

1º Delitos sexuales. Leses y asumenos sexuales -  
Ecuador  
2º Sexo y derechos. Delitos ante la persona.

Tesis

K

5194

.L87

2011

## UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

El problema de la prueba en los delitos sexuales de acoso sexual,  
abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal en el  
Ecuador.

**Carolina Patricia Lupera Puente.**

100876

Director: Xavier Andrade Castillo

USFQ-BIBLIOTECA

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogada.

Quito, 2011

5194067

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

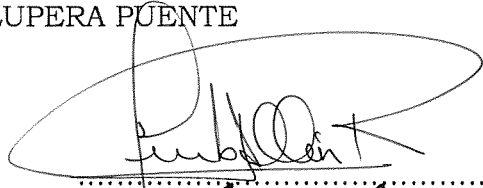
**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS**

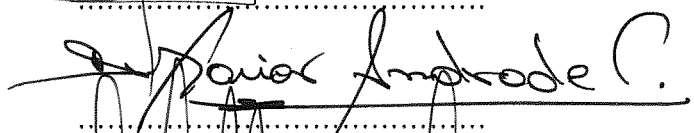
**“El problema de la prueba en los delitos sexuales de acoso sexual, abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal en el Ecuador”**

CAROLINA LUPERA PUENTE

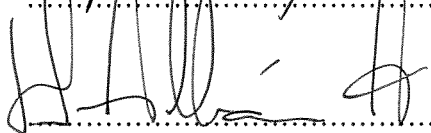
Dr. Ernesto Albán Ricaurte  
Presidente del Tribunal e Informante



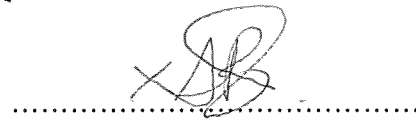
Dr. Xavier Andrade Castillo  
Director de Tesis



Dr. Juan Pablo Albán  
Delegado del Decano e Informante



Dr. Fabián Corral  
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, 31 de agosto de 2011

Quito, 23 de mayo de 2011

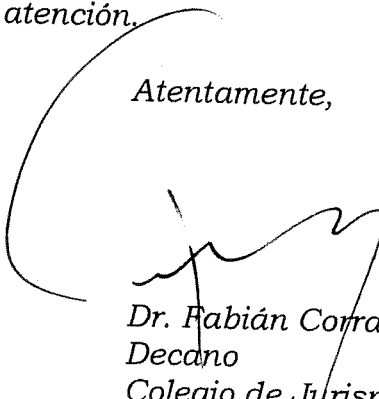
Señores  
Biblioteca  
Universidad San Francisco de Quito  
Ciudad

De mi consideración:

Por medio de la presente autorizo a Farith Simon, Vicedecano o Ana Belen Cordero, Coordinadora Académica del Colegio de Jurisprudencia del USFQ, a firmar todos los documentos relacionados con la aprobación de Tesis de los estudiantes graduados.

Gracias de antemano por su atención.

Atentamente,



Dr. Fabián Corral B.  
Decano  
Colegio de Jurisprudencia USFQ

FC/mau

## Acta de Grado

En la Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, tuvo lugar la Defensa Oral del Ensayo Jurídico titulado **“El problema de la prueba en los delitos sexuales de acoso sexual, abuso sexual y abuso sexual con acceso carnal en el Ecuador”** presentado por la estudiante, señorita Carolina Lupera Puentes previo a la obtención del título de Abogada.

Para tal efecto, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, conformó el Tribunal de Grado, con los siguientes profesores:

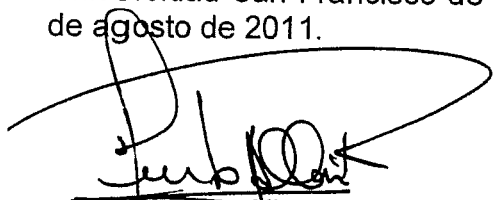
Señor Doctor Ernesto Albán Ricaurte, Presidente del Tribunal e Informante del Ensayo Jurídico;

Señor Doctor Xavier Andrade Castillo, Director del Ensayo Jurídico;

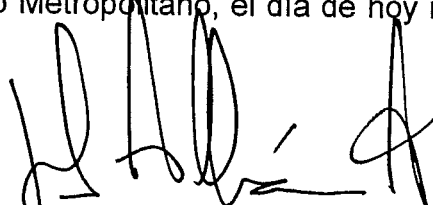
Señor Doctor Juan Pablo Alban Delegado del Decano e Informante del Ensayo Jurídico.

El Tribunal, después de haber examinado a la estudiante por espacio de una hora, le asignó a la Defensa Oral la calificación de 85 /100, la que promediada con la obtenida en el trabajo escrito de 89.5/100, da la nota final de Grado de 87.25/100, equivalente a “B” la que se promediará con las notas obtenidas durante la carrera.

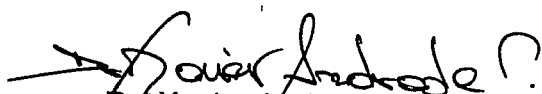
Para constancia firman el presente instrumento, en el Campus de Cumbayá de la Universidad San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, el día de hoy miércoles 31 de agosto de 2011.



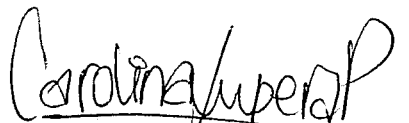
Dr. Ernesto Alban R.  
Presidenta del Tribunal



Dr. Juan Pablo Alban  
Delegado del Decano



Dr. Xavier Andrade C.  
Director del Ensayo Jurídico



Srta. Carolina Lupera

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

COLEGIO DE JURISPRUDENCIA

INFORME DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO : El problema de la prueba en los delitos sexuales de acoso sexual, abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal en el Ecuador

ALUMNO: Carolina Lupera Puente

E VALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado.

La discusión planteada por la estudiante gira alrededor de tres tipos penales de carácter sexual señalando que la prueba establecida en el código de procedimiento penal y las técnicas de criminalística desarrolladas en la práctica para el manejo de estos casos no es precisa, incluso anunciando que los efectos temporal y espacial son elementos que impiden un buen desenvolvimiento de los exámenes médicos periciales, complejizando aún más la situación si la prueba va dirigida a verificar la existencia de los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales sexuales, de difícil valoración probatoria en cuanto a darle extrema atención a la declaración de la víctima que, finalmente deja la opción de vulnerar los derechos del procesado en su defensa.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis del problema, planteada y sostenida por la investigadora busca dejar evidenciada a la prueba en delitos sexuales como no precisa, a decir de ella "no exacta", y que la falta de precisión cronológica en cuanto al tiempo mismo en que se cometió la infracción (sobre todo si ha transcurrido algún tiempo del hecho) y el lugar en donde supuestamente fue perpetrada la agresión de carácter sexual viola el derecho de defensa y también de alguna manera, los elementos que forman parte de los delitos, haciendo de la hipótesis una buena crítica de lo jurídico con lo práctico y en cierto punto constitucional, aún cuando el problema viene a ser más bien de forma, más no de fondo.

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

La tesina recoge buena bibliografía de autores nacionales e internacionales tanto en teoría del delito como la parte especial relacionada con la dogmática de los delitos sexuales. Además incluye entrevistas a profesionales (Jefe nacional de medicina legal y psicóloga forense) vinculados a la fiscalía y anexos de formularios que se manejan cotidianamente en la práctica de exámenes médico legales. Los materiales bibliográficos y los documentos, y las entrevistas varias, son complementados con información fidedigna obtenida de páginas web, generando un adecuado y conveniente desarrollo estructural de contenidos.

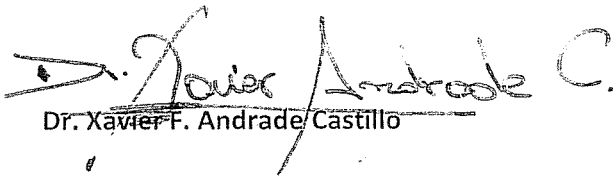
d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada)

El contenido argumental del trabajo escrito está dirigido a establecer a la dificultad de generar prueba exacta en los delitos sexuales, sobre todo si ha transcurrido algún tiempo desde cometida la infracción. Hace una crítica insistente en que no hay jurisprudencia que ayude en estos casos, pero lamentablemente no hay jurisprudencia concreta de estudio que abalice lo sostenido por la autora. Hace un estudio de las pruebas en el Capítulo III tanto de lo dispuesto en la normativa adjetiva penal como las posiciones de la doctrina al respecto, siendo coherente y consistente aunque general para su enunciación y estudio, denotando claramente la postura de la autora a favor de la vulneración de los derechos del procesado para sostener una buena defensa basado en la presunción de inocencia.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación. Se cumplieron todos los requerimientos de investigación de campo, bibliografía mínima y metodología para el desarrollo de tesinas según las exigencias y reglamento de la USFQ además del cronograma de revisión de borradores.

Por lo expuesto, apruebo la tesina.

FIRMA DIRECTOR:

  
Dr. Xavier F. Andrade Castillo

©Derechos de Autor  
Carolina Patricia Lupera Puente  
2011

*A Dios por todas sus bendiciones.*

*A mi esposo por el amor y apoyo que me ha dado.*

*A mi mamá, mi Tío Alfonso y mis  
hermanos, por su soporte, consejos, paciencia,  
motivación y cariño incondicional.*

*Les amo.*

*Gracias por estar a mi lado a lo largo de todo este camino.*



## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I	
DE LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL SIMPLE, ACOSO SEXUAL Y ABUSO	
SEXUAL CON ACCESO CARNAL	
1.1 ABUSO SEXUAL SIMPLE.....	5
1.1.1 Definición.....	5
2 Antecedentes históricos.....	5
1.1.3 Tipicidad.....	8
1.1.3.1 Sujeto activo.....	8
1.1.3.2 Sujeto pasivo.....	8
1.1.3.3 Acción Nuclear.....	9
1.1.3.3.1 Teorías sobre la naturaleza sexual de los actos.....	10
1.1.3.3.2 ¿Cuáles son los actos de naturaleza sexual? .....	11
1.1.3.4 Objeto material.....	14
1.1.3.5 Elementos normativos.....	14
1.1.3.6 Elementos subjetivos.....	15
1.1.3.7 Medios.....	16
1.1.4 Bien jurídico protegido.....	18
1.1.5 Atipicidad .....	19
1.1.6 Características del delito de abuso sexual .....	19
1.1.7 Tentativa.....	20
1.2 ACOSO SEXUAL.....	21
1.2. 1 Definición.....	21
1. 2. 2 Tipicidad .....	22
1.2.2.1 Sujeto activo.....	22
1.2.2.2 Sujeto pasivo.....	23

1.2.2.3 Acción Nuclear.....	23
1.2.2.4 Objeto material.....	25
1. 2.2.5 Elementos normativos.....	25
1.2.2.5.1 Situación de superioridad (nexo jerárquico o relación de dependencia).....	25
1.2.2.5.2 Favores de naturaleza sexual.....	26
1.2.2.5.3 Trámites o resoluciones a cargo del sujeto activo .....	27
1.2.2.5.4 Legítimas Expectativas.....	27
1.2.2.6 Elementos subjetivos.....	28
1.2.2.7 Medios.....	28
1.2.3 Bien Jurídico protegido.....	28
1.2.4 Características del delito de acoso sexual.....	29
1.2.7 Tentativa.....	30
1.3. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL.....	31
1.3.1 Definición.....	31
1.3.2 Tipicidad.....	32
1. 3.2. 1 Sujeto activo.....	32
1.3.2.2 Sujeto pasivo.....	33
1.3.2.2.1 Persona menor de 14 años.....	34
1.3.2.2.2 Persona privada de la razón o del sentido.....	34
1.3.2.2.3 Persona que no pudo resistir la acción nuclear por tener una enfermedad o por cualquier otra causa que la inhabilitó.....	35
1.3.2.2.4 Acción Nuclear.....	36
1.3.2.2.5 Objeto material.....	38
1.3.2.2.6 Elementos normativos.....	38
1.3.2.2.7 Elementos subjetivos.....	41
1. 3.2.2.8 Medios.....	42
1.3.3 Bien Jurídico protegido.....	43
1.3.4 Características del delito de abuso sexual con acceso carnal.....	44

1.3.5 Abuso sexual con acceso carnal calificado.....	45
1.3.6 Tentativa.....	46
1.3.7 Sanción y agravantes.....	47

## CAPITULO II

### DEL PROCESO PENAL DE ACCIÓN PÚBLICA EN EL CASO DE DELITOS SEXUALES DE ABUSO SEXUAL, ACOS SEXUAL Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y DEL DERECHO A LA DEFENSA DE LA VICTIMA EN UN DELITO SEXUAL

2.1 ACCIÓN PÚBLICA.....	51
2.1.1 Definición de proceso penal.....	51
2.1.2 Principios Fundamentales del Proceso Penal.....	52
2.1.2.1 Oficialidad.....	53
2.1.2.2 Legalidad.....	54
2.1.2.3.- Verdad real.....	55
2.1. 2.4 Oportunidad.....	55
2.1.2.5 Otros principios.....	56
2.1.3. Acción penal pública.....	57
2.1.4 Proceso Penal de acción pública por delitos sexuales.....	59
2.1.4.1 Indagación previa.....	59
2. 1.4.2 Instrucción Fiscal.....	60
2.1.4.3 Audiencia preparatoria del juicio.....	61
2.1.4.4 Auto de llamamiento a juicio.....	63
2.1.4.5 Juicio.....	64
2.1.5 Caracteres de la acción penal pública por delitos sexuales.....	64
2.1.5.1 Ofendido.....	64
2.1.5.2 Procesado/Acusado.....	66

2.1.5.3 Fiscal.....	68
2.1.5.4 Policía Judicial.....	70
2.1.5.5 Juez y Tribunal de Garantías Penales.....	71
2.1.6. Rol del Estado en el Proceso Penal de Acción Pública por un delito sexual.....	72
2.2 Derecho a la Defensa.....	73
2.2.1 Constitución.....	73
2.2.2 Tratados internacionales sobre DDHH.....	74

### CAPITULO III

#### DE LOS MEDIOS PROBATORIOS EN LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL SIMPLE, ACOSO SEXUAL Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL, DEL MANEJO DE LA PRUEBA SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA EN DICHO DELITOS Y DE LOS PROBLEMAS QUE PRESENTAN.

3.1 Manejo de la prueba en delitos sexuales según la legislación ecuatoriana.....	78
3.1.1 Según la Constitución.....	80
3.1.2 Código de Procedimiento Penal.....	82
3.1.2.1 Tipos de pruebas admitidas por el Código de Procedimiento Penal.....	84
3.1.2.1.1 La prueba material.....	84
3.1.2.1.2 Prueba Testimonial.....	87
3.1.2.1.3 Prueba documental.....	90
3.1.3 Otras normas relacionadas a las pruebas en delitos sexuales.....	93
3.1.3.1 Reglamento de la Policía Judicial.....	93
3.1.3.2 Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio Público.....	93
3.1.3.3 Reglamento General para el Funcionamiento y Desarrollo del Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.....	94
3.2 Principales medios probatorios en los delitos sexuales y su problema en Ecuador.....	95

3.2.1 Pruebas obtenidas por peritaje en los delitos sexuales.....	95
3.2.1.1 Perito.....	97
3.2.1.2 Peritaje.....	97
3.2.1.3 Informe pericial.....	98
3.2.2. Tipos de pruebas periciales.....	99
3.2.2.1 Pericia Medico Legal.....	99
3.2.2.2 Pericia Psicológica.....	107
3.2.2.3 Pericia Social.....	108
3.3 El problema en la prueba de los delitos sexuales en el caso ecuatoriano.....	110
CONCLUSIONES.....	117
BILIOGRAFIA.....	125
ANEXOS.....	129

## RESUMEN

Los delitos sexuales, en general, son delitos peculiares por sus tipos penales y delitos de difícil prueba. Los delitos de acoso sexual, abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal, son –dentro de los delitos sexuales- los que mayores problemas probatorios encuentran. En el Ecuador estos problemas se hacen mayores gracias a la falta de regularización de las pruebas pertinente para estos delitos y la mala organización de los entes estatales encargados de llevar el proceso. Con estos problemas, se puede llegar a vulnerar el derecho a la defensa de la víctima en un proceso de acción pública por un delito sexual – de los antes mencionados-.

Mediante un estudio de los tipos penales, del proceso público pertinente para este tipo de delitos y de las pruebas utilizadas en los mismos, este trabajo pretende analizar cuáles son los problemas probatorios y cómo estos pueden vulnerar el derecho a la defensa de la víctima.

## ABSTRACT

The sexual crimes, in general, are a unique type of crime because of their criminality and for being crimes of difficult evidence. The crimes of sexual harassment, sexual abuse and rape are - within the other sexual crimes – the ones with more evidentiary problems.

In Ecuador, these problems increased due to the lack of regulation of the relevant evidence for these crimes and because of the poor organization of the state agencies responsible for carrying the prosecution. With these problems, you can get to violate the right of defend of the victim in a process of public action for a sexual offense.

This study attempts to analyze what the problems of evidence in sexual crimes and how they can violate the right to defend the victim. This will be accomplish through an exploration of: the criminal law; the appropriate public process for this type of crime; the evidence in these cases.

## INTRODUCCIÓN

En el Ecuador, como en muchas otras sociedades, los delitos sexuales crean una gran alarma en la sociedad y provocan una generalizada condena. Esto tal vez se deba a que al haber una agresión sexual, se está violentando importantes bienes jurídicamente protegidos como son el derecho a la intimidad sexual, a la seguridad y libertad sexual, incluso se podría llegar a violentar el derecho a la vida.

Pero en nuestro país, a más de la condena social, existe un gran problema jurídico: los medios probatorios de los delitos sexuales pueden llegar a provocar un quebrantamiento en el derecho de defensa de la víctima de estos delitos, derecho que está reconocido en la Constitución y en Tratados Internacionales.

Al ser delitos de difícil prueba debido a su tipicidad, la prueba y cómo ésta se maneja es crucial para determinar o no el cometimiento de estos delitos. La ley no estipula expresamente mecanismo de prueba directamente vinculados a los delitos de acoso sexual, abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal. La propia ley, en específico el Código de Procedimiento Penal, es muy general sobre las pruebas y las leyes a las que se remite tampoco desarrollan de manera efectiva, clara y útil el manejo de dichas pruebas. Al carecer de pruebas exactas que no han sido



practicadas de manera adecuada u oportunamente, no se puede establecer los elementos de la tipicidad y por ende no se podrá sancionar al agresor. Por otro lado, las falacias en la organización de los entes del Estado, donde los medios probatorios de delitos sexuales son llevados a cabo, pueden llegar a vulnerar el derecho de defensa de la víctima. Esto viola el derecho a la defensa de la víctima ya que con el pobre manejo con que la Ley trata a estas pruebas y la re victimización constante en los entes del Estado es difícil establecer las condiciones en que se cometió el delito, o peor aún es difícil comprobar si hubo o no delito.

