-penal/) (Acceso: 10/09/2018). *Op. Cit.*, Pág. 23

<sup>139</sup> Miranda Estrampes, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. *Op. Cit.*, pág. 176

que advertir que, este criterio de valoración, no garantiza la fiabilidad del relato del testigo: simplemente son pautas que permitirán al juzgador valorar de manera más eficaz la prueba. Estos criterios son:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva: este criterio se refiere a la necesidad de que se corrobore que no existen motivaciones para concluir que la víctima presta su declaración inculpatoria a partir de razones como: exculpación de terceros, venganza, etc.<sup>140</sup>

b) Verosimilitud en la declaración: exige que la declaración de la víctima no sea fantástica o increíble, de tal forma que no se ajusten a las reglas de la lógica y la experiencia: por tanto es necesario la concurrencia de datos objetivos o hechos periféricos que se relacionen con lo manifestado por el declarante.<sup>141</sup>

c) Persistencia en la declaración: esta exigencia se refiere a que la declaración inculpatoria se mantenga firme durante todo el proceso: por lo tanto, el relato no debe experimentar modificaciones sustanciales en las sucesivas ocasiones en que el testigo debe prestar su declaración; además, el relato no debe presentar ambigüedades, debe ser coherente, y no debe presentar contradicciones.<sup>142</sup>

Los criterios de valoración de la prueba testimonial son pautas o lineamientos encaminados a reforzar la convicción del juzgador, por medio del examen de la declaración del testigo: por tanto esta clase de valoración recae sobre la verosimilitud del relato de la víctima; sin embargo, aun en este esquema jurisprudencial, se exige un mínimo nivel de corroboración periférica, a través de datos objetivos de la realidad, para contrastar con lo manifestado por el testigo, por tanto la íntima convicción del juzgador no es suficiente para alcanzar un ámbito de certeza sobre la ocurrencia del hecho, sino más bien aquí entra en juego el sistema de la sana crítica, que implica la utilización de fuentes del conocimiento procesal derivados de la experiencia forense.

---

<sup>140</sup> Fernández López, Mercedes. . *La Valoración de las Pruebas Personales y El Estándar De Duda Razonable*. Obtenido de: <https://www.uv.es/cefd/15/fernandez.pdf> (Acceso: 26/04/2018).

<sup>141</sup> *Ibidem*.

<sup>142</sup> Fernández López, Mercedes. *La Valoración de las Pruebas Personales y El Estándar De Duda Razonable*. Op. Cit., pág. 20

## Capítulo IV:

### Conclusiones y Recomendaciones

1. En el juzgamiento de agresiones sexuales en general y el delito de violación en particular, se advierte, a diferencia de otra tipología de infracciones, problemas en las categorías probatorias, por la circunstancia de que estas conductas se producen en un ámbito de clandestinidad, y por tanto, la evacuación del fenómeno probatorio presenta una acreditada complejidad por las características propias de la consumación material del hecho punible.
2. Con relación a la tipificación del delito de violación sexual en nuestro ordenamiento jurídico, se observa una evolución en cuanto a las características típicas del sujeto activo, partiendo de la limitación del delito de violación, que únicamente podía ser ejecutado por el hombre, a una ampliación de los caracteres del titular de la acción punible, a partir de la introducción en el tipo del verbo rector “introducir” (objetos, dedos o instrumentos distintos al miembro viril), lo que conlleva a una ampliación del tipo, que no exige un agente calificado. Sobre esta materia, se debe establecer que las reformas a la legislación penal especial, guardan relación con las particulares necesidades de protección de bienes jurídicos que la sociedad requiere, a fin de evitar posibles vacíos de punibilidad en la tipicidad prohibitiva.
3. Las categorías probatorias son radicalmente distintas según el delito que persigue la instancia judicial; así, no se puede comparar la valoración de la prueba en un delito de violación sexual, con uno de abuso sexual o acoso sexual, por cuanto las entidades probatorias en el caso concreto, necesariamente, van a estar radicalmente diferenciadas, con la comprobación empírica y científica en el primero caso, por medio de pruebas periciales, y la necesidad de valorar al testimonio de la víctima como un prueba fundamental en el juicio oral en el segundo, habida cuenta, de las dificultades propias de obtener un medio de prueba de fuente material.
4. La presunción de inocencia como regla de juicio, comporta un derecho de rango constitucional encaminado a la tutela de las garantías procesales, y por tanto, en el juicio oral debe existir una adecuada y suficiente actividad probatoria para

determinar tanto la existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, más allá de toda duda razonable, no tolerándose la condena en caso de incertidumbre sobre la participación del indiciado en el hecho delictivo. En caso de duda, con independencia de la clase de delito que persigue la instancia penal, debe prevalecer la declaración del estado constitucional de inocencia del imputado, porque la certeza que se pretende del proceso, afecta a la legitimidad de la imposición de una condena.

5. Dentro de la práctica probatoria en el proceso penal, en el delito de violación sexual, como lo ha manifestado la jurisprudencia ecuatoriana, el examen médico legal es una pericia de ineludible observancia, para determinar la existencia del acceso carnal y los signos de violencia en la víctima (si los hubiere), pero adicionalmente es fundamental la práctica de otras pericias como son la valoración psicológica de la víctima, para determinar si existe veracidad en su relato, y también para dimensionar su afectación psicológica: para este fin, es de trascendental importancia que el Sistema de Medicina Legal y Ciencias Forenses, tenga capacitación especializada sobre esta materia.
6. El medio de prueba de fuente testimonial, a pesar de ser una prueba directa, debe ser valorada con sujeción al principio de unidad de la prueba, y por tanto, ese conocimiento obtenido por este medio probatorio, debe ser corroborado por otra clase de elementos de cargo, ya sea de fuente pericial o material, para de esta manera, por medio de la sana crítica, el juez pueda determinar racionalmente con auxilio de la ciencia, la técnica y la experiencia, la convicción de la ocurrencia del hecho objeto de imputación.
7. La prueba indiciaria en el proceso penal, debe ser considerada con carácter secundario, supletoria e indirecta, por cuanto los indicios o presunciones no prueban la existencia de la infracción, sino proporcionan pruebas de carácter circunstancial que generan presunciones sobre el cometimiento de la infracción: por tanto, la prueba basado en indicios debe tener un soporte en otros elementos periféricos relacionados con el hecho objeto de imputación, que permitan acreditar como cierta y comprobable, esa primera presunción.
8. Los criterios de valoración de la prueba testimonial del único testigo víctima, deben ser considerados como directrices encaminadas a facilitar la valoración de

los jueces de este medio de prueba, pero no deben considerarse como criterios que infaliblemente determinen la veracidad del testimonio, sino únicamente inciden en el ámbito de la convicción del juzgador, que deberá discernir si es que el testimonio es utilizable o no, como una fuente de conocimiento en el proceso.

9. Los criterios de valoración de la prueba testimonial, aun en el diseño propuesto por la jurisprudencia española sobre esta materia, determina que es necesario un nivel acreditado de corroboración probatoria a lo manifestado por el testigo a través de datos objetivos (verosimilitud en la declaración); por lo cual, no es aceptable sostener que la citada jurisprudencia, pregone que la declaración de la víctima sin más, si supera esa esfera de credibilidad subjetiva, deba ser considerada como elemento probatorio de cargo suficiente para crear convicción en el juzgador.
10. Dado que la jurisprudencia ecuatoriana no tiene un criterio uniforme sobre el tratamiento de la prueba testimonial del único testigo víctima en el delito de violación sexual, es necesario y sería de gran ayuda, que el máximo órgano jurisdiccional del país desarrolle un criterio jurisprudencial sobre el tratamiento de este medio de prueba, habida cuenta de que los criterios de valoración probatoria en nuestra jurisprudencia son variopintas, y se puede encontrar desde sentencias por violación que tienen su fundamento principal en el examen médico legal, hasta decisiones en que el único elemento de cargo resulta ser una sola declaración testimonial.