En trabajo, el Primer Capítulo está destinado a entender los delitos de acoso sexual, abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal mediante la descripción detallada de su tipicidad. De acuerdo a los tipos penales de acoso sexual, abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal, los requisitos necesarios para que se prueben dichos delitos son difíciles de determinar o conseguir, aun cuando el delito es denunciado inmediatamente. Por ejemplo en el delito de acoso sexual la solicitud de un favor de naturaleza sexual a la víctima o las legítimas expectativas de ésta se pierden fácilmente pues estas circunstancias carecen, casi siempre, de un sustento material que pudiese servir como prueba. Lo mismo pasa en el delito de abuso sexual simple, en el cual es difícil probar el cometimiento del mismo si los actos de naturaleza sexual no dejan evidencias físicas o vestigios. En el delito de abuso sexual con acceso carnal, pese a pueden existir mayor tipo de pruebas (materiales, documentales o testimoniales) la falta de regulación de cómo manejarlas o el tiempo transcurrido en obtenerlas –si el delito no ha sido flagrante- llevan a que en el proceso no se pueda probar efectivamente los hechos y por ende no se configure el delito.

En este país existen muchas garantías para hacer efectivos los derechos del presunto procesado y de un acusado. Dentro de la Constitución el derecho a la defensa está dirigido netamente hacia el procesado. La víctima, si bien tiene al aparato del Estado a su favor, no encuentra expresadas en la ley todas las garantías y seguridades para su defensa. Los procesos de acción pública – que es la acción en los delitos sexuales- no respetan el principio constitucional que garantiza la no re

victimización de las víctimas, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas. La falta de capacitación, infraestructura y personal en el Ministerio Público es otro aspecto que vulnera la defensa de la víctima, pues este ente es el encargado de llevar a cabo la investigación y la prueba en el proceso. Por lo anterior, el Segundo Capítulo de este trabajo pretende explicar cómo funciona el aparato del Estado al haber una acción pública por uno de los delitos antes mencionados

Finalmente el Capítulo Tercero procura establecer cómo el ordenamiento jurídico maneja los medios probatorios en delitos sexuales, en especial a los peritajes médicos psicológicos y sociales. También analiza cómo son los peritajes realizados en delitos sexuales los cuales son la prueba central en estos delitos; y finalmente a ver el problema que hay en el Ecuador sobre este tema. Para esto cabe mencionar que la ley ecuatoriana ha reconocido pocos mecanismos de prueba para estos delitos. Las maneras de cómo deben llevarse a cabo las pruebas en los delitos sexuales no están reguladas. Es reprochable, además, que con frecuencia el Ministerio Público se conforma con pruebas casi rutinarias como informes médicos y testimoniales, sin llevar a cabo una eficiente recopilación de medios probatorios para la comprobación y reconstrucción fáctica del delito. Para empeorar las cosas, no hay regularizaciones a nivel nacional de cómo llevar a cabo la prueba más importante en los delitos sexuales, la prueba pericial. Dentro de esta prueba, que es la principal en estos delitos, no existe un protocolo con amparo legal que determine los métodos en que se deben llevar a cabo las experticias; ni sus limitaciones.

## CAPITULO I

### DE LOS DELITOS DE ABUSO SEXUAL SIMPLE, ACOSO SEXUAL Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL

En el capítulo presente se realizará un análisis de la tipicidad de los delitos que se estudiarán en este trabajo. Estos delitos son los de abuso sexual simple, acoso sexual y abuso sexual con acceso carnal, todos ellos tipificados en el Código Penal. La principal importancia de este capítulo es establecer claramente cuáles son las conductas que se deben reunir para que se concreten los delitos mencionados. Por otro lado se pretende estudiar, basado en las Leyes pertinentes y la Doctrina, cada uno de los elementos que integran la tipicidad de cada uno de estos delitos. La información dada en este capítulo es pertinente para el resto del trabajo pues “la comprobación de la tipicidad de una conducta es un requisito básico para iniciar y continuar el proceso penal”<sup>1</sup> por lo que tiene una estrecha relación con las posibles pruebas que los delitos estudiados puedan tener.

---

<sup>1</sup> E. ALBÁN GÓMEZ. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General*. Quito: Ediciones Legales S.A, p. 150

## 1.1 ABUSO SEXUAL SIMPLE

### 1.1.1 Definición.-

Para definir al tipo penal del abuso sexual, es preferible hablar de “abuso sexual simple”. Al denominarlo así se evita confusión con el abuso sexual con acceso carnal. La denominación de abuso sexual simple la utilizan muchos autores, especialmente doctrinarios argentinos. Según expone DONNA, también se utilizaba la denominación de abuso sexual deshonesto para nombrar a este delito, pero fue reemplazada (en la ley y en la doctrina) por abuso sexual simple<sup>2</sup>.

El abuso sexual simple se da cuando hay “actos corporales de tocamiento o acercamiento, de carácter sexual, con personas de uno u otro sexo<sup>3</sup>” entre dos o más personas, en la cual una de ellas no tiene voluntad para cometerlo, y la otra (el abusador) lo hace para su propia satisfacción sexual.

### 1.1.2 Antecedentes históricos:

El abuso sexual simple, antes recibía el nombre de “atentado contra el pudor” en el Ecuador. El pudor se entendía como la iniciación sexual, es decir cuando el individuo se da cuenta de la realidad sexual. Si bien el pudor era un concepto desarrollado y respetado en la sociedad, no abarcaba en la actualidad dentro de sí un bien jurídico.

El delito de atentado contra el pudor es contemplado por primera vez en el Ecuador 1871 entre los delitos contra “Del atentado contra el pudor y de la violación” Consistía en: Todo atentado contra el pudor, cometido con o sin violencia ni amenazas, en persona de otro sexo; cuando la víctima era menor de 14 años la pena se agravaba,

---

<sup>2</sup> E. A. DONNA. *Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Contra la Integridad Sexual*. Tomo 1. Buenos Aires : Rubinzal – Culzoni Editores, 2008, p.512

<sup>3</sup> *Ibíd.* p.514

se agravaba aún más la pena si la víctima era menor de once años<sup>4</sup>. Lo que principalmente protegía esta institución era el honor o el pudor personal.

El delito de atentado contra el pudor estuvo tipificado hasta el 23 de Junio del 2005. Se encontraba tipificado en el artículo 505 del Código Penal y daba la apertura a que cualquiera sea la víctima pues, como se verá a continuación, el sujeto pasivo era indeterminado. El artículo mencionado estipulaba así:

**Art. 505.-** Se da nombre de atentado contra el pudor a todo acto impúdico que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y se ejecute en la persona de otro, sea cual fuere su sexo.

Este artículo lo hace es definir al atentado contra el pudor exponiendo cuáles son los elementos que lo caracterizan. El sujeto activo y el pasivo pueden materializarse en cualquier persona de cualquier sexo; el primero comete la conducta típica, mientras que el segundo es la víctima. El objeto material de la acción puede variar, pues puede ser el propio cuerpo de la víctima, el cuerpo de un tercero o el cuerpo del sujeto activo<sup>5</sup>. El núcleo de la acción típica consiste en el acto impúdico que no llega a la cópula carnal, con esto “el agente activo obtiene satisfacción sexual mediante la manifestación de una aberrada conducta sexual, que puede consistir en una desviación en cuanto al objeto sexual o al fin sexual, o ambos.”<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Código Penal Ecuatoriano de 1871. Registro Auténtico del 3 de noviembre 1871,

Art. 394:

Todo atentado contra el pudor, cometido sin violencia ni amenazas, en la persona o con la ayuda de la persona de otro sexo menor de catorce años, será castigado con una prisión de uno o cinco años.

La pena será la reclusión de tres o seis años si el niño fuere menor de once años.

Art. 396:

El atentado contra el pudor cometido por una persona con violencias o amenazas, en personas de otro sexo, será castigado con reclusión de tres a seis años.

Si el atentado ha sido cometido en una persona menor de catorce años, el culpable será condenado a penitenciaría de cuatro, ocho años, y si fuere menor de once años, con penitenciaría de ocho a doce años.

<sup>5</sup> Ley No. 53. Registro Oficial Suplemento 350 de 6 de Septiembre del 2006

<sup>6</sup> L.H ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010, p. 6

El artículo 505 del Código Penal, que tipificaba el atentado contra el pudor, fue derogado por Ley No. 2 (Reformatoria al Código Penal), publicada en Registro Oficial 45 de 23 de Junio del 2005. Esta misma Ley incorporó un artículo innumerado al Código Penal al inicio del Capítulo II, titulado “Del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro”, del Título VIII, titulado “ De la rufianería y corrupción de menores”, del libro II que trata sobre “Los delitos en particular”. Este artículo innumerado estipula:

Art. ...- Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal.<sup>7</sup>

Este artículo a su vez cuenta con un artículo interpretativo, dado por la Ley No. 53, publicada en Registro Oficial Suplemento 350 de 6 de Septiembre del 2006, el cual dice:

Interpretación del Art. innumerado incorporado por el artículo 9 de la Ley Reformativa al Código Penal que Tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad, publicada en el Registro Oficial No. 45, de 23 de junio del 2005, en el sentido que: "Los elementos constitutivos de las conductas que estuvieron tipificadas hasta el 22 de junio del 2005, en los artículos 505, 506 y 507 del Código Penal, que sancionaban los actos ejecutados en contra de la integridad sexual de las personas menores de edad, pero sin acceso carnal, consideradas como atentado al pudor, no se han eliminado, están subsumidas en el artículo que se interpreta, desde que éste se encuentra en vigencia". **Las palabras "somete"; y, "obligarla", que contiene este artículo, se entenderán como actos momentáneos o permanentes para doblegar la voluntad de la víctima y/o como la realización de acciones con las que se pretende conseguir o se consiga, mediante violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño dirigida a que una persona menor de dieciocho años de edad o discapacitada, acepte u obedezca y realice los actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal, sea en el propio cuerpo de la víctima, en el cuerpo de un tercero o en el cuerpo del sujeto activo.**<sup>8</sup>

Con la modificación del antiguo artículo 505 del Código Penal y basándome en lo anterior, parecería que ya no existe formalmente el delito de *atentado contra el pudor*, pero la esencia de este delito no ha desaparecido del ordenamiento jurídico pues se

---

<sup>7</sup> Código Penal, art... (504.1)

<sup>8</sup> Ley No. 53. Registro Oficial Suplemento 350 de 6 de Septiembre del 2006

encuentra subsumido en el artículo innumerado al inicio del Capítulo II, del Título VIII, del libro II, y actualmente se lo conoce bajo la figura del *abuso sexual* o *abuso sexual simple* –como se lo llamará en este trabajo–.

### 1.1.3 Tipicidad

La tipicidad de este delito se encuentra en el artículo innumerado que lo tipifica<sup>9</sup> y se complementa con del artículo interpretativo de la ley No. 53<sup>10</sup> antes mencionada.

#### 1.1.3.1 Sujeto activo

En este delito el sujeto activo está indeterminado. Al establecer el tipo penal que puede cometer el delito “... quien someta a una persona...”<sup>11</sup>, da a entender que “puede cometerlo cualquier persona física, hombre o mujer.”<sup>12</sup> Cabe mencionar que “el sujeto activo puede realizar actos heterosexuales u homosexuales masculinos o femeninos.”<sup>13</sup>

#### 1.1.3.2 Sujeto pasivo

El sujeto pasivo sí está definido. El tipo legal estipula que la víctima puede ser “...una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad...”<sup>14</sup> limitando así al sujeto pasivo a personas que cumplan con una de estas dos características.

Según ABARCA GALEAS, la razón de que se haya determinado el sujeto pasivo a sólo menores de edad o discapacitados es porque se considera que se perturba el normal desarrollo biosíquico de su personalidad, pudiendo influir en la determinación de su identidad sexual en el caso de las víctimas menores de edad y porque se atenta

---

<sup>9</sup> Código Penal, art... (504.1)

<sup>10</sup> Ley No. 53. Registro Oficial Suplemento 350 de 6 de Septiembre del 2006

<sup>11</sup> Código Penal, art... (504.1)

<sup>12</sup> C. FONTÁN BALLESTRA. *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, p.240

<sup>13</sup> L.H ABARCA GALEAS. *Delitos Sexuales...*, op. cit., p. 26

<sup>14</sup> Código Penal, art... (504.1)

contra el pudor y se vulnera su derecho a la integridad sexual” en el caso de las víctimas con discapacidad.<sup>15</sup>

Según DONNA la razón para que la ley limite al sujeto pasivo es por el consentimiento del mismo. Para que exista la situación prevista en el ley y por ende se configure este delito, no debe existir el consentimiento de la víctima o en su defecto debe haber la imposibilidad de la resistencia<sup>16</sup> –como es el caso de las personas discapacitadas-. El consentimiento dado por la víctima menor de edad, es irrelevante<sup>17</sup>. Al tratar sobre los menores de edad<sup>18</sup>, el mismo autor resalta que “la criminalidad reside en la falta de madurez mental del menos para entender fisiológico del acto sexual, en el sentido cultural, situación de la que el sujeto activo se aprovecha y abusa.”<sup>19</sup>

Mientras que el en caso de las personas discapacitadas, ellos “pueden comprender el sentido del acto, pero no pueden oponerse materialmente a su ejecución en virtud de un impedimento material que los imposibilita, cuya base se encuentra en una ineptitud física.”<sup>20</sup>

### 1.1.3.3 Acción Nuclear

La acción nuclear del tipo penal es la “realización actos de naturaleza sexual”. Si bien no podemos establecer una lista taxativa de cuáles son los actos de naturaleza sexual, se los puede describir como: “actos de tocamiento sexual libidinoso que está dirigido en general a zonas erógenas del cuerpo o a partes destinadas a las actividades

---

<sup>15</sup> L.H. ABARCA GALEAS. op. cit., p. 27

<sup>16</sup> E.A. DONNA. *Derecho Penal...* op. cit., p.512

<sup>17</sup> Código Penal, art. (528.17):

En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante. En los delitos de trata de personas, el consentimiento será irrelevante.

<sup>18</sup> Cabe señalar que Donna se refiere a los menores de 13 años. Pero al estar estudiando el mismo delito, y al tener dentro del tipo penal ecuatoriano a TODOS los menores de edad, me he permitido citar lo que Donna explica sobre este tipo de víctimas.

<sup>19</sup> E.A. DONNA. *Derecho Penal ...* op. cit., p. 522

<sup>20</sup> *Ibíd.* p.532



sexuales, como son los senos, los glúteos, el aparato genital y el pubis”<sup>21</sup>. Para que tenga la connotación inequívocamente sexual y se adecue al tipo penal del abuso sexual simple. “son necesarios tocamientos corporales libidinosos, [...] dirigidos –en general- a los genitales, o partes del cuerpo asociadas a la actividad sexual, o partes pudendas.”<sup>22</sup>

### 1.1.3.3.1 Teorías sobre la naturaleza sexual de los actos

En la doctrina, existen tres teorías para definir a “actos de naturaleza sexual” dentro de este delito: la teoría subjetiva, la objetiva y una teoría objetiva-subjetiva o mixta.

La Teoría Subjetiva propone que se debe tener en cuenta subjetivamente la intención del actor. Debe involucrar un acto libidinoso que provoque una satisfacción sexual del que somete u obliga. El propósito del sujeto activo es “la búsqueda del desahogo sexual sin alcanzar la cópula”<sup>23</sup> y el “delito únicamente se tipifica cuando el autor se propone”<sup>24</sup> esto. Según esta teoría “si el autor no persigue tal objetivo, podrá cometer otro delito, mas no el de abuso.”<sup>25</sup> Donna, al explicar esta teoría, expone que según la doctrina subjetivista hay dos elementos que caracterizan al abuso: uno material- objetivo y otro subjetivo. El primer elemento consiste en la comisión de actos libidinosos no tendientes al acceso carnal. El segundo elemento –el subjetivo- se establece por la voluntad y conciencia de cometer el abuso, con propósito libidinoso, sin llegar a la conjunción carnal<sup>26</sup>. Señala DONNA que los subjetivistas creen que “cuando falta el fin de satisfacer un impulso erótico, libidinoso, no surge este delito, a pesar de la ofensa que se comete contra la libertad sexual, ya que éste se caracteriza precisamente por una acción que tiende a desahogar un apetito de lujuria. Sin ello, la

---

<sup>21</sup> L.H ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales...* op. cit., p. 14,15

<sup>22</sup> E.A DONNA. *Derecho Penal ...*op. cit., p.517

<sup>23</sup> A. TENCA.. *Delitos sexuales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, p. 21.

<sup>24</sup> E.A DONNA. *Derecho Penal ...*op. cit., p. 516

<sup>25</sup> A. TENCA. *Delitos sexuales...* op. cit., p. 21.

<sup>26</sup> E.A DONNA. *Derecho Penal ...*op. cit., p.516

acción sería atípica.<sup>27</sup> Esta teoría es criticada por “restringir indebidamente el delito en cuestión al exigir que los actos de claro sentido sexual tengan que poseer el elemento subjetivo, consistente en la finalidad libidinosa o sexual del autor<sup>28</sup>.”

La Teoría Objetiva plantea que lo importante no es el aspecto subjetivo del sujeto activo sino el acto al que él somete sea abusivo. Si el acto es objetivamente impúdico, no es necesario analizar la finalidad perseguida por el agente, ya que el acto mismo hará que quede consumado el delito<sup>29</sup>. Según esta Teoría, la norma “no tiene como requisito del tipo que el autor tenga un fin libidinoso, sino que lo que en verdad se protege es el derecho a la libertad corporal contra el ultraje que implica la intromisión indebida de un tercero.<sup>30</sup>”

Finalmente la Teoría Mixta, al ser una combinación de las teorías antes mencionadas y desarrollada por la doctrina argentina, sugiere que una acción encaja en el tipo penal de abuso sexual cuando cumple uno de los siguientes requisitos: si el acto es objetivamente obsceno (tocamiento de partes pudendas) el abuso queda consumado; si el acto no es objetivamente obsceno igual se configura como delito, si es que el sujeto que lo realiza le atribuye al acto un contenido sexual desde su obrar subjetivo<sup>31</sup>.

#### **1.1.3.3.2 ¿Cuáles son los actos de naturaleza sexual?**

En el delito de abuso sexual no debe haber un acceso carnal pues el delito cometido sería otro, el de violación o abuso sexual con acceso carnal. Como mencioné previamente, no existe una lista taxativa de que actividades sexuales que contienen en este delito pues varía dependiendo de las circunstancias. “Pero es preciso que se trate

---

<sup>27</sup> *Ibíd.* p.516

<sup>28</sup> *Ibíd.* p. 518

<sup>29</sup> A. TENCA. *Delitos sexuales...* op. cit., 2001, p. 22

<sup>30</sup> E.A DONNA. *Derecho Penal ...* op. cit, p.518

<sup>31</sup> A. TENCA.. *Delitos sexuales.* op. cit., p. 23

de hechos; las palabras, cualesquiera que sean su entidad impúdica, lujuriosa o sexual o su intención, no constituyen abuso<sup>32</sup> sexual simple.