## Bibliografía

- Aguilar Araneda, Christian. *Delitos Sexuales, Doctrina y Jurisprudencia*. Ed. Metropolitana. Santiago de Chile. 2008.
- Andrade Castillo, Xavier Fernando. *La Imputabilidad o Inimputabilidad del Psicópata en el Derecho Penal Ecuatoriano*. Ed. Iuris Dictio. Quito. 2015
- Amílcar Baños, Alberto. *La apreciación de la prueba en el proceso laboral*. Buenos Aires. 1954.
- Beccaria, Cesare. *De los Delitos y de las Penas*. Ed Temis. Bogotá- Colombia. 2013
- Bentham, Jeremías. *La Prueba en el Juicio Oral Penal*. Ed. Cueva Carrión. Quito. 2004.
- Barrera Domínguez, Alberto. *Delitos Sexuales*. Ed Librería del Profesional. Bogotá. 1987
- Bustos Ramírez, Juan y Hormazabal Malaree, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal, Volumen II*. Ed Trotta. Madrid. 1999
- Carrara, Francesco. *Programa de Derecho Criminal, Parte Especial, Volumen II*. Ed. Temis. Bogotá. 1973
- Carnelutti, Francesco. *Lecciones sobre el Proceso Penal*. Ed Arayú. Buenos Aires. 2002
- Ciampolini, Adolfo. *Sexualidad y medicina forense*. Milán. Ed. Vallardi. 1931
- Corinaldesi, Francesco. *Desfloración, en Diccionario de criminología, de Florian, Niceforo y Pende*. Milán. 1943.
- Couture, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires. 1958.
- Donoso, Arturo. *Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra las personas*. Ed. Cevallos. Quito, Ecuador. 2005.
- Echandia, Hernando Devis. *Compendio de la Prueba Judicial*. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 1981
- Echandía, Hernando Devis. *Compendio de Derecho Procesal*. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 1972
- Echeburúa, Enrique, Paz de Corral y Pedro J. Amor. *Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos*. Departamento de personalidad y tratamientos psicológicos. Facultad de Psicología. Universidad del País Vasco. Obtenido de: <http://masterforense.com/pdf/2004/2004art19.pdf> . (Acceso: 20/10/2018)

- Espinosa López, Luis Gerardo. *Derecho Probatorio, Curso teórico práctico, Jurisprudencia y Doctrina*. Ed. Librería del Profesional. Bogotá, Colombia. 1986
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Ed. Trotta. Madrid, España. 1989
- Fernández López, Mercedes. *La Valoración de las Pruebas Personales y El Estándar De Duda Razonable*. Obtenido de: <https://www.uv.es/cefd/15/fernandez.pdf> (Acceso: 26/04/2018).
- Ibáñez, Perfecto Andrés. *Sobre prueba y proceso penal*. Obtenido de: [www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/sobre-prueba-y-proceso-penal/](http://www.cervantesvirtual.com/descargaPdf/sobre-prueba-y-proceso-penal/) (Acceso: 10/09/2018)
- Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal, Tomo III, El Delito*. Ed. Losada S.A. Buenos Aires. 1963
- Martínez Roaro, Marcela. *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*. Ed. Porrúa. México. 2007
- Martínez, Lisandro. *Derecho Penal Sexual*. Ed. TEMIS. Bogotá, Colombia. 1972
- Manfredini, Mario. *Tratado de Derecho Penal*. Milán, Italia. Ed Villardi 1934
- Mensías Pavón, Fabián. *Psicología del testimonio*. <https://www.derechoecuador.com/psicologiacutea-del-testimonio-0> (Acceso: 08/04/2018)
- Merkel, Adolf. *Derecho Penal Parte General*. Ed. B de f. Montevideo. 2004.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General, 5º edición*. Ed. Tecfoto. Barcelona. 2003.
- Miranda Estrampes, Manuel. *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*. Ed. Bosch. Barcelona, 1997.
- Lessona, Carlos. *Teoría General de la Prueba en el Derecho Civil*. Ed. Trotta. Madrid. 1898
- Oyarte, Rafael. *Debido Proceso*. Ed. Corporación de estudios y publicaciones. Quito. 2016
- Panta Cueva, David Fernando y Quiñonez, Vladimir. *La Declaración de la Víctima en los delitos sexuales: Inflexión en la exigencia de una suficiente actividad probatoria*. Obtenido pdf de: [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_58.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_58.pdf) (Acceso: 14/09/2018)
- Paz Alonso, María. *El Proceso Penal en Castilla (SIGLOS XIII Y XVIII)*. Ed. Universidad de Salamanca. Salamanca. 1982
- Pérez, Luis Carlos. *Derecho Penal Especial*. Ed. Temis. Bogotá. 1987.