Para dar un ejemplo concreto de qué actos pueden configurar el delito de abuso sexual simple, citaré a ABARCA GALEAS, quien ha agrupado como modalidades de actos de naturaleza sexual que configuran este delito a los siguientes: actos de inversión sexual; actos de perversión heterosexual. Los actos de inversión sexual “comprenden a actos de inversión masculina o femenina. En los primeros se excluye el acceso carnal por vía oral o anal, así como los actos constitutivos de la agresión sexual asimilada a la violación carnal. Pueden considerarse en cualquier manipulación en las zonas erógenas o en maniobras lúbricas con el pene sobre el cuerpo del sujeto pasivo. Los actos de inversión femeninas van desde los besuqueos, pasando por el contacto de las mucosas bucales con la vagina, el cunnilingus lesbiánico y el anulingus.”<sup>33</sup> Los actos de perversión heterosexual “comprenden el anulingus, el cunnilingus, la masturbación de la víctima, el coito perineal anterior o posterior, y todo contacto sexual distinto del acceso carnal y de la agresión sexual asimilada a la violación carnal, como manoseos o escarceos, frotamientos de los senos o las nalgas con el pene, manifestaciones sádicas, como el corte de cabellos, vellos pubiano, pellizcos o mordiscos, etc.”<sup>34</sup>

Según FONTÁN BALLESTRA “puede configurarse en abuso deshonesto cualquier acto objetivamente impúdico, sin otra limitación que el acceso carnal.”<sup>35</sup> Además el mismo autor sugiere – siguiendo a la Teoría Mixta antes explicada- que el acto impúdico debe ser complementado con el aspecto subjetivo. De no hacerlo se podría confundir como actos típicos de abuso sexual simple a acciones que no lo son, para

---

<sup>32</sup> C. FONTÁN BALLESTRA. *Derecho Penal* ... op. cit., p.238

<sup>33</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales...* op. cit., p. 24

<sup>34</sup> *Ibíd.* p, 24

<sup>35</sup> C. FONTÁN BALLESTRA. *Derecho Penal* ... op. cit., p.238

esto FONTÁN BALLESTRA pone de ejemplo al tacto vaginal o rectal practicado por un médico<sup>36</sup>.

En el caso de abuso sexual en menores, muchas veces puede llegar a ser considerado como actividades sexuales el inducir a que el niño presencie situaciones relacionadas al sexo. Por ejemplo: el hacer que observe relaciones sexuales o al abusador desnudándose y masturbándose; el hacer que presencie material pornográfico; el tomarle fotos al niño desnudo o tocándose; entre otros. En este sentido, podemos verificar que este delito realizado sobre un menor de edad tiene una naturaleza corruptiva. Esto sucede pues se entiende que el menor de edad no ha alcanzado aún su madurez sexual, biológica o psicológica. El consentimiento de un menor de edad no produce efectos jurídicos<sup>37</sup>, puede éste “aceptar la práctica de actos impúdicos sobre su cuerpo, corrompiéndose en esta forma, y aún en el caso de que, no haya consentimiento en ellos, cuando se los realiza afectan psicológicamente al menor que los soporta y como consecuencia, perturban su normal desarrollo biosicológico, porque no solo que se conculca su seguridad sexual, sino que también se lesiona su integridad moral, al obligarlo a soportar actos de naturaleza sexual que no los desea...”<sup>38</sup>.

Cabe recalcar que esto se daría sólo en el caso de menores de edad pues en la doctrina “la opinión es unánime en cuanto a que no hay abuso “deshonesto”<sup>39</sup> en los casos en los cuales el autor realiza actos impúdicos sobre su propio cuerpo y obliga a la víctima a contemplarlo.”<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> C. FONTÁN BALLESTRA. *Derecho Penal* ... op. cit., p. 239

<sup>37</sup> Esta afirmación la hago basada en el artículo 528.17 del Código Penal.

<sup>38</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales*... op. cit., p. 12

<sup>39</sup> Este autor, al igual que varios, califican al abuso sexual sin acceso carnal como “abuso deshonesto”. Cabe recalcar que como se explicó al inicio de este capítulo, se trata de la misma figura penal en estudio.

<sup>40</sup> A. TENCA.. *Delitos sexuales*... op. cit., p. 20

En el caso en que este delito se comete sobre personas discapacitadas, “no constituye la expresión de una conducta sexual normal y además, constituye un ataque alevoso, porque el agresor se aprovecha del estado de indefensión de la víctima.”<sup>41</sup>

#### 1.1.3.4 Objeto material

Dentro de la tipicidad, se entiende por “objeto material” al objeto sobre el cual recae el delito. La acción nuclear que realiza el sujeto activo no siempre recae sobre el cuerpo de la víctima, puede recaer sobre el cuerpo de un tercero o sobre el propio cuerpo del agresor.

De acuerdo con la redacción de la ley, no hay motivo alguno para limitar la norma, habida cuenta de que lo prohibido es el abuso sexual sin acceso carnal, y no hay duda de que si el autor realiza tocamientos o se hace tocar por un tercero, o si obliga a la víctima hacerlo, está atacando la libertad sexual protegida.<sup>42</sup>

En este sentido FIGARI redacta que “el delito se consuma cuando el autor con su accionar viola la reserva sexual del sujeto pasivo ya sea mediante tocamiento impúdicos o que los mismos lo fueran sobre el autor o un tercero<sup>43</sup>”. De igual forma el artículo interpretativo del delito en estudio – transcrito en este capítulo anteriormente – recalca que la acción nuclear puede ser “...en el propio cuerpo de la víctima, en el cuerpo de un tercero o en el cuerpo del sujeto activo.”<sup>44</sup>

#### 1.1.3.5 Elementos normativos

Los elementos normativos u objetivos de la tipicidad del abuso sexual son sumamente necesarios, pues si falta uno de ellos no existe adecuación al tipo. Como elementos normativos podemos encontrar: las características de la persona víctima, la

---

<sup>41</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales...* op. cit., p.13

<sup>42</sup> E.A. DONNA. *Derecho Penal ...* op. cit, p.514

<sup>43</sup> R. FIGARI. *Delitos de índole sexual*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, p. 107

<sup>44</sup> Artículo interpretativo dado por la Ley No. 53. Registro Oficial Suplemento 350 de 6 de Septiembre del 2006

ausencia de acceso carnal y la naturaleza sexual de los actos. De esta última no vamos a tratar pues ya fue explicada anteriormente.

Como elemento normativo tenemos a la descripción de las características de la persona que es víctima del delito. Este elemento tiene mucho que ver con la determinación del sujeto pasivo, pues limita al mismo a ser "... a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad..."<sup>45</sup> Si la persona que es víctima de las acciones descritas en este tipo no tiene la calidad de menor de edad o discapacitado, la acción cometida contra esta persona es atípica pues ella no tiene calidad para ser sujeto pasivo de abuso sexual simple.<sup>46</sup>

Otro como elemento normativo es el que no exista acceso carnal. El delito de abuso sexual simple solamente tipifica a los actos de naturaleza sexual sin que acceso carnal. En caso de existir el acceso carnal, el delito sería otro. Sobre el acceso carnal se explica ampliamente en el tercer título de este Capítulo, el cual trata sobre abuso sexual con acceso carnal.

#### **1.1.3.6 Elementos subjetivos**

Como elemento subjetivo del abuso sexual está el dolo. La doctrina y la Jurisprudencia coinciden en que este delito es indudablemente doloso pues el sujeto activo tiene la conciencia o intención positiva y la voluntad de realizarlo. En este delito, "el contenido del dolo consiste en el conocimiento de que se realiza un acto de carácter impúdico, apto para atacar el pudor personal del sujeto pasivo, excluido el coito"<sup>47</sup>.

Según TENCA, que a su vez se remite a Jurisprudencia argentina, el abuso sexual simple no necesita dolo específico ya que este delito se conforma con el deseo del sujeto activo de satisfacer pasiones propias como también del conocimiento que se

---

<sup>45</sup> Art... (504.1) del Código Penal.

<sup>46</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales...* op. cit, p. 27, 28

<sup>47</sup> C. FONTÁN BALLESTRA. *Derecho Penal ...* op. cit., p.240

tiene del acto impúdico<sup>48</sup>. Este mismo autor señala que es ilógico y contradictorio sostener que este delito puede ser culposo, “si el fundamento de este tipo penal es que el autor quiebra la voluntad de la víctima mediante un acto no consentido, considerar que ello pueda obtenerse por medio de un actuar negligente o imprudente no admite menor análisis.”<sup>49</sup>

Por otro lado ABARCA GÁLEAS señala que en estos delitos “se admite el dolo directo o de primer grado, porque el agente persigue la ejecución de un acto lúbrico determinado, diferente a la cópula carnal, que excluye al dolo indirecto y eventual.”<sup>50</sup>

### 1.1.3.7 Medios

El medio comisivo dentro del delito de abuso sexual es el sometimiento. El sometimiento, es entendido como “la acción o efecto de someter, o sea, subordinar el juicio, decisión o afecto propios a los de otras personas<sup>51</sup>.” En el Ecuador este concepto es explicado por el artículo interpretativo (del artículo innumerado estudiado), dado por la Ley No. 53, publicada en Registro Oficial Suplemento 350 de 6 de Septiembre del 2006, la cual en su parte final establece que:

Las palabras "someta"; y, "obligarla", que contiene este artículo, se entenderán como actos momentáneos o permanentes para doblegar la voluntad de la víctima y/o como la realización de acciones con las que se pretende conseguir o se consiga, mediante violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño dirigida a que una persona menor de dieciocho años de edad o discapacitada, acepte u obedezca y realice los actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal, sea en el propio cuerpo de la víctima, en el cuerpo de un tercero o en el cuerpo del sujeto activo.

Lo importante de destacar aquí es que la Ley da a las palabras “someter” y “obligar” la misma connotación. El sometimiento, como medio comisivo tiene como objetivo doblegar la voluntad para realizar actos de naturaleza sexual. Si bien en la cita

---

<sup>48</sup> A. TENCA.. *Delitos sexuales...* op. cit., p. 26

<sup>49</sup> *Ibíd.* p, 26

<sup>50</sup> L.H. ABARCA GÁLEAS. *Delitos sexuales...* op. cit., p.35

<sup>51</sup> J. CAFERRATA NORES. *La Prueba en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000, p.253

anterior se describen muchos elementos que establecen cómo puede ser llevado a cabo este sometimiento, creo que se trata más bien de modo ejemplificativo que de una lista taxativa.

Según afirma CREUS, “no parece que el vocablo sometimiento se refiere a otra cosa que a la ausencia de voluntad del sujeto pasivo, que es remplazada por la del autor.”<sup>52</sup> El sometimiento – de acuerdo a la norma antes citada- se lo puede lograr con “violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño”. El que haya inducción o engaño genera un error en el conocimiento y ende en la voluntad del sujeto pasivo. Lo que hay que sobresaltar es cuando el sometimiento se lo comete por medio de violencia o amenaza. Sobre este tema DONNA establece que se está hablando de agresión sexual al referirse a la existencia de fuerza e intimidación para someter a la víctima.<sup>53</sup> Sobre la agresión sexual, el mismo autor, expone que

Se exige, en principio, una relación corporal directa entre el sujeto activo y pasivo, de modo que son típicos los actos de tocamientos en las partes pudendas, sin el consentimiento de la víctima, la manipulación sexual sobre su cuerpo, tanto del tercero como la obligación al sujeto pasivo a que lo haga él mismo. También es agresión sexual obligar a la víctima a que realice actos de este tipo sobre el cuerpo de terceros.<sup>54</sup>

La violencia es “despliegue de una energía física, animal, mecánica o de otra naturaleza que lleva adelante tanto el sujeto activo como el partícipe y que tiene como destinatario el sujeto pasivo o víctima con el propósito dirigido a lograr el contacto sexual.”<sup>55</sup> El uso de la violencia dentro de este delito, “debe entenderse como tal el empleo de violencia material, esto es energía física por el autor sobre la víctima o en su contra con el fin de anular o vencer su resistencia, y con ello abusar sexualmente.”<sup>56</sup>

---

<sup>52</sup> C. CREUS. *Derecho Penal. Parte Especial*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p. 809

<sup>53</sup> E. A DONNA. *Derecho Penal...* op. cit., p.513

<sup>54</sup> *Ibíd.* p.513

<sup>55</sup> R. FIGARI. *Delitos de índole sexual...* op.cit., p. 73

<sup>56</sup>E. A DONNA. *Derecho Penal...* op. cit., p. 523



Otro tipo de violencia es la conocida como amenaza, ésta no es más que “una violencia moral para producir una alteración en el estado de ánimo y consecuentemente en la libertad del sujeto pasivo, de modo que éste se encuentre compelido a tolerar o ejecutar la acción que el sujeto activo le impele.”<sup>57</sup>

Según los autores consultados, la violencia no sólo se limita a la fuerza física o a las amenazas. Puede ser considerada también violencia la utilización de medios hipnóticos, de medios narcóticos, la sorpresa<sup>58</sup>. Sin importar cual sea el tipo de violencia, “el abuso sexual se logra violentamente cuando su realización supone la resistencia física consiente de la víctima y su vencimiento por el autor del hecho.”<sup>59</sup>

#### **1.1.4 Bien jurídico protegido**

En el delito de abuso sexual simple, el bien jurídico protegido es la reserva sexual, el cual está comprendido dentro de lo que es la seguridad sexual.

La seguridad sexual se refiere al derecho que tienen las personas y la garantía que se les da de poder desenvolverse física y moralmente en el aspecto sexual. Dentro de la seguridad sexual está lo que se conoce como “reserva sexual”. La reserva sexual – bien jurídico protegido por el abuso sexual simple- es definida por JOSÉ LUIS VILLADA, quien es citado por DONNA, como “el respeto a la incolumidad física y dignidad de la víctima, especialmente desde la óptica de su prudencia sexual. El elegir quien puede entrar dentro de la esfera de la reserva púdica.”<sup>60</sup>

Cabe mencionar que existen otros –pocos- autores que afirman que el abuso sexual simple protege a la libertad sexual, pues ésta “se ve conculcada por un atentado

---

<sup>57</sup> R. FIGARI. *Delitos de índole sexual...* op.cit., p. 82

<sup>58</sup> E. A DONNA. *Derecho Penal...* op. cit., p. 523

<sup>59</sup> *Ibíd.* p.523

<sup>60</sup> *Ibíd.* p.512

violento o abusivo que en definitiva afecta un derecho individual referido específicamente a su perfil sexual.”<sup>61</sup>

### 1.1.5 Atipicidad

En caso de que falte un elemento, sea normativo o subjetivo, la conducta sería atípica. Si la víctima no es menor de edad o discapacitada, aun habiendo sometimiento para la realización de actos de naturaleza sexual, por la falta de calidad del sujeto activo no se configuraría el delito. Si no existe el sometimiento no hay abuso sexual. Tampoco hay este delito en caso de que haya tocamientos en zonas erógenas, sobre el cuerpo de un menor o discapacitado, pero que carezcan de contenido sexual tampoco habrá delito. Esto puede suceder por ejemplo: en sitios cerrados y con mucha gente, en este caso habría ausencia de conducta por algún roce involuntario; o en una revisión médica.

### 1.1.6 Características del delito de abuso sexual

Es un delito de tipo abierto ya que el delito es consumado sin importar cómo se realiza la conducta típica antijurídica. El medio utilizado puede ser “mediante violencia física, amenazas o cualquier forma de inducción o engaño”<sup>62</sup>, fraude, seducción, engaño

Es un delito de resultado material pues sólo se consuma cuando se ha dado el resultado previsto en el tipo penal. Es decir que el abuso sexual simple sólo se consuma cuando se produce el resultado típico en el cuerpo de la víctima menor de edad o con discapacidad. Al no poderse cometer por omisión, es un delito de acción.

Es un delito doloso ya que el sujeto activo lo realiza con la intención positiva de causar daño y violentar los derechos de la víctima.

---

<sup>61</sup> R. FIGARI. *Delitos de índole sexual...* op.cit., p. 53

<sup>62</sup> Ley No. 53, art. interpretativo (del artículo innumerado estudiado). Registro Oficial Suplemento 350 de 6 de Septiembre del 2006.

Finalmente cabe señalar que el tipo penal es un tipo completo al ser preceptivo, pues describe los elementos que conforman la conducta antijurídica, y al determinar la pena, la cual es “reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años.”<sup>63</sup>

### 1.1.7 Tentativa

En la doctrina prima la tesis que este delito no admite tentativa ya que se consuma desde el principio. Si bien es cierto el abuso sexual simple es un delito de resultado ya que se consuma cuando recae sobre el sujeto pasivo los actos de naturaleza sexual sometidos por el sujeto activo, este delito no admite la tentativa como el resto de delitos de resultado pues se consuma en el inicio mismo de la acción nuclear.<sup>64</sup>

Cabe mencionar que parte minoritaria de la doctrina acepta la tentativa en este delito, este es el caso de NÚÑEZ, de SOLER y de otros pocos que son citados por FONTÁN BALLESTRA.<sup>65</sup> FIGARI, al desarrollar este tema afirma que hay autores que sólo admiten la tentativa “en los casos en los casos en que el modo de comisión es la violencia o la intimidación”<sup>66</sup>, los autores que menciona son: “CREUS, GAVIER, REINALDI, DONNA y VILLADA.”<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Código Penal, art. innumerado al inicio del Capítulo II, del Título VIII, del libro II.

<sup>64</sup> C. FONTÁN BALLESTRA. *Derecho Penal...* op. cit., p.242

<sup>65</sup> *Ibíd.* p.242 y 243

<sup>66</sup> R. FIGARI. *Delitos de índole sexual...* op.cit, p. 107

<sup>67</sup> *Ibíd.* p. 107

## 1.2 ACOSO SEXUAL

### 1.2. 1 Definición

Se entiende por acoso sexual:

Toda conducta que avasalle, violente, exija y comprima a otra persona, manifestando inequívocamente una petición o solicitud sexual, de manera insistente y no querida. Una conducta sería, hiriente y molesta, que se exteriorice con expresiones verbales y, sobre todo, con actos más o menos lujuriosos. No se precisa ninguna especial vinculación entre las partes. Puede ser en relaciones heterosexuales o bien homosexuales. Los sujetos activo y pasivo pueden ser, indistintamente, varón o hembra.<sup>68</sup>

DONNA define al acoso sexual como:

Aquellas formas de presión sexual que se dan en determinados ámbitos, en los que se desarrollan relaciones de preeminencia implícitas (trabajo, colegio, universidad, etc.) y que genera, como consecuencia, que el sujeto pasivo se vea compelido a tolerar las presiones para permanecer o progresar en dichos ámbitos.<sup>69</sup>

Los Estados Unidos es el primer país en reconocer al acoso sexual y resolver demandas condenándolo<sup>70</sup>. En el caso del Ecuador se desarrolló legislación sobre la sollicitación de favores sexuales, la cual fue la antesala del delito de acoso sexual. El legislador se basó en la legislación antes mencionada y no tomó ningún modelo extranjero ni doctrinario para incriminar el acoso sexual – introducido por la Ley Reformativa al Código Penal No. 106 de 1998<sup>71</sup>. Cabe mencionar que desde el año 2005 hay un nuevo sistema punitivo sobre el acoso sexual - introducido por la Ley No. 2005-2 publicada en el Registro Oficial No. 45 del 23 de Junio del 2005- que elimina deficiencias del tipo anterior.

---

<sup>68</sup> J. De Vega Ruiz. *El acoso sexual como delito autónomo*. Madrid: Colex, 1991, p.49

<sup>69</sup> E. A DONNA. *Derecho Penal...* op. cit, p.529

<sup>70</sup> A. TENCA. *Delito de Acoso Sexual*. Buenos Aires: Ediciones la Roca, 2009, p.32, 33

<sup>71</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *El Acoso sexual*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010, p.121

## 1. 2. 2 Tipicidad

**Art... (511.1).**- Quien solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima, o a su familia, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena será reprimido quien, de conformidad con lo previsto en el inciso anterior, actúe prevaliéndose del hecho de tener a su cargo trámites o resoluciones de cualquier índole.

El que solicitare favores o realizare insinuaciones maliciosas de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona, y que no se halle previsto en los incisos anteriores, será reprimido con prisión de tres meses a un año.

Las sanciones previstas en este artículo, incluyen necesariamente la prohibición permanente de realizar actividades que impliquen contacto con la víctima.

Si el acoso sexual se cometiere en contra de personas menores de edad, será sancionado con prisión de dos a cuatro años.

### 1.2.2.1 Sujeto activo

En el tipo de acoso sexual nos encontramos frente a una situación *sui generis* pues tenemos tanto un sujeto activo calificado como uno indeterminado.

El sujeto activo determinado se encuentra descrito en el primer inciso del artículo innumerado (511.1) del Código Penal. Este artículo estipula que el acosador hace la solicitud: "... prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar...". Con lo anterior se concluye que la determinación del sujeto activo se basa en el nexo jerárquico –de superioridad- que éste debe tener con la víctima. No importan factores como la edad o el sexo en el sujeto activo pues lo determinante es que la víctima depende – en cualquier manera- de él. En este caso, "el sujeto activo coacciona a la víctima que se someta sexualmente, avisando de la autoridad que le confiere su función."<sup>72</sup>

El segundo inciso del artículo innumerado (511.1) también determina al sujeto activo, pues se refiere a cuando éste tiene "a su cargo trámites o resoluciones". En este

---

<sup>72</sup> E. A DONNA. *Derecho Penal...* op. cit, p.529

caso también habría una situación de superioridad pues depende del sujeto activo el resultado del trámite o resolución.

El artículo innumerado (511.1), en su tercer inciso, hace referencia un sujeto activo indeterminado. El artículo establece que el autor que no conste con las determinaciones anteriormente analizadas es sancionado por acoso sexual. La pena varía, pero lo importante es que esta indeterminación en el sujeto activo permite que la norma prohibitiva se adecue a todos los casos en que el acoso sexual se puede realizar.

### **1.2.2.2 Sujeto pasivo**

El sujeto pasivo puede ser cualquier persona víctima de una solicitud de favores sexuales. Sin embargo, el tipo penal también determina ciertos casos para el sujeto pasivo en el acoso: debe depender del sujeto activo por la situación de superioridad – del sujeto activo- sobre él; puede también depender del sujeto activo por estar esperando el resultado de un trámite o resolución que éste maneja.

La víctima puede ser mayor o menor de edad. Pero en caso de que sea menor de edad, el último inciso del artículo innumerado (511.1) lo pone como agravante y establece una pena mayor.

### **1.2.2.3 Acción Nuclear**

El verbo núcleo del tipo penal es “solicitar” por lo que la acción nuclear es la solicitud que se hace. Obviamente no toda solicitud configura el delito de acoso sexual. La solicitud debe ser “un favor de naturaleza sexual, solicitud que puede efectuarse en cualquiera de las formas de comunicación verbal, escrita, o mímica, excluyendo los actos que supongan contacto corporal que se integrarían en el tipo penal de abuso sexual.”<sup>73</sup> La solicitud debe ser dirigida hacia el sujeto pasivo.

---

<sup>73</sup> R. MATEO MEDINA. *Acoso Sexual y Acoso Moral por razón de sexo: sus consecuencias y medidas para su prevención*. Andalucía: Secretaria de la Mujer de UGT Andalucía, p.4. WEB. 10 Feb. 2011

La conducta típica se define por el verbo «solicitar», esto es, requerir o demandar favores de naturaleza sexual, es decir, la satisfacción del deseo manifestado por el solicitante; requiere como elementos concurrentes la existencia de una solicitud de favores sexuales, por parte de quien ocupa una posición de superioridad en el ámbito laboral, docente o análogo -tal analogía ha de interpretarse restrictivamente-, con prevalimiento de tal circunstancia y anunciando causar un mal al sujeto pasivo relacionado con sus legítimas expectativas en el ámbito que vincula a ambos. Es indiferente que la solicitud a satisfacer lo sea a favor del propio sujeto activo o de un tercero. La relación de superioridad que se exige y de la que ha de prevalerse el sujeto activo, ha de comportar la posibilidad real, efectiva y directa de malograr las legítimas expectativas del sujeto pasivo.<sup>74</sup>

Esta solicitud puede realizarla el sujeto activo para sí mismo o para un tercero<sup>75</sup>. En este último caso, “el que solicita por encargo es autor material y el tercero que le encargó es autor intelectual.”<sup>76</sup>

Cabe mencionar que la solicitud debe ser meramente el “pretender, pedir o buscar”<sup>77</sup> el favor de naturaleza sexual. En caso de que exista violencia al momento de hacer la solicitud el delito cometido –dependiendo de las circunstancias- podría asimilarse más al abuso sexual simple que al acoso.

La solicitud es básica, pues esta marca el inicio del delito. Al haber el nexo jerárquico, la solicitud de naturaleza sexual por parte del superior jerárquico puede llevar la amenaza expresa o tácita de causar un daño inevitable por la víctima. Si la amenaza – entendida como el “dicho o hecho con que se da a entender el propósito más o menos inmediato de causar un mal”<sup>78</sup>- llega a cuartar la voluntad del sujeto pasivo y por ende lleva a la realización de un acto impúdico o un acceso carnal, ya no se configura el acoso sexual sino otro delito. Si bajo esta amenaza -que acompaña a la solicitud de naturaleza sexual- se realiza el acceso carnal, se configura el delito de abuso sexual con acceso carnal mediante intimidación tipificado en el artículo 512 numeral 3 del Código Penal.

---

<sup>74</sup> “Acoso sexual” en Enciclopedia Jurídica. WEB. 21 Feb. 2011

<sup>75</sup> A. TENCA. *Delito de Acoso Sexual...* op. cit., p.170

<sup>76</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *El Acoso sexual*. op. cit., p.153

<sup>77</sup> “Solicitar” en Diccionario de la Real Academia Española. WEB. 22 Feb. 2011

<sup>78</sup> G. CABANELLAS DE TORRES. *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2005, p. 31

#### **1.2.2.4 Objeto material**

Gracias a la naturaleza sexual de los favores que el sujeto activo solicita, el objeto material recae sobre el cuerpo del sujeto pasivo. Al haber la simple solicitud, no se vulnera la libertad sexual –bien jurídico protegido- pero sí se la pone en riesgo. El cuerpo del sujeto pasivo es donde recae el desarrollo y goce de la libertad sexual y donde recaería el “favor sexual” que el sujeto activo le solicita realizar.

#### **1. 2.2.5 Elementos normativos**

Existen ciertos requisitos para que el delito se consolide, estos son: nexo jerárquico, solicitud de favores de naturaleza sexual, beneficio del sujeto activo; legítima expectativas.

##### **1.2.2.5.1 Situación de superioridad (nexo jerárquico o relación de dependencia)**

MARTÍNEZ VIVOT considera que el acoso sexual es una muestra del ejercicio del poder con respecto a un subordinado, resultando por lo general la víctima de dicho abuso.<sup>79</sup> En verdad la subordinación del sujeto pasivo al activo, es el elemento característico de este delito. El sujeto pasivo está ligado del sujeto activo por una relación de dependencia o por un nexo jerárquico. No importa de qué naturaleza sea dicha relación o nexo. El tipo penal ejemplifica a la superioridad que la relación o nexo tienen estipulado que puede ser laboral, docente o religiosa; pero, deja abierto un sinnúmero de posibilidades al establecer que puede ser una superioridad “similar” a las ejemplificaciones anteriores.

Lo característico de esta relación de dependencia es que -en el caso de que el sujeto pasivo no acepte la solicitud del sujeto activo- puede el sujeto pasivo sufrir perjuicio, daño, represalia o vulneración de sus derechos o de sus legítimas expectativas.

---

<sup>79</sup> J. MARTINEZ VIVOT. *Acoso Sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996, p. 8



#### 1.2.2.5.2 Favores de naturaleza sexual

La solicitud –que fue analizada anteriormente- es la acción nuclear. Ahora lo importante para que se configure el delito es que dicha solicitud sea para obtener un favor de naturaleza sexual.

Se entiende que “favor” es el “formular una petición”<sup>80</sup> es decir pedir algo. El pedir conlleva el “demandar a alguien que dé o haga algo”<sup>81</sup> o el “requerir algo, exigirlo como necesario o conveniente”<sup>82</sup>. Por lo que - de acuerdo al artículo innumerado que tipifica el delito de acoso sexual- el sujeto activo debe demandar o requerir al sujeto pasivo que dé o haga algo de naturaleza sexual para que se configure como un favor de naturaleza sexual.

Anteriormente – al analizar el delito de abuso sexual simple- ya se explicó sobre los actos de naturaleza sexual. Si bien este delito no se refiere a actos de naturaleza sexual, sí se refiere a solicitar que estos sean realizados, por lo que una analogía sobre ambos no sería incorrecta. Cabe mencionar que la diferencia es que en el acoso solamente se hace la solicitud de naturaleza sexual, mientras que en el abuso sexual simple el acto de naturaleza sexual si se da. En ambos casos se excluye el coito de estos actos pues el delito sería otro.

Queda absolutamente en claro que lo requerido no se limita al acto sexual, sino a cualquier pedido que tenga el sexo como protagonista, de este modo, tanto se configura el delito so lo que se pretende es tener relaciones sexuales, como que si lo que se solicita es un tocamiento inverecundo, sexo oral, ver películas pornográficas, etc..<sup>83</sup>

Debe haber un beneficio entendido como la satisfacción que el solicitante adquiere de la labor sexual que obliga a realizar al sujeto pasivo.

---

<sup>80</sup> “Favor” en Diccionario de la Real Academia. WEB. 22 Feb. 2011

<sup>81</sup> “Pedir” en Diccionario de la Real Academia WEB. 22 Feb. 2011

<sup>82</sup> *Ibíd.*

<sup>83</sup> A. TENCA. *Delito de Acoso Sexual...* op. cit., p.170

### 1.2.2.5.3 Trámites o resoluciones a cargo del sujeto activo

En este caso lo que existe es una dependencia del sujeto pasivo al sujeto activo basada en el resultado de un trámite o una resolución. Esta dependencia crea la situación de superioridad sobre el sujeto pasivo.

Hay la posibilidad de coacción moral en la víctima. El sujeto activo puede resolver como él quiera el trámite o resolución y aprovecharse de esto para amenazar o intimidar al sujeto pasivo.

Finalmente cabe mencionar que el inciso tercero del tipo del acoso sexual no prevé ninguna situación de superioridad o de tener a cargo trámites y resoluciones para la consumación del acoso sexual. Con esto se le da al delito un carácter abierto ya que no hace indispensable el nexo jerárquico. La consumación se produciría con la sollicitación de favores sexuales que atenten contra la libertad sexual de la víctima.

### 1.2.2.5.4 Legítimas Expectativas

No se puede definir completamente lo que significan las legítimas expectativas. Una definición personal puede ser lo que una persona espera de una situación o una relación. Partiendo de esto, se puede afirmar que “La víctima de acoso sexual, como toda persona, tiene legítimas expectativas en el ámbito de las relaciones humanas que mantiene con el motivo del ejercicio de sus roles sociales.”<sup>84</sup>

Las legítimas expectativas de cada persona, en una relación determinada, mientras no se hace conocer a la otra parte, no tiene ninguna calificación de buena o mala, pues ésta se encuentra aún en el fuero interno del sujeto activo; y es más, no se sabe si la misma conlleva un mal relacionado con las legítimas expectativas que tiene la otra parte, puesto que le corresponde a la parte solicitada, resolver y dar a conocer su posición frente a la solicitud realizada.<sup>85</sup>

---

<sup>84</sup>R. Machado Clavijo. *Preocupaciones jurídicas sobre el delito de acoso sexual*. Cuenca: Iuris, Universidad de Cuenca. p. 81. WEB. 15 Abril 2011

<sup>85</sup> *Ibíd.*

Según lo expuesto por Adrián Marcelo Tenca en su libro “Delito de acoso sexual” se podría mencionar como ejemplos de legítimas expectativas para que se consume el abuso sexual a: ascenso laboral o mejoramiento salarial<sup>86</sup>; acceso a la formación profesional o al empleo.<sup>87</sup>

#### **1.2.2.6 Elementos subjetivos**

El acoso sexual es un delito doloso ya que el autor tiene conciencia y voluntad del resultado. Al haber una solicitud para la realización favores sexuales, el solicitante tiene plena conciencia de lo que está pidiendo. La solicitud es una exteriorización de lo que el sujeto activo quiere lograr. Al configurarse los elementos del tipo penal hay una conducta típica y antijurídica por lo que el sujeto activo es culpable. En este caso, no se admite el error como causal de inculpabilidad pues la solicitud no es un acto accidental.

#### **1.2.2.7 Medios**

En el delito de acoso sexual el medio comisivo consiste en una coacción moral amenaza, sea una amenaza o una intimidación. El tipo penal estipula que “con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima, o a su familia, un mal...” solicita el sujeto activo el favor de naturaleza sexual al sujeto pasivo.

#### **1.2.3 Bien Jurídico protegido**

El bien jurídico protegido tiene su inicio en el derecho laboral pues en las relaciones laborales fue donde nació la importancia de un tipo penal que proteja a los trabajadores. Por otro lado, la segregación contra las mujeres enfatizó la necesidad de un tipo penal que las proteja, sin desmerecer el hecho de que los hombres también pueden ser sujetos pasivos.<sup>88</sup>

---

<sup>86</sup> A. TENCA. *Delito de Acoso Sexual...* op. cit., p.170 y 171

<sup>87</sup> *Ibíd.*, p.172

<sup>88</sup> *Ibíd.* p. 27, 28

La libertad sexual es el bien jurídico protegido.<sup>89</sup> El acoso sexual busca evitar que una persona sea participe de actos de naturaleza sexual por haber recibido una solicitud amenazante. Para que se proteja este bien jurídico es necesario que “la aceptación, tanto del hombre como de la mujer, debe haber sido condicionada en su decisión y en su motivación. Pero no hay que confundir los casos de abuso con aquellos en que la presunta víctima acepta el trato sexual con el fin de escalar posiciones en su ámbito...”<sup>90</sup> En estos últimos casos no hay delito pues no se vulnera a la libertad sexual por haber consentimiento del subordinado.

#### 1.2.4 Características del delito de acoso sexual

El acoso sexual tiene un carácter instantáneo ya que se consuma ni bien el sujeto activo solicita favores de naturaleza sexual al sujeto pasivo.

Este delito requiere que la haya una conducta exteriorizada que es la solicitud de naturaleza sexual. Por lo anterior no cabe la comisión por omisión.<sup>91</sup>

Sólo una persona puede realizar la acción nuclear. En el caso en que varias personas soliciten favores, no hay un solo delito de acoso sexual sino una concurrencia de este delito.

El delito de acoso sexual por su estructura se caracteriza como un delito de peligro presunto; peligro que se encuentra presentado por la amenaza de vulneración de la libertad sexual del sujeto pasivo o bien jurídico tutelado por la norma penal que prohíbe la conducta; por lo cual, se presume *juris et de jure* la existencia o el resultado del peligro presunto, como consecuencia de la realización de la sollicitación del favor sexual.<sup>92</sup>

Además es un delito de peligro pues no se vulnera un bien jurídico protegido, sino que se lo pone en riesgo.

---

<sup>89</sup> E. A DONNA. *Derecho Penal...* op. cit., p. 529

<sup>90</sup> *Ibíd.* p,529

<sup>91</sup> La comisión por omisión está descrita en el art. 12 del Código Penal, el cual la define como: no impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo.

<sup>92</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *El Acoso sexual...* op. cit., p.135

Es un tipo completo pues describe los elementos de la tipicidad y además establece en el mismo artículo las penas.

### **1.2.6 Sanción y agravantes**

El artículo innumerado... (511.1) del Código Penal establece contiene tres penas. En primer lugar la “prisión de seis meses a dos años” para el sujeto activo que tenga relación de superioridad con el sujeto pasivo, o que tenga a su cargo trámites o resoluciones con los que puede amenazar a la víctima. Una segunda pena es de “prisión de tres meses a un año” cuando el sujeto activo es indeterminado, es decir cuando no tiene relación de dependencia – nexo jerárquico o a su cargo tramites y resoluciones- con el sujeto pasivo. Finalmente se impone una pena de “prisión de dos a cuatro años” si el acoso se comete contra personas menores de edad. Este último caso es un agravante que lo trae el propio artículo en su inciso final.

### **1.2.7 Tentativa**

El delito de acoso sexual, por consumarse inmediatamente con la solicitud y por ser un delito de peligro presunto, no admite tentativa.

### 1.3. ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL

#### 1.3.1 Definición

El delito de abuso sexual con acceso carnal es contemplado por primera vez en el Ecuador 1871 entre los delitos contra “Del atentado contra el pudor y de la violación” con el nombre de delito de “violación”. La tipificación de este delito decía: “Los que violaren la virginidad de una mujer mayor de catorce años y menor de veintiuno, sin fuerza ni violencia, sino por seducción y halago, serán castigados con seis meses a tres años de prisión.”<sup>93</sup>

El abuso sexual con acceso carnal es generalmente llamado “violación”. Incluso el Código Penal en su artículo 512, donde tipifica este delito, se refiere al mismo como violación<sup>94</sup>. Si bien este término se ha convertido en la manera más común de llamar a este delito, no es el correcto pues la palabra “violación” denota la vulneración de bienes jurídicos en general, es una palabra muy amplia. Pese a lo anterior, muchos doctrinarios la utilizan y definen la palabra “violación”-dentro del campo de los delitos sexuales- como el “acceso carnal cometido contra la voluntad del sujeto.”<sup>95</sup>

El tipo descrito en el artículo 512 no sólo incluye el acceso carnal por introducción el miembro viril por “vía oral, anal o vaginal.”<sup>96</sup> También incluye actos impúdicos sin que haya la cópula carnal pero que por su naturaleza están asimilados al acceso carnal. Estos actos son la introducción “de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril”<sup>97</sup> por “vía vaginal o anal.”<sup>98</sup> A estos últimos actos - varios de los doctrinarios consultados- los suelen denominar “agresión sexual asimilada a violación carnal” justamente por su similitud con el acceso carnal utilizando el miembro viril. Sea

---

<sup>93</sup> Código Penal de 1871, art. 394. Registro Auténtico del 3 de noviembre 1871.

<sup>94</sup> Hago esta afirmación pues el artículo 512 del Código Penal que tipifica este delito inicia diciendo: “es violación el acceso carnal...”

<sup>95</sup> A. TENCA. *Delitos sexuales...* op. cit., p. 61

<sup>96</sup> Código Penal, art. 512

<sup>97</sup> *Ibíd.*

<sup>98</sup> *Ibíd.*

el acceso carnal –propriadamente dicho- o la agresión asimilada a violación, carnal basta que se realice alguna de las modalidades de acceso carnal, que alternativamente se describen en el tipo, para que se consume el delito de abuso sexual con acceso carnal.