- Ponsold, Alberto. *Manual de Medicina Legal*. Barcelona. 1955
- Ramírez Salinas, Liza. *Principios generales que rigen la actividad probatoria*.  
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/17569e8046e1186998ae9944013c2be7/Principios+generales+que+rigen+la+activida+probatoria.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=17569e8046e1186998ae9944013c2be7> (Acceso: 01/09/2018).
- Rodríguez, Gustavo Humberto. *Curso de Derecho Probatorio*. Ed. Librería del Profesional. Bogotá. 1990.
- Rocha Alvira, Antonio. De la prueba en derecho (conferencias de clase para estudiantes de quinto año de derecho). Ed. El Gráfico. Bogotá. 1940
- Solórzano Niño, Roberto. *Medicina legal, criminalística y toxicología para abogados*. Ed Nomos. Bogotá, Colombia. 1993.
- Taruffo, Michele. *Teoría de la Prueba*. Ed. ARA Editores. Perú. 2012
- Vicente Arenas, Antonio. *Comentarios al Código Penal colombiano*. Ed. Temis. Bogotá. 1984.
- Zabala Baquerizo, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III*. Ed. Edino. Guayaquil, Ecuador. 2004
- Zavala Egas, Xavier. *El delito de violación*. Obtenido de:  
[https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1991/09/4\\_El\\_Delito\\_De\\_Violacion.pdf](https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1991/09/4_El_Delito_De_Violacion.pdf)  
 (Acceso:02/10/2018)
- Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses .Manual de Procedimientos del Laboratorio de Biología Forense. Obtenido de:  
[http://www.fiscalia.gob.ec/files/archivos%20AC/COIP%20073%20FGE/Area%20Ciencias%20Forenses/6\\_\\_Manual\\_de\\_Procedimientos\\_de\\_laboratorio\\_de\\_Biologa\\_Forense.pdf](http://www.fiscalia.gob.ec/files/archivos%20AC/COIP%20073%20FGE/Area%20Ciencias%20Forenses/6__Manual_de_Procedimientos_de_laboratorio_de_Biologa_Forense.pdf) . Acceso: 20/10/2018

## **Plexo normativo**

- Código Orgánico Integral Penal. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2014.  
 Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014
- Constitución del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. 2008. Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969).

Código de Procedimiento Penal anterior. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Registro Oficial Suplemento 360 FECHA: 13 de Enero de 2000

## **Jurisprudencia**

Corte Nacional de Justicia. Recurso de Revisión. Juicio N° 185-2006-MS.

Corte Nacional de Justicia. Recurso de Casación. Juicio N° 2012-0488-2, de 22/11/2013

Corte Nacional de Justicia. Recurso de Revisión. Juicio nro. 236-11, de 11 de junio de 2013

Corte Nacional de Justicia. Recurso de Casación. Juicio N° 2009-0245, de 11/02/2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Suarez Rosero vs Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C N°35, par. 77.

Corte Suprema de Justicia de México. Recurso de Amparo Directo. Causa N° 3457/2013, de Junio de 2015.

Corte Nacional de Justicia. Recurso de Casación. Juicio N° 488-2012. 3 de septiembre de 2013

Ex Corte Suprema de Justicia. Recurso de tercera instancia. Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XIII. No. 11. Pág. 2447. Quito, 27 de mayo de 1981.

Ex Corte Constitucional para el periodo de transición. Sentencia N° 024-10-SEP-CC, publicada en el suplemento del Registro Oficial N° 232 de 9 de julio de 2010

Ex Corte Suprema de Justicia. Recurso de tercera instancia. Gaceta Judicial. Año LXXXI. Serie XIII. No. 11. Pág. 2447. Quito, 27 de mayo de 1981.

Ex Corte Constitucional para el Periodo de Transición en sentencia No 010-12-SEP-CC, de 15 de febrero del 2012, del caso No. 1277-10-EP

Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha. Delito de asesinato. Juicio N° 17721-2014-0620