### 1.3.2 Tipicidad

Los artículos que se refieren a este tipo penal dentro del Código Penal son:

**Art. 512:** Es violación el acceso carnal, con la introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o , la introducción por vía vaginal o anal, de los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

Cuando la víctima fuere menor de catorce años;

Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,

Cuando se usare de violencia, amenaza o intimidación.

**Art. 513:**El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, en el número 1 del artículo anterior y, con reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años, en los números 2 y 3 del mismo artículo.

**Art. 514:** Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada se aplicará la pena establecida para los numerales 2 y 3 del artículo anterior; y si se produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Igual pena de reclusión especial de dieciséis a veinticinco años, se impondrá a los responsables de violación si las víctimas son sus descendientes, ascendientes, hermanos o afines en línea recta; debiendo en su caso, ser condenados, además a la pérdida de la patria potestad.

Dentro de este conjunto de artículos citados, el artículo principal es el art. 512, pues en él están descritos los elementos de la tipicidad que analizaré a continuación. El art. 513 contiene la pena establecida por el legislador para este delito. El art. 514 establece un agravante en la pena, dependiendo del resultado sobre la víctima.

#### 1.3.2.1 Sujeto activo

En este delito el sujeto activo está indeterminado. El tipo penal no establece quién puede cometer el delito dejando así sin determinación al victimario.

El sujeto activo puede ser de ambos sexos, pues sea varón o mujer<sup>99</sup>, pueden violentar la libertad sexual de una persona al obligarla a realizar actos sexuales.

Si el sujeto activo de un delito de violación contra un hombre es una mujer, se llama violación inversa. La dogmática Jurídica Penal al igual que muchas legislaciones, como la colombiana, la peruana y la mexicana, ya se refieren desde hace tiempo a este tipo de abuso sexual con acceso carnal. En el caso de violación inversa, si la mujer es la que adecua su conducta al tipo penal y por ende comete el delito, ella será el sujeto activo sin perjuicio de que otras personas hayan colaborado.

No existe coautoría material en este delito. No cabe el establecer un abuso sexual con acceso carnal como resultado de las acciones de varias personas. Sólo una persona puede realizar la acción nuclear, es decir acceder carnalmente a la víctima, y por ende ser autora de este delito. Si varias personas acceden carnalmente a la víctima, todas ellas son sujetos activos de su propio delito de abuso sexual con acceso carnal aunque tengan una conexión temporal y espacial en los delitos.

Sí cabe la figura del encubrimiento - estipulada en el art.44 del Código Penal- y la figura de complicidad –estipulada en el art. 43 del Código Penal-.3

### **1.3.2.2 Sujeto pasivo**

El sujeto pasivo está determinado. Del tipo penal podemos concluir que el sujeto pasivo es: una persona menor de 14 años; una persona privada de la razón o del sentido; una persona que no pudo resistir la acción nuclear por tener una enfermedad o por cualquier otra causa que la inhabilitó.

---

<sup>99</sup> C. CREUS. *Derecho Penal...* op. cit., p. 188



### 1.3.2.2.1 Persona menor de 14 años

Cuando la víctima es menor de 14 años siempre habrá este delito. Lo importante es la edad del sujeto pasivo, pues el que sea menor de edad prevalece como circunstancia constitutiva<sup>100</sup> de este delito<sup>101</sup>.

No importa la voluntad del menor, así lo establece el artículo innumerado (528.17) del Código Penal al estipular que: “en los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad, será irrelevante...”.

Si es que existe una violación inversa, la mujer –sujeto activo- no necesita emplear las circunstancias establecidas en el art. 512 del Código Penal para doblegar la resistencia o voluntad de la víctima al cometer el delito. Basta que la víctima sea menor de catorce años, siempre será abuso sexual con acceso carnal.

Si el menor de edad es mayor de catorce años y es seducido para obtener su consentimiento, no hay violación sino estupro. Esto se da gracias al artículo 510 del Código Penal, según el cual: “El estupro se reprimirá con prisión de tres meses a tres años si la víctima fuere mayor de catorce años y menor de dieciocho”. El estupro es “la cópula con una persona, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.”<sup>102</sup>

### 1.3.2.2.2 Persona privada de la razón o del sentido

Las personas se hallan privadas de la razón –generalmente- cuando sufren de enfermedades, sean mentales, congénitas o adquiridas. Las personas que se hallan

---

<sup>100</sup> Las circunstancias constitutivas en este delito son las descritas en los numerales 1, 2 y 3 del artículo 513 del Código Penal. Es decir: Cuando la víctima fuere menor de catorce años; Cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y, Cuando se usare de violencia, amenaza o intimidación.

<sup>101</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales...* op. cit., p. 169

<sup>102</sup> Código Penal, art. 509:

Llámesse estupro la cópula con una persona, empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento.

privadas del sentido pueden tener esta condición gracias a una enfermedad, como resultado de algún accidente o porque el sujeto activo causó en ellas este estado.

En las personas que están privadas de la razón o del sentido, el abuso sexual con acceso carnal se lo hace en ausencia de la voluntad de la víctima. Estos individuos carecen de la conciencia y voluntad que les permitiría establecer cuál va a ser conducta sexual. Por las razones anteriores, estas personas se encuentran en estado de indefensión y se configuran como sujetos pasivos del abuso sexual con acceso carnal.

#### **1.3.2.2.3 Persona que no pudo resistir la acción nuclear por tener una enfermedad o por cualquier otra causa que la inhabilitó**

En este caso, el abuso sexual con acceso carnal también se lo hace en ausencia de la voluntad de la víctima. Muchas veces el sujeto pasivo acepta ser objeto del acceso carnal sólo por evitar un mal mayor o por cuida su integridad física, en este caso su voluntad -aceptación- no tiene validez jurídica pues se encontró viciada al no poder resistir al ataque.

El art. 512 –inciso 2- establece en primer lugar a las enfermedades como causa para que la víctima no pueda poner resistencia. . Los enfermos tienen un estado de indefensión preexistente a la realización del delito La enfermedad en el sujeto pasivo, no lo despoja de su conciencia y voluntad pero sí lo debilita por lo que le inhabilita físicamente de oponer resistencia al acceso carnal.

El mismo artículo 512 describe muchas otras causas que imposibilitan la resistencia - al decir “por cualquier causa no pudiera resistirse”- de la víctima. Muchas veces el sujeto activo induce el estado de indefensión de la víctima para poder abusar carnalmente de ella, en este caso hay una indefensión sobreviniente de la víctima. Este tipo de indefensión se produce por una situación circunstancial que causa que la resistencia sea infructuosa e inoportuna. La gran mayoría de indefensiones sobrevinientes se dan por: estar bajo los efectos del alcohol o de las drogas; porque hay

más de un agresor; porque las circunstancias determinaron que el sujeto pasivo tenga una situación de desventaja frente al sujeto activo; entre otras. Un caso curioso de indefensión sobreviniente – descrito por Luis Humberto abarca Gáleas- se da cuando las mujeres son el sujeto activo, este autor afirma que:

Se ha observado que la mujer prefiere el empleo de medios fraudulentos antes que violentos para conculcar la libertad sexual de sus víctimas, obligándolas a satisfacerla sexualmente, como cuando para colocarlas en estado de indefensión las hace ingerir una pastilla de viagra en la comida, no cabe duda que conculca su Derecho a la Liberta Sexual, porque por los efectos de la droga no podrá oponer resistencia a sus solicitudes de favores sexuales.<sup>103</sup>

#### 1.3.2.2.4 Acción Nuclear

La acción constitutiva o acción nuclear de este delito es “el acceso carnal.” Lo cual es entendido como la penetración de un objeto contuso o contundente a un órgano humano.

El núcleo típico de la figura lo constituye la introducción del órgano sexual masculino en orificio o conducto natural o naturalizado de otra persona por vía normal o anormal, de modo de hacer posible el coito o acto equivalente sin que sea necesario que el acto sexual alcance la perfección fisiológica, es decir, que se produzca la eyaculación (inmissio seminis) ni que la penetración sea completa (inmissio penis).<sup>104</sup>

Cabe mencionar que según FONTÁN BALLESTRA, “la característica esencial del concepto está dada por la idea de penetración; de suerte que cualquiera otra relación sexual que no importe penetrar, carece de tipicidad para configurar el delito que nos ocupa...”<sup>105</sup>

En la doctrina habido disquisición sobre qué conlleva la definición de acceso carnal para este delito. Basados en un concepto biológico, el acceso carnal se refiere un concepto netamente fisiológico a la sola penetración del órgano sexual masculino por

---

<sup>103</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales...* op. cit., p.122

<sup>104</sup> R. FIGARI. *Delitos de índole sexual...* op. cit., p.129

<sup>105</sup> C. FONTÁN BALLESTRA. *Derecho Penal...* op. cit., p. 207

vías normales o anormales en el cuerpo de la víctima<sup>106</sup>. La vía normal es la vagina y las vías anormales son el ano y la boca. El acceso carnal cambia un poco si lo vemos desde una perspectiva jurídica. Jurídicamente se entendería por acceso carnal “a toda actividad directa de la libido, natural o no, en la que existe penetración del órgano genital del actor que puede representar coito o una forma degenerada o equivalente a éste.”<sup>107</sup> En este concepto existen problemas. Teniendo en cuenta que este concepto se refiere únicamente al “órgano genital del actor” se dejaría de lado los casos en que las mujeres, siendo sujeto activo, sean las que penetren sexualmente a una víctima hombre (por vía anal). Otra falacia es que dado el caso de que el sujeto activo se haga penetrar (y no sea el que penetra) no existiría acceso carnal.

Una posición curiosa la encontré en autores argentinos, por ejemplo según TENCA,

El lenguaje es decisivo, pues el término acceso carnal no está utilizado del modo normativo, médico o técnico de las ciencias naturales, sino en su sentido vulgar o social. Debe ser entendido como lo haría un profano en una sociedad determinada, y no cabe duda de que en su significado usual los términos antes señalados son equivalentes e intercambiables. [...] para que haya acceso carnal, cópula coito, concubinato, conjunción o unión sexuales necesaria la intervención de dos personas y que una de ellas introduzca el pene en el cuerpo de otra. Si ello no sucede, sería contrario al uso común del lenguaje decir que ha habido cópula.<sup>108</sup>

Según FIGARI –citando a jurisprudencia argentina– “el acceso carnal que tipifica el delito de violación no debe necesariamente alcanzar su perfección fisiológica porque aún siendo parcial configura el delito referido.”<sup>109</sup> “El delito de violación no exige un acto sexual completo, bastando la penetración para tener por consumado el delito.”<sup>110</sup> Lo mismo expone FONTÁN BALLESTRA, pues él afirma que “no es necesario que el

---

<sup>106</sup> R. FIGARI. *Delitos de índole sexual...* op.cit, p. 130

<sup>107</sup> *Ibíd.*, p. 130

<sup>108</sup> A. TENCA. *Delitos sexuales...* op. cit., p.65

<sup>109</sup> R. FIGARI. *Delitos de índole sexual...* op.cit, p. 129

<sup>110</sup> *Ibíd.* p.129

acto sexual alcance la perfección fisiológica, que se produzca la eyaculación, ni que la penetración sea completada.”<sup>111</sup>

Pero en el caso ecuatoriano, el mismo artículo 512 del Código Penal determina precisamente a lo que se refiere el “acceso carnal” al estipular que es: la introducción total o parcial del miembro viril o de objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril por vía vaginal, anal o bucal.

#### **1.3.2.2.5 Objeto material**

El objeto material de este delito es el cuerpo del sujeto pasivo. Esta se da ya que la conducta que descrita en el art. 512 del Código Penal consiste en la introducción de miembro viril o de objetos en el cuerpo – orificios u órganos descritos en el tipo penal- de la víctima.

#### **1.3.2.2.6 Elementos normativos**

La sola realización del acceso carnal no configura el delito de abuso sexual con acceso carnal. Éste sólo se configura cuando el acceso carnal es realizado con alguna de las circunstancias que el artículo 512 del Código Penal describe y delimita. Los elementos normativos de este tipo penal se refieren a la manera que se puede acceder carnalmente a la víctima.

Para adecuarse a la conducta descrita por este delito y para acceder carnalmente al sujeto pasivo, se lo puede hacer de forma: oral, anal o vaginal. El acceso carnal se lo puede hacer con: el miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o con objetos, dedos u órganos introducidos por vía anal o vaginal.

El sujeto activo puede utilizar una o varias de estas formas para acceder a la víctima. Si son realizadas de manera continua, una tras otra, sólo existe un delito. Pero si accede a la víctima carnalmente de varias de estas maneras, pero en diferente tiempo

---

<sup>111</sup> C. FONTÁN BALLESTRA. *Derecho Penal...* op. cit., p. 207

sin llevar una relación de continuidad, habría un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal<sup>112</sup>.

El artículo 512 amplía el ámbito del acceso carnal al sexo oral o fellatio in ore. El acceso por vía oral consiste en introducir el miembro viril por la boca. En este caso puede ser sujeto pasivo tanto la mujer como el hombre. “No se requiere que la introducción sea total, siendo suficiente que el miembro viril traspase el cerco dentario en mínima proporción.<sup>113</sup>”. Al tipificar el acceso carnal por vía oral, el Código Penal se apega a una postura amplia dentro de la Doctrina que defiende que la fellatio in ore es abuso sexual con acceso carnal. FONTÁN BALLESTRA pertenece al grupo de doctrinarios que admiten a la fellatio in ore como abuso sexual con acceso carnal. Según él:

El criterio jurídico del acceso carnal, más amplio que el biológico, ha sido entendido como actividad directa de la libido natural o no, en la que exista una penetración del órgano genital del actor, que puede representar el coito o una forma equivalente a éste. Así vistas las cosas, el coito oral no se diferencia esencialmente de otro acceso carnal contra natura.<sup>114</sup>

Hay doctrinarios que defienden una postura restrictiva frente a este tema. Autores argentinos como PANDOLFINI defienden que la fellatio in ore no es abuso sexual con acceso carnal. PANDOLFINI señala que “la boca, a diferencia del ano, no cumple una función semejante a la vagina no sólo porque carece de glándulas y de terminales nerviosas erógenas, sino porque se trata de una cavidad cuya abertura depende de la voluntad del sujeto pasivo”<sup>115</sup>. Mantienen la misma postura TENCA<sup>116</sup> y CREUS<sup>117</sup>.

---

<sup>112</sup> C. FONTÁN BALLESTRA. *Derecho Penal...* op. cit., p. 155

<sup>113</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales...* op. cit., p. 155

<sup>114</sup> C. FONTÁN BALLESTRA. *Derecho Penal...* op. cit., p. 208

<sup>115</sup> O. PANDOLFINI. *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: La Roca, 1999, p. 48

<sup>116</sup> A. TENCA. *Delitos sexuales...* op. cit., p. 85, 86, 87, 88.

<sup>117</sup> C. CREUS. *Derecho Penal...* op. cit., p. 188

El acceso por vía anal se refiere a la introducción del miembro viril o de objetos, dedos u órganos por el ano. El sujeto pasivo puede ser hombre o mujer. Este tipo de acceso se da comúnmente en el caso de abuso homosexual, sin desconocer que también pueden presentarse en los casos heterosexuales. En este caso, “es suficiente que se traspase el esfínter anal en mínima proporción<sup>118</sup>” para que haya acceso carnal. En caso de que se introduzca objetos - por vía anal o vaginal- es importante que se verifiquen las circunstancias previstas para la consumación del abuso sexual con acceso carnal contemplado en el art. 512 del Código Penal para que se consume el delito.

En el acceso por vía vaginal el sujeto pasivo sólo puede ser del sexo femenino, pues los hombres carecen de este órgano. No puede existir acceso carnal por vía vaginal en parejas homosexuales. Si la pareja son dos hombres, por su condición biológica sólo podría haber acceso carnal del miembro viril por vía anal u oral. En el caso de que la pareja la conformen dos mujeres, el acceso carnal vaginal también es imposible gracias a la ausencia del miembro viril en el cuerpo de ambas mujeres. En este último caso lo que cabría es la introducción de de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril por vía vaginal o anal. Por otro lado, en caso de violación inversa, el acceso por vía vaginal sólo es posible si el sujeto activo logra la erección de su víctima empleando medios necesarios para que esto ocurra.

Cabe recalcar que “el abuso sexual con acceso carnal se consuma en el momento en que el miembro viril masculino penetra en el ano o la vagina del sujeto pasivo. No se requiere que la cópula haya sido perfecta, ni de un acto sexual completo. Tampoco se requiere que haya eyaculación.<sup>119</sup>”

---

<sup>118</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales...* op. cit., p. 155

<sup>119</sup> A. TIENCA. *Delitos sexuales...* op. cit., p. 97

### 1.3.2.2.7 Elementos subjetivos

El abuso sexual con acceso carnal, al ser un delito sexual, es inminentemente doloso<sup>120</sup>. La naturaleza del acceso carnal - que es la acción nuclear de este tipo- es meramente sexual ya que esta acción es realizada con conciencia y voluntad. El sujeto activo busca y quiere el acceso carnal con su víctima por lo que dirige su actividad para conseguir dicho resultado. En este caso, el sujeto activo es consciente de la norma penal prohibitiva<sup>121</sup> y voluntariamente la infringe deliberadamente cometiendo el abuso sexual con acceso carnal. Al ser doloso la determinación de la culpabilidad no plantea ningún problema pues al ser la conducta típica y antijurídica, también es culpable.

Se puede admitir el error con respecto a la edad del sujeto pasivo. La equivocada apreciación de la edad del menor puede ser a causa de él mismo, pues mintió sobre su edad, o a causa de terceros quienes indujeron al error. En ambos casos el error puede ser vencible por el sujeto activo por lo que no se configura ni la causa de inculpabilidad prevista en el artículo 32<sup>122</sup> del Código Penal, ni el desplazamiento de la culpabilidad previsto en el artículo 36<sup>123</sup> del mismo cuerpo legal.

Cuando la acción nuclear ha sido realizada empleando violencia, amenaza o intimidación, no se admiten causales de inculpabilidad ya que el dolo está evidenciado en estos medios comisivos.

---

<sup>120</sup> C. FONTÁN BALLESTRA. *Derecho Penal...* op. cit., p. 220

<sup>121</sup> Según el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la ley se presume conocida por todos, por lo que un delito- y mucho más si se trata de un abuso sexual con acceso carnal- se presume conocido por su autor.

<sup>122</sup> Código Penal, art. 32:

Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia.

<sup>123</sup> Código Penal, art. 36:

Cuando la acción u omisión que la ley ha previsto como infracción es, en cuanto al hecho y no al derecho, resultante del engaño de otra persona, por el acto de la persona engañada responderá quien le determinó a cometerlo.



### 1. 3.2.2.8 Medios

Otros elementos normativos dentro de este tipo penal tiene que ver con los medios empleados. Así tenemos como elementos normativos a la violencia, amenaza o intimidación utilizadas por el sujeto activo para consumir el delito.

Este delito se configura en contra de la voluntad del sujeto pasivo, cuando el sujeto activo lo obtiene por medio de la violencia. En este punto, Donna explica que la violencia debe ser física, continuada y suficiente para doblegar la resistencia de la víctima y que la resistencia debe ser: seria, persistente, real, efectiva, obvia o evidenciada.<sup>124</sup>

La violencia física puede realizarse de dos maneras. Puede hacerla el sujeto activo con su mera fuerza física doblegando a la víctima, en este caso se le conoce como “violencia física real”. También puede el sujeto activo ser violento utilizando objetos, armas o distintos instrumentos que venzan la resistencia del sujeto pasivo al lesionarlo o inmovilizarlo, esto se conoce como “violencia física mecánica”. En el caso de que la víctima sea menor de catorce años, “se presume juris el jure que es el resultado de la violencia [...] que no es otra cosa que el aprovechamiento del estado de indefensión que significa la minoría de catorce años...”<sup>125</sup>

Las heridas más típicas cuando habido violencia son las excoriaciones y las equimosis. Las excoriaciones es la lesión que se produce en la dermis sin atravesarla, pueden ser: rasguño, que es la línea roja hecha con las uñas; rozadura, las lesiones producidas por objetos; estigmas ungueales, lesión que se da por ahorcamiento con los dedos. Las equimosis son los golpes producidos por manos, dedos o puños y pueden ser: equimomas, petequias, son pequeñas en tamaño; sugilaciones, son el producto de absorciones hechas con la boca.

---

<sup>124</sup> E. A DONNA. *Derecho Penal...* op. cit., p. 325

<sup>125</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales...* op. cit., p.169

Cuando la violencia no es física se la llama “amenaza”. A la amenaza se le podría considerar una violencia moral ya que se entiende por amenaza el “dicho o hecho con que se da a entender el propósito más o menos inmediato de causar un mal”<sup>126</sup> No toda promesa de daño puede doblegar la resistencia de la víctima, por lo que el mal que el sujeto activo dice que va a causar debe ser viable grave e inevitable. La amenaza no sólo puede recaer sobre la víctima, sino también sobre un tercero o sobre bienes.

Dentro de la amenaza se encuentra el chantaje, que consiste en la amenaza de deshonorar revelando noticias negativas relativas a la víctima. La intimidación es muy parecida a las amenazas. En este sentido, podemos encontrar en el campo del Derecho Civil el concepto de intimidación.

Hay intimidación cuando se inspira [...] el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su conyugue, ascendientes o descendientes. Para calificar la intimidación debe atenderse a la edad, al sexo y a la condición de la persona...<sup>127</sup>

Puede ser expresa o tácita. La diferencia entre amenaza e intimidación es fina ya que en ambas se le dice al sujeto pasivo que se va a causar un grave daño, el cual es posible y él no lo puede evitar. La diferencia entre ambas es temporal ya que tiene que ver con tiempo en que supuestamente se va hacer el daño prometido. En la amenaza es un daño futuro. En la intimidación el daño sería inminente.

Se entiende por resistencia a la “oposición material o moral a una fuerza”<sup>128</sup>. Se podría decir que es un sinónimo de lucha, defensa o forcejeo.

### 1.3.3 Bien Jurídico protegido

El bien jurídicamente tutelado es la libertad sexual y dentro de esta se comprende el derecho a la libertad y al libre y espontaneo desarrollo de la personalidad

---

<sup>126</sup> G. CABANELLAS DE TORRES. *Diccionario Jurídico...* op. cit., p. 31

<sup>127</sup> Código Civil Español, art. 1.267

<sup>128</sup> G. CABANELLAS DE TORRES. *Diccionario Jurídico...* op. cit., p. 67

sexual. Este delito protege que ninguna persona sea obligada a tener relaciones sexuales o actos de acceso carnal sin su voluntad.

En este sentido Fontán Ballestra afirma que: “el bien jurídico lesionado por la violación es la libertad individual en cuanto cada cual tiene el derecho de elegir el objeto de su actividad sexual, y como lo afirma exactamente Salvagno Campos, prescindir de ella si así le parece.”<sup>129</sup>

Cuando el sujeto pasivo es menor de catorce años, hay una especial protección de estos bienes jurídicos pues él no ha alcanzado la madurez biológica, psicológica y sexual. Además, por esta razón y porque la propia ley lo estipula, su consentimiento no se considera como el resultado de una libre manifestación sexual.

#### **1.3.4 Características del delito de abuso sexual con acceso carnal**

Es un delito común, pues el sujeto activo no está determinado por lo puede ser cualquier persona individualmente considerada, sin importar su sexo. Sólo una persona puede consumar el delito, Sin embargo puede haber otras personas que participen principal o secundariamente, sean cómplices o encubridores.

Es un delito de resultado material pues sólo se consuma, cuando utilizando los elementos normativos, el sujeto activo accede carnalmente a la víctima.

Es un delito de conducta comisiva ya que el tipo penal exige que el sujeto activo realice la acción nuclear, sobre el cuerpo de la víctima, con alguno de los elementos subjetivos para que se configure el delito. También es un delito de conducta instantánea pues se consuma el momento en que hay introducción, por vía anal, oral o vaginal, del miembro viril o de otros órganos, objetos o dedos en el cuerpo de la víctima.

Es un delito que protege la libertad sexual.

---

<sup>129</sup> C. FONTÁN BALLESTRA. *Derecho Penal...* op. cit., p.206

El art. 512 del Código Penal es un tipo incompleto pues sólo describe la acción nuclear y los elementos normativos del delito, pero no establece la sanción que debe imponerse al autor. Esta sanción se encuentra en el artículo siguiente, el 513 del Código Penal.

### 1.3.5 Abuso sexual con acceso carnal calificado

El abuso sexual con acceso carnal es calificado en el artículo 514 del Código Penal, el cual estipula que:

**Art. 514:** Si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada se aplicará la pena establecida para los numerales 2 y 3 del artículo anterior; y si se produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Igual pena de reclusión especial de dieciséis a veinticinco años, se impondrá a los responsables de violación si las víctimas son sus descendientes, ascendientes, hermanos o afines en línea recta; debiendo en su caso, ser condenados, además a la pérdida de la patria potestad.

Como se puede ver en la transcripción del artículo, éste no trae un nuevo tipo penal. Lo que hace este artículo es calificar al abuso sexual con acceso carnal por su resultado. El resultado se da cuando el delito ha producido una grave perturbación en la salud de la persona violada, cuando se produce la muerte o cuando la víctima es descendiente, ascendiente, hermano o afín en línea recta.

Este artículo tiene grandes falacias. En primer lugar no se especifica a qué “perturbación en la salud” se refiere. Por otro lado, si se produce la muerte de la víctima se configura el delito de asesinato con la circunstancia novena prevista en el numeral 9 del artículo 450<sup>130</sup> del Código Penal.

Al no definir qué se entiende por “graves perturbaciones en la salud” podemos considerar que se puede tratar de una enfermedad física, de una enfermedad mental o

---

<sup>130</sup> Código Penal, art. 450:

Es asesinato y será reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, el homicidio que se cometa con alguna de las circunstancias siguientes: 9. Como medio de preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito, o para asegurar sus resultados o impunidad; o por no haber obtenido los resultados que se propuso al intentar el otro hecho punible.

de un resultado de lesiones causado por el cometimiento del delito. Las lesiones pueden presentarse por varias causas: porque la víctima puso resistencia y salió herida; porque a más del abuso sexual con acceso carnal también fue víctima de algún tipo de manipulación o mutilación que menoscabó su integridad física. La doctrina no es unánime en cuanto al establecer cuál es el alcance de “graves perturbaciones en la salud”. Una parte establece que “el daño debe producirse en el funcionamiento del organismo de la víctima y no en su estructura corporal”<sup>131</sup>. Otros sostienen que “el término también incluye los daños en la estructura corporal, excepto aquellos que carecen de toda influencia fisiológica”<sup>132</sup>. Lamentablemente estas discusiones doctrinales se seguirán dando hasta que el propio legislador delimite que entender por esta frase.

### 1.3.6 Tentativa

En el abuso sexual con acceso carnal al ser un delito de resultado, sí admite tentativa. Se da una tentativa de este delito cuando el sujeto activo interrumpe la ejecución del acceso carnal –y no lo consuma - cuando esta ejecución ya estaba en vías de desarrollo. Para que se configure la tentativa, la interrupción debe ser a causa de factores que el sujeto activo no puede controlar.

La tentativa trae un problema: saber cuál es el límite que diferencia la tentativa de abuso sexual con acceso carnal del abuso sexual –simple-. La diferencia radica en la dirección del ánimo del sujeto activo<sup>133</sup>. Muchos doctrinarios señalan que la diferencia deber ser buscada en el aspecto subjetivo. Hay tentativa de abuso sexual con acceso carnal si es que el objetivo del sujeto activo era el acceso carnal pero éste se frustró por circunstancias que no dependieron del sujeto. Hay abuso sexual -sin acceso carnal- si la voluntad del sujeto activo no estaba encaminada al acceso carnal sino sólo a realizar

---

<sup>131</sup> R. NÚÑEZ. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Bibliografía Argentino, 1964, p. 268

<sup>132</sup> C. CREUS. *Derecho Penal...* op. cit., 1999, p. 185

<sup>133</sup> A. TENCA. *Delitos sexuales...* op. cit., p.97, 98

actos impúdicos sobre el cuerpo de la víctima y su actuar fue frustrado por circunstancias ajenas al sujeto.<sup>134</sup>

Un ejemplo en el que se puede configurar la tentativa de violación es en el caso de que el sujeto pasivo -hombre- tenga disfunción eréctil imposibilitando la introducción de su miembro viril en la vagina o el ano de la mujer -sujeto activo-.

... tal disfunción eréctil constituye un factor externo que se encuentra fuera del control de la mujer sujeto activo, que interrumpe la actividad orientada a obtener el acceso carnal, es decir, que la interrupción se produce en vías de ejecución de éste.<sup>135</sup>

En este caso, la tentativa se da al ser imposible que el pene no erecto penetre el cuerpo del sujeto activo. Pero en el caso de que el sujeto activo introduzca el miembro viril no erecto por su boca, se configuraría el delito de abuso sexual con acceso carnal por vía oral.

### 1.3.7 Sanción y agravantes

Las penas en el delito de abuso sexual con acceso carnal varían.

Se pena con “reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años”<sup>136</sup> en tres casos: cuando “la víctima es menor de catorce años<sup>137</sup>; cuando el delito ha producido la muerte del sujeto pasivo<sup>138</sup>; o, cuando el sujeto pasivo es descendiente, ascendiente, hermano o afín en línea recta al sujeto activo, en este caso también se pierde la patria potestad<sup>139</sup>. Cuando el sujeto pasivo es menor de catorce años, y a más de su minoría de edad concurre otra de las circunstancias constitutivas del delito - sea que el menor se hallare privada de razón, del sentido, no pueda resistirse o si el sujeto activo de

---

<sup>134</sup> C. CREUS. *Derecho Penal...* op. cit., p.175,176

<sup>135</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales...* op. cit. , p.156

<sup>136</sup> Código Penal, art. 513

<sup>137</sup> Código Penal, art. 512 núm. 1

<sup>138</sup> Código Penal , art. 514

<sup>139</sup> *Ibíd.*

violencia, amenaza o intimidación- estas circunstancias “funcionan como agravantes por revelar mayor peligrosidad”<sup>140</sup> del sujeto activo.

Se da “reclusión mayor extraordinaria de doce a dieciséis años”<sup>141</sup> en los siguientes casos: cuando la víctima “se halle privada de razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse”<sup>142</sup> ; “cuando se usare de violencia, amenaza o intimidación”<sup>143</sup>; o cuando el abuso sexual con acceso “produjere una grave perturbación en la salud”.

A más de las penas señaladas, el Código Penal ha estipulado circunstancias agravantes exclusivas para el delito de abuso sexual con acceso carnal. Estos agravantes se encuentran en el art. 515 del cuerpo legal mencionado y son:

**Art. 515:** El mínimo de las penas señaladas por los artículos precedentes será aumentado con cuatro años:

Si los responsables son los que tienen autoridad sobre la víctima;

Si son institutores, o sus sirvientes, o sirvientes de las personas arriba designadas;

Si el atentado ha sido cometido por funcionarios públicos o ministros de culto, que han abusado de su posición para cometerlo; sea por profesionales de la salud y personal responsables en la atención y cuidado del paciente, comadrones o practicantes confiados a su cuidado; y,

Si en los casos del artículo 512 el culpado, quien quiera que sea, ha sido auxiliado en la ejecución del delito por una o muchas personas.

A más de los agravantes del artículo 515, también se debe tener en cuenta los agravantes estipulados en el artículo 30 y en el artículo in numerado (30.1) del Código Penal. Cabe señalar que en el caso de concurrencia de este delito –por ser un delito sexual- se pueden “acumular las penas hasta por treinta y cinco años.”<sup>144</sup>

---

<sup>140</sup> L.H. ABARCA GALEAS. *Delitos sexuales...* op. cit. , p. 170

<sup>141</sup> Código Penal , art. 513

<sup>142</sup> Código Penal, art. 512 núm. 2

<sup>143</sup> Código Penal , art. 512 núm. 3

<sup>144</sup> Código Penal, art. .(528.14):

En el caso de concurrencia de delitos sexuales y/o de trata de personas, las penas se acumularán hasta un máximo de treinta y cinco años.

En este tema, sobre las penas y los agravantes en el abuso sexual con acceso carnal, hay grandes defectos. En primer lugar hay una gran inconsistencia en la penalidad ya que se da una misma pena - reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años – cuando la víctima es menor de catorce años y cuando el delito ha producido la muerte. Por otro lado, el art. 515 del Código Penal rompe con la esencia de los agravantes y atenuantes. Los agravantes aumentan la pena basándose en el máximo de la pena. Los atenuantes disminuyen la pena basándose en la pena mínima. Pero el artículo 515 estipula que, al existir los agravantes en él descritos, se aumente cuatro años a la pena mínima, en lugar de aumentar a la pena máxima.



## **CAPITULO II**

### **DEL PROCESO PENAL DE ACCIÓN PÚBLICA EN EL CASO DE DELITOS SEXUALES DE ABUSO SEXUAL, ACOS SEXUAL Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL Y DEL DERECHO A LA DEFENSA DE LA VICTIMA EN UN DELITO SEXUAL**

## 2.1 ACCIÓN PÚBLICA

### 2.1.1 Definición de proceso penal

El proceso penal se encuentra dentro de la rama del Derecho conocida como Derecho Procesal. Dentro del Derecho Procesal, hay a su vez la rama del Derecho Procesal Penal, la cual es entendida como :“la ciencia que estudia, sistemáticamente, el conjunto de principios y normas referidos a la actividad judicial que se cumple a través del proceso, dirigida fundamentalmente a la efectiva realización jurisdiccional del orden jurídico penal”<sup>145</sup>.

Decimos que el Derecho Procesal Penal es “una rama jurídica porque se trata de una porción delimitada del conjunto de normas que integran el orden jurídico (interno) de un Estado”<sup>146</sup>. Esta rama del Derecho está integrada por normas jurídicas procesales utilizadas para cumplir la materia penal. “Se puede hablar de una rama jurídica porque en la actualidad ella ha adquirido autonomía legislativa, científica y académica”<sup>147</sup>. Claro que esta autonomía no significa independencia de las demás ramas del Derecho, pues todas integran el ordenamiento jurídico de un país. El Derecho Procesal Penal está vinculado con ramas como: el derecho constitucional, el derecho penal, el derecho administrativo, el derecho civil. Es más, con muchas de las ramas mencionadas el derecho procesal penal tiene más que una simple vinculación, “hay compenetración plena, como ocurre con las bases constitucionales y, entre otros aspectos más particulares, con las consecuencias civiles del hecho penal”<sup>148</sup>.

---

<sup>145</sup> J. CLARÍA OLMEDO. *Derecho Procesal Penal*. Tomo 1. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 37

<sup>146</sup> J. MAIER. *Derecho procesal penal*. Argentina: Editores del Puerto. s.r.l, 2004, p. 75

<sup>147</sup> *Ibíd.* p. 76

<sup>148</sup> J. CLARÍA OLMEDO. *Derecho Procesal Penal...op. cit.*, p.34

Si bien el objeto de este trabajo no es el estudio del derecho procesal penal, vale la pena mencionarlo pues nos sitúa en el proceso penal. No se puede hablar de proceso penal sin mencionar en qué rama del derecho se ubica.

La definición –citada a continuación– de MAIER de proceso penal es bastante buena pues logra condensar lo que significa, así como cuál es su finalidad. Según este autor:

Podemos definir al proceso penal, según su contenido descriptivo, como la secuencia de actos definidos y ordenados por la ley procesal penal, que llevan a cabo órganos públicos predispuestos y personas de Derecho privado autorizadas para ello, con el fin de lograr la decisión final que resuelve el caso, mediante la aplicación del Derecho penal material y sobre la base del conocimiento correspondiente, adquiridos durante el transcurso del procedimiento.<sup>149</sup>

Lo importante de la descripción hecha por MAIER es que este proceso tiene como finalidad el aplicar una decisión final basada en el conocimiento previo, el que se dio a lo largo de dicho proceso, y aplicando coherentemente y uniformemente el derecho material. Las pruebas alegadas, presentadas, analizadas y finalmente probadas en el proceso, así como su valorización, son de esencial importancia al momento de la decisión final por parte del Juez. De ellas depende que el proceso sirva a la parte afectada para poder ejercer su derecho a la defensa y los intereses de los bienes jurídicos que a dicha persona se le afectaron con el delito. “El proceso penal está compuesto por actos cumplidos de acuerdo a normas preestablecidas, mediante los cuales los órganos del Poder Judicial resuelven en el caso concreto si un hecho constituye delito.”<sup>150</sup>

Cabe mencionar que el proceso penal no es lo mismo que procedimiento penal. Este último está integrado por los actos procesales que constituyen cada una de las fases o etapas del proceso<sup>151</sup>.

En la definición también se menciona a la “secuencia de actos definidos y ordenados por la ley procesal penal”. La ley procesal penal se refiere principalmente a

---

<sup>149</sup> J. MAIER. *Derecho procesal penal...* op.cit., p.21

<sup>150</sup> F. D'ALBORA. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, p. 11

<sup>151</sup> *Ibíd.* p. 14

las normas procesales. La norma procesal penal sirve para la actuación del derecho penal sustantivo.”<sup>152</sup>

## 2.1.2 Principios Fundamentales del Proceso Penal

### 2.1.2.1 Oficialidad

Este principio comprende la persecución penal de los delitos, los cuales deben ser perseguidos por el Estado de oficio, sin que importe la voluntad de la víctima. Según este principio, el proceso penal “es promovido y decidido por órganos estatales”<sup>153</sup>. El Estado - según el principio de oficialidad- tiene la función de juzgar; de perseguir; y la función de defender al imputado.

La función de juzgar se encuentra reflejada en el Poder Judicial, cuya actuación está basada en la Carta Magna. La función de perseguir es una actividad represiva llevada a cabo por diferentes órganos del Estado, este es el caso de la Policía Judicial (PJ) la cual “investiga por iniciativa propia los delitos cometidos, y comunica inmediatamente los resultados al órgano jurisdiccional, o elevan el sumario de prevención al mismo promoviendo la acción penal.”<sup>154</sup> El código de Procedimiento penal estipula en este sentido que:

La función de defensa del imputado es necesaria pues así el Estado puede hacer valer la “garantía de defensa en juicio, (...) por lo que el Estado toma la defensa del imputado como una cuestión oficial.”<sup>155</sup>

Cabe mencionar que el proceso penal y la decisión final sobre el caso deben ser realizados por diferentes órganos del Estado para resguardar las garantías de imparcialidad e igualdad.

---

<sup>152</sup> J. CLARÍA OLMEDO. *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p.95

<sup>153</sup>F. D´ALBORA, Francisco. *Curso de Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 13

<sup>154</sup> R. W. ABALOS. *Derecho Penal Procesal*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, p. 235

<sup>155</sup> *Ibíd.* p. 236

### 2.1.2.2 Legalidad

El principio de legalidad, según el art. 2 del Código de Procedimiento Penal establece que:

**Art. 2.- Legalidad.-** Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado como infracción por la Ley Penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada y la pena establecida con anterioridad al acto.

Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores que se dictaren sobre los efectos de las normas del procedimiento penal o que establezcan cuestiones previas, como requisitos de prejudicialidad, procedibilidad o admisibilidad, deberán ser aplicadas en lo que sean favorables a los infractores.

Este artículo se encuentra respaldado por la Constitución, la cual en su artículo 76 numeral 3 dice:

**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:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

De esta manera los órganos del Estado que llevan a cabo el proceso penal carecen de discrecionalidad, pues el alcance de sus actuaciones está plenamente delimitado en la ley. Para todos ellos la actividad es obligatoria pues está impuesta por ley, subordinada a

la Constitución Nacional, y no pueden realizar negocio jurídico alguno que implique concluir el proceso, como no sea por los medios legalmente previstos<sup>156</sup>

Ellos deben promover la acción penal en forma obligatoria sin entrar a discriminar en razones de oportunidad o de índole política, pues carecen de potestad para enervar la pretensión represiva del Estado. Una denuncia recibida por la Policía Judicial o el Ministerio Público, aun cuando no tenga sustento jurídico, debe ser propuesta al juez que es quien decide respecto de su admisibilidad o no. La consecuencia del principio de legalidad es la necesidad de la promoción.<sup>157</sup>

### 2.1.2.3.- Verdad real

El principio de verdad real busca que el Juez tenga una idea verdadera y clara de cómo sucedieron los hechos para posteriormente poder comprobarlos y decidir sobre el caso<sup>158</sup>. Ninguno de los implicados en el proceso puede modificar la verdad de lo que aconteció. Este principio se encuentra dentro del Código de Procedimiento Penal, cuando este se refiere al juicio previo en su artículo 1:

**Art. 1.-** Juicio previo.- Nadie puede ser penado si no mediante una sentencia ejecutoriada, dictada **luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del procesado en un juicio**, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y en este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del procesado y de las víctimas.

(la negrilla es mia)

### 2.1. 2.4 Oportunidad

Este principio se refiere a la facultad que tiene el fiscal para cerrar, no iniciar, suspender o interrumpir a los casos en los que los hechos son de gravedad reducida y no comprometen gravemente el interés público. Por dar esta libertad al Fiscal, se puede considerar al principio de oficialidad como la tara del principio de legalidad.

---

<sup>156</sup> F. D'ALBORA, Francisco. *Curso de Derecho Procesal Penal...* op. cit., p.13

<sup>157</sup> F. D'ALBORA, Francisco. *Curso de Derecho Procesal Penal...* op. cit., p.15

<sup>158</sup> R. W. ABALOS, *Derecho Penal Procesal...* op. cit., p.245

Este principio es reconocido, en un artículo innumerado del Código de Procedimiento Penal, el cual dice:

Art. ...- El fiscal en razón de una eficiente utilización de los recursos disponibles para la investigación penal y de los derechos de las partes, podrá abstenerse de iniciar la investigación penal o desistir de la ya iniciada cuando:

1. El hecho constitutivo de presunto delito no comprometa gravemente el interés público, no implique vulneración a los intereses del Estado y tenga una pena máxima de hasta cinco años de prisión.
2. En aquellos delitos donde por sus circunstancias el infractor sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal o cuando tratándose de un delito culposo los únicos ofendidos fuesen su cónyuge o pareja y familiares comprendidos hasta el segundo grado de consanguinidad.

Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos de odio, el fiscal no podrá abstenerse en ningún caso de iniciar la investigación penal.

#### 2.1.2.5 Otros principios:

Para alcanzar la verdad real, el autor ABALOS cita otros principios: el de la inmediación, el cual comprende a la oralidad, concentración o continuidad, identidad física del juzgador; el de la publicidad; impulsión e investigación judicial autónoma; libertad y comunidad de la prueba; libre convicción<sup>159</sup>. Los principios de concentración<sup>160</sup>, oralidad<sup>161</sup>, impulso oficial<sup>162</sup> son reconocidos en el Código de

---

<sup>159</sup> R. W. ABALOS, *Derecho Penal Procesal...* op. cit., p.265,277

<sup>160</sup> El Código de Procedimiento Penal define al principio de concentración como: Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. El juez resolverá con base a los argumentos y elementos de convicción aportados. El juez carecerá de iniciativa procesal.

<sup>161</sup> El Código de Procedimiento Penal define al principio de oralidad como: En todas las etapas, las actuaciones y resoluciones judiciales que afecten los derechos de los intervinientes se adoptarán en audiencias donde la información se produzca por las partes de manera oral. No se excluye el uso de documentos, siempre que estos no reemplacen a los peritos y testigos, ni afecten a las reglas del debido proceso y del principio contradictorio.

Queda prohibida la utilización por parte de los juzgadores de elementos de convicción producidos fuera de la audiencia o contenidos en documentos distintos a los anotados en el inciso anterior, salvo las excepciones establecidas en este Código.

<sup>162</sup> El Código de Procedimiento Penal dice sobre el impulso oficial que: El proceso penal será impulsado por el Fiscal y el juez, sin perjuicio de gestión de parte.

Procedimiento Penal. También el Código aplica las normas que garanticen el debido proceso y los principios de presunción de inocencia, inmediación, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos<sup>163</sup>.

### 2.1.3. Acción penal pública

“La acción penal es el poder jurídico para hacer valer la pretensión represiva ante el órgano jurisdiccional del Estado”<sup>164</sup>. La acción penal nace al momento en que la Constitución – en su artículo 77<sup>165</sup>- y el Código de Procedimiento Penal – en su artículo 1<sup>166</sup>- imponen como imperativo la existencia de un juicio previo para que haya una sanción (*nulla poena sine iudicio*).

La acción penal es el punto central del proceso penal, pero no es su inicio. El proceso penal inicia con la presentación de un hecho delictuoso ante el juez. De hecho la acción penal se la puede definir como:

(...)un instituto jurídico procesal autónomo, por medio del cual se materializa el derecho de peticionar ante la autoridad judicial (concretada en un órgano jurisdiccional) la actividad pública necesaria para conocer y juzgar respecto de una pretensión jurídica por ella presentada.<sup>167</sup>

---

<sup>163</sup> Código Penal. art. innumerado

<sup>164</sup> R. W. ABALOS, *Derecho Penal Procesal...* op. cit., p. 335

<sup>165</sup> Constitución, art. 76:

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

1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.
2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada.

<sup>166</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 1:

Juicio previo.- Nadie puede ser penado si no mediante una sentencia ejecutoriada, dictada luego de haberse probado los hechos y declarado la responsabilidad del procesado en un juicio, sustanciado conforme a los principios establecidos en la Constitución de la República los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y en este Código, con observancia estricta de las garantías previstas para las personas y de los derechos del procesado y de las víctimas.

<sup>167</sup> J.MORAS MON. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Argentina. Abeledo- Perrot, p. 97



El artículo 32 del Código Procesal Penal estipula que “desde el punto de vista de su ejercicio, la acción penal es de dos clases: pública y privada.”

En los delitos de acción pública, la PJ investiga por iniciativa propia, en virtud de una denuncia o por orden de la autoridad competente. “El ejercicio de la acción pública corresponde exclusivamente al Fiscal, sin necesidad de denuncia previa.”<sup>168</sup> En caso de denuncia, el que la recibe es el mismo Fiscal de acuerdo al artículo 216 del Código de Procedimiento Penal.

La competencia para conocer las acciones penales públicas es de los Tribunales Penales, de acuerdo al artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.

“La voluntad de las partes no tiene ningún valor sobre el proceso, éste es inalterable. Si el imputado confesara lisa y llanamente y proveyera los medio de prueba para su condena, igualmente debería transitar las etapas prefijadas hasta llegar a su juicio.”<sup>169</sup>

Art. 26.- Comunicación al Juez de Garantías Penales.- El Fiscal que como resultado de la indagación preprocesal o por cualquier otro medio hallare fundamento para imputar a persona determinada la participación en un delito de acción penal pública, iniciará la instrucción conforme a lo previsto en el artículo 217 y lo comunicará de inmediato al juez de garantías penales. Si hay varios jueces de garantías penales, el Fiscal acudirá al juez de garantía penal determinado mediante sorteo.

La fiscal o el fiscal presentará, obligatoriamente, dentro de la fundamentación de su instrucción fiscal, el registro de detenciones detallando los motivos de las detenciones anteriores.

Art. 35.- Actos urgentes.- En los casos de acción pública, el Fiscal podrá realizar los actos urgentes que impidan la consumación del delito o los necesarios para conservar los elementos de prueba pero sin afectar los derechos del ofendido...

En los delitos sexuales no cabe la suspensión condicional del procedimiento cuando el agresor se declara culpable<sup>170</sup>.

Si es que una persona conoce sobre el cometido un delito de acción pública, debe presentar su denuncia ante el Fiscal competente, la Policía Judicial o la Policía

---

<sup>168</sup> Procedimiento Penal, art. 33

<sup>169</sup> R. W. ABALOS, *Derecho Penal Procesal...* op. cit.,p..238

<sup>170</sup> Código de Procedimiento Penal, Art....

Nacional<sup>171</sup>. Cabe recalcar que “el denunciante no será parte procesal, pero responderá en los casos de denuncia declarada como maliciosa o temeraria”<sup>172</sup>.

Cuando la denuncia se presente ante la Policía Judicial, se la debe remitir inmediatamente al Fiscal, único facultado para proceder a su reconocimiento, con la documentación correspondiente<sup>173</sup>.

## **2.1.4 Proceso Penal de acción pública por delitos sexuales**

### **2.1.4.1 Indagación previa**

La indagación previa se da antes de la apertura de la instrucción fiscal, es una etapa meramente preparatoria para la misma. Solamente hay indagación previa cuando el delito no ha sido flagrante y si el Fiscal considera necesario - con la colaboración de la policía judicial que actuará bajo su dirección- investigar los hechos presumiblemente constitutivos de infracción penal que por cualquier medio hayan llegado a su conocimiento<sup>174</sup>.

Durante la indagación previa pueden adoptarse medidas cautelares. Si dichas medidas necesitan de autorización judicial, el Fiscal deberá previamente obtenerla<sup>175</sup>.

El tiempo de duración máximo de la indagación previa es de un año. Este tiempo es contado desde que se dio inicio a la indagación. Luego del año “el fiscal puede disponer del archivo provisional del expediente o solicitar al juez su archivo definitivo”<sup>176</sup>. La instrucción fiscal puede iniciar antes de cumplido el plazo de un año, esto siempre y cuando el Fiscal elementos cuente con los elementos necesarios para

---

<sup>171</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 42

<sup>172</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 51

<sup>173</sup> Código de Procedimiento Penal, Art. 43

<sup>174</sup> Código de Procedimiento Penal, Art. 215

<sup>175</sup> Código de Procedimiento Penal, Art. 215

<sup>176</sup> Código de Procedimiento Penal, Art. 215

imputar la autoría o participación en el delito a persona determinada, y que la acción penal no hubiere prescrito según las reglas generales<sup>177</sup>.

La indagación previa por mandato legal se mantiene “en reserva de terceros ajenos a ésta y del público en general, sin perjuicio del derecho del ofendido, y de las personas a las cuales se investiga y de sus abogados, de tener acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones”<sup>178</sup>.

### 2. 1.4.2 Instrucción Fiscal

La función de la Instrucción Fiscal es el “conocimiento de los datos del hecho, necesario para que el acusador pueda solicitar la apertura del proceso penal...”<sup>179</sup>

Se da el inicio de la instrucción Fiscal con la audiencia de formulación de cargos.

(...)cuando el fiscal cuente con la información necesaria y los fundamentos suficientes para deducir una imputación, enviará a la sala de sorteos la petición al juez de garantías penales, a fin de que señale día y hora para la audiencia de formulación de cargos, acto en el que solicitará de estimar pertinente, las medidas cautelares personales y reales.<sup>180</sup>

De acuerdo al artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, el juez de garantías penales debe conocer el caso en un plazo de veinticuatro horas. Debe también señalar día y hora para la audiencia de formulación de cargos. El tiempo para que se realice la Audiencia no debe sobrepasar los cinco días a partir del señalamiento hecho por el juez<sup>181</sup>.

En la Audiencia de formulación de cargos, luego de que el juez de garantías penales de inicio a la misma, se identifique como juez de garantías penales y luego de que el fiscal, exponga la descripción del hecho presuntamente punible, los datos

---

<sup>177</sup> Código de Procedimiento Penal, Art. 215

<sup>178</sup> Código de Procedimiento Penal, Art. 215

<sup>179</sup> F. D'ALBORA, Francisco. *Curso de Derecho Procesal Penal...* op. cit., p.24

<sup>180</sup> Código de Procedimiento Penal, art.. 217

<sup>181</sup> *Ibíd.*

personales del investigado y los elementos y resultado de la indagación que le sirven como fundamento jurídico para formular la imputación, el fiscal debe solicitar al juez de garantías penales que notifique con el inicio de la instrucción a los sujetos procesales y que señale el plazo dentro del cual concluirá la etapa de instrucción fiscal. La instrucción Fiscal debe terminarse en el plazo máximo de 90 días, improrrogables, a partir de la fecha de notificación al procesado, defensor público o defensor de oficio designado por el Juez de garantías penales<sup>182</sup>. Si el Fiscal no declara concluida la instrucción una vez vencido el plazo señalado, el Juez de garantías penales deberá declararla concluida.

El Código de Procedimiento Penal permite que en esta Audiencia el ofendido pida al fiscal la conversión de la acción, pero en el caso de los delitos sexuales de acoso, abuso simple y abuso sexual con acceso carnal, la conversión de acción pública por privada está prohibida por ley<sup>183</sup>.

Durante esta etapa, el procesado puede dar su versión libre y sin juramento sobre las circunstancias del hecho instrucción o puede abstenerse de declarar. Esta versión es recibida por el Fiscal en presencia del abogado defensor, la misma que será firmada por el procesado, el agente Fiscal y el defensor<sup>184</sup>.

#### **2.1.4.3 Audiencia preparatoria del juicio**

La Audiencia Preparatoria del Juicio se da una vez concluida la instrucción fiscal. El fiscal debe “solicitar al juez de garantías penales que interviene en el proceso, que dentro de veinticuatro horas, señale día y hora con el fin de que se lleve a efecto la

---

<sup>182</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 223

<sup>183</sup> Esta prohibición está dada en el artículo 37 del Código de Procedimiento Penal, el cual dice:

Art. 37.- Las acciones por delitos de acción pública pueden ser transformadas en acciones privadas, a pedido del ofendido o su representante, siempre que el juez de garantías penales lo autorice. El fiscal podrá allanarse a este pedido; de no hacerlo, argumentará al juez de garantías penales las razones de su negativa.

No cabe la conversión:

c) Cuando se trate de delitos de violencia sexual, violencia intrafamiliar o delitos.

<sup>184</sup> Código de Procedimiento Penal. Art.. 218

audiencia en la que el fiscal sustentará y presentará su dictamen, la misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes a la petición.”<sup>185</sup>

El fiscal puede pedir al juez de garantías penales un auto de llamamiento a juicio contra el acusado. Esto el fiscal puede hacerlo solamente cuando él presente un dictamen acusatorio basado en que los resultados de la investigación proporcionan datos relevantes sobre la existencia del delito y fundamento grave que le permita deducir que el procesado es autor o partícipe de la infracción. Este dictamen acusatorio o acusación fiscal debe incluir los presupuestos establecidos en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal<sup>186</sup>. Formulada la acusación, el fiscal debe entregar al juez de garantías penales las actuaciones de investigación que sustentan su pronunciamiento.

En esta Audiencia, los sujetos procesales pueden pronunciarse –tras consulta del Juez de garantías penales- acerca de la existencia de vicios de procedimiento que puedan invalidar el proceso.

Durante la audiencia el fiscal formula el dictamen presentado. El acusado, o su defensor, deben hacer un alegato respecto a dicho dictamen y pedir la exclusión –si fuera necesario- de las pruebas que consideren lícitas o que ha sido obtenidas ilícitamente respaldando su petición en fundamentos legales<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 224

<sup>186</sup> El Código de Procedimiento Penal, en su artículo 224, establece como presupuestos que deben ser incluidos en la acusación fiscal los siguientes:

1. La determinación de la infracción acusada, con todas sus circunstancias;
2. Nombres y apellidos del procesado;
3. Los elementos en los que se funda la acusación al procesado. Si fueren varios los procesados, la fundamentación deberá referirse individualmente a cada uno de ellos, describiendo los actos en los que participó en el hecho; y,
4. La disposición legal y constitucional que sanciona el acto por el que acusa.

<sup>187</sup> Código de Procedimiento Penal, art. ... (224.1)

Durante la audiencia, los sujetos procesales pueden presentar la evidencia documental que sustente sus alegaciones.<sup>188</sup>

La resolución del juez se da verbalmente en la misma Audiencia, luego de que hayan concluido todas las intervenciones de los sujetos procesales. Si el juez de garantías penales no encuentra vicios de procedimiento que afecten la validez del proceso, dictará el auto resolutorio correspondiente<sup>189</sup>.

#### 2.1.4.4 Auto de llamamiento a juicio

El auto de llamamiento a juicio es elaborado por el juez de garantías penales cuando considere que "de los resultados de la instrucción fiscal se desprenden presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito y sobre la participación del procesado como autor, cómplice o encubridor...". El auto de llamamiento a juicio debe cumplir con los requisitos<sup>190</sup> del artículo 232 del Código de Procedimiento Penal.

Luego – de los siguientes 3 días- que se ejecute el auto de llamamiento a juicio, las partes procesales deben presentar al juez de garantías penales la enunciación de la prueba con la que sustanciarán sus posiciones en el juicio. El juez de garantías penales remitirá esta información al tribunal de garantías penales. El auto de llamamiento de juicio, el acta de la audiencia y los anticipos probatorios, son los únicos enviados al tribunal de garantías penales y el expediente es devuelto al fiscal<sup>191</sup>.

---

<sup>188</sup> Código de Procedimiento Penal, art. ... (224.1)

<sup>189</sup> *Ibíd.*

<sup>190</sup> Los requisitos que el artículo 232 del Código de Procedimiento penal exige para el auto de llamamiento a juicio son:

1. La identificación del procesado;
2. La determinación del acto o actos punibles por los que se juzgará al procesado, así como la determinación del grado de participación, la especificación de las evidencias que sustentan la decisión y la cita de las normas legales y constitucionales aplicables;
3. La aplicación de medidas cautelares no dictadas hasta el momento, o la ratificación, revocación, modificación o sustitución de las medidas cautelares dispuestas con antelación; y,
4. Los acuerdos probatorios que hayan convenido los sujetos procesales y aprobados por el juez de garantías

<sup>191</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 232

#### 2.1.4.5 Juicio

“En la etapa del juicio se practicarán los actos procesales necesarios para comprobar conforme a derecho la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado para, según corresponda, condenarlo o absolverlo”<sup>192</sup>. Esta etapa se sustancia en base a la acusación fiscal<sup>193</sup>. En esta etapa se designa el Tribunal de Garantías Penales que decidirá sobre el caso.

El tema de este trabajo no es el análisis procesal de un juicio penal, razón por la cual no se analizará el juicio. Lo importante de esta etapa procesal está en el periodo de prueba, la cual será descrita y analizada – basándose en los delitos sexuales- en el siguiente capítulo.

#### 2.1.5 Caracteres de la acción penal pública por delitos sexuales:

Los sujetos procesal son “las personas que actúan en el proceso penal conforme a las atribuciones y sujeciones que les asigna la ley para hacer valer, oponer o satisfacer directamente las pretensiones fundamentadas en el objeto procesal”<sup>194</sup>. Dentro de un proceso penal de acción pública – pues tratamos sobre delitos sexuales- hay varios sujetos procesales.

En los procesos por delitos de acción pública, son sujetos indispensables el juez y el Ministerio Público. Para llegar a la etapa del juicio es imprescindible individualizar a los participantes del hecho, pues, de lo contrario la acusación no puede formularse. Antes de convertirse en acusado, la persona sometida a proceso penal transita por la situación de simple sospechoso (imputado), a la de parte (procesado).<sup>195</sup>

##### 2.1.5.1 Ofendido

“El ofendido, esto es, la víctima, o la persona de existencia visible o meramente jurídica que sufre el – riesgo del - menoscabo del bien jurídico protegido contra

---

<sup>192</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 250

<sup>193</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 251

<sup>194</sup> J. CLARÍA OLMEDO. *Derecho Procesal Penal...* op. cit., p.262

<sup>195</sup> F. D'ALBORA, Francisco. *Curso de Derecho Procesal Penal...* op. cit., p.15

el cual se dirige el hecho punible objeto del procedimiento del cual es portados, o ... sujetos de él.”<sup>196</sup>

En esta definición de lo que significa “ofendido” o “víctima” cabe hacer una aclaración, Maier habla de la posibilidad de que exista una persona jurídica. En el caso de los delitos sexuales, estudiados en esta tesis, no cabe la posibilidad de este tipo de personas ya que el bien jurídico violentado es la reserva sexual.

El artículo del Código de Procedimiento Penal numera a las personas que pueden ser consideradas como “ofendidos”:

Art. 68.- Se considera ofendido:

1. Al directamente afectado por el delito y a falta de este a su cónyuge o conviviente en unión libre, a sus ascendientes o descendientes y a los demás parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;
2. A los socios, respecto de los delitos que afecten a una sociedad, cometidos por quienes la administren o controlen;
3. A las personas jurídicas, en aquellos delitos que afecten a sus intereses;
4. A cualquier persona que tenga interés directo en caso de aquellos delitos que afecten intereses colectivos o difusos; y,
5. A los pueblos y a las comunidades indígenas en los delitos que afecten colectivamente a los miembros del grupo.

Específicamente, en los delitos estudiados de acoso sexual, abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal, se puede describir quienes podrían ser los ofendidos – o , lo que es lo mismo en este caso, los sujetos pasivos. Así tenemos como ofendido a en el delito de acoso sexual a cualquier persona víctima de una solicitud de favores sexuales, la cual debe: depender del sujeto activo por la situación de superioridad sobre él; puede también depender del sujeto activo por estar esperando el resultado de un trámite o resolución que éste maneja. En el delito de abuso sexual simple, el ofendido

---

<sup>196</sup> J. MAIER. *Derecho procesal penal...op.cit.*, p.48



puede ser “...una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad...”<sup>197</sup> Finalmente en el delito de abuso sexual con acceso carnal, el tipo penal<sup>198</sup> señala que el ofendido – o sujeto pasivo- puede ser: una persona menor de 14 años; una persona privada de la razón o del sentido; una persona que no pudo resistir la acción nuclear por tener una enfermedad o por cualquier otra causa que la inhabilitó.

En materia procesal se puede destacar que la gran diferencia entre los sujetos procesales en los delitos de acción privada y los de acción pública está en la parte que representa al ofendido. En los delitos de acción privada, la parte que acusa será el querellante exclusivo o acusador principal. En los delitos de acción pública - como es el caso de los delitos sexuales estudiados- la parte que acusa en el proceso penal es el Fiscal.

#### **2.1.5.2 Procesado/Acusado**

El Art. 70 del Código de Procedimiento Penal hace una diferencia entre procesado y acusado. En la gran mayoría de la doctrina estas dos denominaciones son utilizadas como sinónimos.

Según el Art. 70 del Código de Procedimiento Penal: “Se denomina procesado la persona a quien el Fiscal atribuya participación en un acto punible como autor, cómplice o encubridor”.

El acusado, en general, es la persona a la que se le ha atribuido el delito. Hay varias denominaciones para este sujeto procesal, denominaciones como imputado e inculpado. Pero el ordenamiento jurídico ecuatoriano utiliza a la denominación “acusado”. Según el Art. 70 del Código de Procedimiento Penal el acusado es “la persona contra la cual se ha dictado auto de llamamiento a juicio.

---

<sup>197</sup> Código Penal, art... (504.1)

<sup>198</sup> El tipo penal de abuso sexual con acceso carnal está tipificado en el art. 512 del Código Penal.

El acusado “en el Derecho Romano era la persona sujeta a una acción penal. El mismo vocablo [...] define al sujeto contra el que se dirige una acusación, es decir cuando se formula el requerimiento acusatorio [...] También en los casos en que se procede por querrela particular en los delitos de acción privada.”<sup>199</sup>

El termino acusado es sinónimo de imputado, cuya definición es más fácil encontrar en la doctrina. El imputado es:

aquella persona que sufre la persecución penal y, por cierto adquiere esa calidad y los derechos correlativos a ella desde el primer momento de su persecución, esto es, desde que frente a cualquier órgano estatal encargado de perseguir penalmente es individualizado como autor de un hecho punible o participe en él, calidad que perdura hasta la finalización del proceso de conocimiento por sentencia judicial firme.<sup>200</sup>

El acusado es uno de los sujetos principales del proceso penal, sin importar el tipo de acción que el delito conlleve. Por ser acusado la Constitución le reconoce los derecho del debido proceso y el Código de Procedimiento Civil le reitera sus derechos, en especial el de tener un defensor<sup>201</sup>, la prohibición de que esté incomunicado<sup>202</sup> y la prohibición que involucrado en el proceso se comuniquen con él sin la presencia de su defensor<sup>203</sup>.

En el caso de los delitos sexuales, este imputado sería la persona que viola el bien jurídico protegido de la reserva sexual de la víctima.

---

<sup>199</sup> R. W. ABALOS, *Derecho Penal Procesal...* op. cit., p.89

<sup>200</sup> J. MAIER. *Derecho procesal penal...* op.cit., . p.47

<sup>201</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 71:

Ninguna persona podrá ser interrogada ni aún con fines de investigación, sin la presencia de un abogado defensor de su confianza. Si el interrogado no designa un abogado defensor privado, se contará con un defensor público o de oficio.

El defensor está obligado a instruir al declarante de su derecho a guardar silencio, así como de las consecuencias favorables o desfavorables de tal decisión.

No tendrán valor probatorio alguno los actos preprocesales o procesales que incumplan esta disposición.

<sup>202</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 72:

En ningún caso y bajo ninguna circunstancia, nadie podrá ser incomunicado, ni aún con fines de investigación.

<sup>203</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 73:

Ni el Fiscal, ni los investigadores policiales podrán tomar contacto con el procesado, sin la presencia de su defensor.

El Código de Procedimiento Penal no establece una norma específica que trata sobre la capacidad que una persona tiene para ser considerado un acusado. Por lo que se puede afirmar que cualquier persona legalmente capaz puede cometer un delito y por ende ser acusado del mismo. Dependiendo del delito cometido y si el mismo tipifica un sujeto pasivo determinado, se puede establecer quién puede ser considerado un procesado o un acusado.

### 2.1.5.3 Fiscal

La función “natural y propia del fiscal como representante del Ministerio Público y, por ende del Estado es la de ejercer la acción penal, promoviendo e impulsando su desarrollo<sup>204</sup>”. A más de esto, la ley especifica diferentes funciones que los Fiscales deben cumplir. El artículo 25 del Código de Procedimiento Penal establece como principal función del Fiscal el “dirigir la investigación preprocesal y procesal penal”. El Art. 65 establece como otras funciones para el Fiscal las siguientes: el ejercicio de la acción penal en los delitos de acción pública; intervenir como parte durante todas las etapas del proceso penal de acción pública; y la obligación de actuar con absoluta objetividad, extendiendo la investigación no sólo a las circunstancias de cargo, sino también a las que sirvan para descargo del imputado.

Dentro del proceso penal el fiscal tiene como atribuciones, establecidas por el art. 216 del Código de Procedimiento Penal, el: “recibir las denuncias presentadas por delitos de acción pública”<sup>205</sup>; “reconocer los lugares, resultados, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos conducentes a establecer la existencia del delito e identificar a sus posibles responsables...”<sup>206</sup>; “recibir del ofendido y de las personas que hubiesen presenciado los hechos o de aquellas a quienes constare algún dato sobre el hecho o sus

---

<sup>204</sup> J. MAIER. *Derecho procesal penal...*op.cit., p.249

<sup>205</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 216, numeral 1

<sup>206</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 216 numeral 2

autores, sin juramento, las versiones que dieren”<sup>207</sup>; “solicitar al juez de garantías penales que [...] reciba el testimonio de quien se encuentre imposibilitado de concurrir cuando procesalmente le corresponda”<sup>208</sup>; “impedir por un tiempo no mayor de seis horas que las personas cuya información sea necesaria se ausenten del lugar sin haberla proporcionado”<sup>209</sup>; “ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinte y cuatro horas siguientes, a órdenes del juez de garantías penales”<sup>210</sup>; “solicitar al juez de garantías penales que realice la identificación del sospechoso o del procesado, cuando el agraviado o los declarantes no conozcan el nombre y apellido de la persona a la que consideran incriminada en el delito que es objeto del proceso, pero aseguren que la reconocerían si volvieran a verla. ...”<sup>211</sup>; “disponer que la Policía Judicial recoja, custodie y preserve los objetos, documentos e instrumentos que puedan servir para asegurar las pruebas del delito y la identidad de sus autores; y cuide que tales señales no se alteren, borren u oculten. De ser posible y necesario, realizará u ordenará que se realice el levantamiento de un croquis del lugar donde se cometió el delito y que se obtengan fotografías, grabaciones u otras pericias criminalísticas”<sup>212</sup>;

solicitar al Juez de garantías penales que dicte, revoque o cese las medidas cautelares, personales y reales que el Fiscal considere oportunas<sup>213</sup>.

Las personas que sepan algo - el denunciante o cualquier persona que, a criterio del Fiscal deba cooperar para el esclarecimiento de la verdad - del hecho delictivo están obligadas a concurrir a la fiscalía para la práctica del acto procesal respectivo luego de la

---

<sup>207</sup> Art. 216 numeral 3 del Código de Procedimiento Penal. Este mismo numeral aclara –posteriormente de lo citado- que a todas estas personas se les advertirá de la obligación que tienen de presentarse a declarar ante el juez de garantías penales o ante el tribunal de garantías penales. Estos datos se consignarán en el acta que será suscrita por las personas intervinientes

<sup>208</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 216 numeral 4

<sup>209</sup> *Ibíd.* numeral 5

<sup>210</sup> *Ibíd.* numeral 6

<sup>211</sup> *Ibíd.* numeral 7

<sup>212</sup> *Ibíd.* numeral 8

<sup>213</sup> *Ibíd.* numeral 9

notificación correspondiente. Si estas personas no quisieran colaborar con el Fiscal, este puede él o Tribunal de Garantías Penales puede hacer uso de la fuerza pública<sup>214</sup>.

La actuación del Fiscal, como representante del Estado en el proceso, debe estar totalmente justificada y basada en las normas legales que rigen su actividad. Es importante resaltar que el fiscal, si bien es parte del proceso, tiene características únicas que lo distinguen de las otras partes. A más de las funciones y atribuciones que la propia ley le da dentro del proceso penal, la más sobresaliente es la capacidad –casi coercitiva– que tiene de utilizar la fuerza pública para la ejecución de sus atribuciones de investigación con los involucrados en el proceso. Otra característica propia del Fiscal y no de otra parte en un proceso penal es la capacidad de éste de separarse del proceso, sea por voluntad propia (excusación<sup>215</sup>) o a petición de parte (recusación)<sup>216</sup>.

#### 2.1.5.4 Policía Judicial

La Policía Judicial o PJ es un cuerpo auxiliar de la Fiscalía. Está integrada por personal especializado de la Policía Nacional. Su funcionamiento está reglado por la Constitución de la República, Código de Procedimiento Penal y el reglamento de la Policía Judicial<sup>217</sup>. Su función dentro del proceso penal es de realizar la investigación de los delitos de acción pública y de instancia particular, bajo la dirección y control de la Fiscalía<sup>218</sup>.

El art. 209 del Código del Procedimiento Penal señala los deberes y atribuciones de la Policía Judicial en el proceso penal. Según este artículo, corresponde a la Policía Judicial: dar aviso al Fiscal, en forma inmediata y detallada, de cualquier noticia que tenga sobre un delito de acción pública y bajo su dirección jurídica, aplicar todos los medios y técnicas de investigación que se requieran para recoger evidencias respecto de

---

<sup>214</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 216

<sup>215</sup> La excusación del Fiscal está tipificada en el artículo 67 del Código de Procedimiento Penal.

<sup>216</sup> C. CREUS. *Derecho Penal...* op. cit. p. 253

<sup>217</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 207 del

<sup>218</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 208

los actos presuntamente delictivos y de los posibles responsables, conforme a lo dispuesto en el Capítulo de la Prueba Material, lo que incluirá reconocer lugares, recoger y analizar resultados, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos, aplicando los principios de la cadena de custodia; recibir y cumplir las órdenes que impartan el Fiscal y el juez de garantías penales; auxiliar a las víctimas del delito; preservar los vestigios del delito y los elementos materiales de la infracción, a fin de que los peritos puedan reconocerlos y describirlos de acuerdo con la ley: y, realizar la identificación de los procesados y enviar a la fiscal o el fiscal, el registro de detenciones.<sup>219</sup>

#### 2.1.5.5 Juez y Tribunal de Garantías Penales

El juez de garantías penales es el encargado de llevar a cabo la instrucción fiscal, la audiencia preparatoria de juicio y el auto de llamamiento a juicio. Por tratarse de delitos sexuales, el caso es conocido por el Tribunal Penal.

El tribunal de las garantías penales es el órgano jurisdiccional y uno de los sujetos procesales principales. Tiene a su cargo el ejercicio de la jurisdicción al dirigir el proceso y resolver en sentencia el caso. El artículo 28 del Código de Procedimiento Penal establece la competencia para conocer casos de acción pública a los Tribunales de Garantías Penales. El artículo establece lo siguiente:

**Art. 28.-** Tribunales de Garantías Penales.- Los Tribunales de Garantías Penales tienen competencia, dentro de la correspondiente sección territorial:

1. Para sustanciar el juicio y dictar sentencia en todos los procesos de acción penal pública y de instancia particular cualquiera que sea la pena prevista para el delito que se juzga, exceptuándose los casos de fuero, de acuerdo con lo prescrito en la Constitución de la República y demás leyes del país.

---

<sup>219</sup> No todas las funciones de la PJ están transcritas. Sólo las que tiene relación con el proceso penal de acción público por delitos sexuales.

### 2.1.6. Rol del Estado en el Proceso Penal de Acción Pública por un delito sexual.-

El rol que tiene el Estado dentro en un proceso penal de acción pública –por tratarse de un delito sexual- es el de defensa del ofendido, de esta manera trata de hacer cumplir el derecho a la defensa de este.

El Estado está representado por el Fiscal acusador, el cual a su vez es funcionario del Ministerio Público. El rol del Estado en el proceso penal está estrechamente vinculado con el principio de oficialidad antes expuesto.

Los delitos sexuales son de acción pública pues se considera que afectan a un interés común: la protección a la libertad y seguridad sexual. “La conmoción que el delito provoca en la comunidad hace que el Estado instituya órganos- la policía y el Ministerio Público- con la finalidad de iniciarlo e impulsarlo; desdobra su actuación porque durante el juicio interviene dos órganos suyos: el Ministerio Público y el tribunal.”<sup>220</sup> Para todos los órganos del Estado, la actividad es obligatoria. Dicha actividad está impuesta por la ley, proviene de mandatos Constitucionales y no pueden realizar negocio jurídico alguno que implique concluir el proceso, como no sea por los medios legalmente previstos. El proceso penal, en especial cuando son de acción pública, es de interés general y no son cuestiones privados con en un proceso civil. El Estado es garante y protector de los bienes jurídicos legalmente protegidos.<sup>221</sup>

(...) como el proceso está inspirado por el interés público en la investigación y sanción del delito, la ley autoriza la obtención coercitiva de los medios de prueba, lo cual significa que el funcionario judicial puede tomar medidas para obligar la comparecencia del órgano de prueba al proceso. Así para escuchar en indagatoria al sindicado, puede ordenar su captura; e imponer sanciones a quien impida, obstaculice o no preste la colaboración para la realización de cualquier prueba... <sup>222</sup>

---

<sup>220</sup> D´ALBORA, Francisco. *Curso de Derecho Procesal Penal...* op. cit., p.13

<sup>221</sup> E. JAUCHEN. *Tratado de la prueba en materia Penal*. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores, p. 23

<sup>222</sup> J. I. GARCÍA VALENCIA. *Las pruebas en el proceso penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002, p. 111

Dentro del proceso, la prueba no se puede limitar a ser presentada por el imputado o por el ofendido. Gracias al interés público que representa los delitos sexuales, el Estado está en el deber de realizar una investigación exhaustiva de las circunstancias del delito así como ejercer su facultad coercitiva para conseguir las pruebas. El Estado, puede y debe, velar e incluso imponer sanciones, para que se mantenga y no se obstaculice la prueba

Un segundo objetivo de la etapa de investigación está constituido por la obligación de los fiscales de atender al interés de las víctimas de los delitos.”... “El cumplimiento de este objetivo se traduce en varias obligaciones concretas para los fiscales, tales como la de mantener a las víctimas permanentemente informadas de los avances de la investigación; consultar su opinión para la toma de decisiones relevantes en el proceso, como por ejemplo, aquellas que signifiquen poner término o suspender la persecución penal; adoptar medidas de protección en su favor; promover la satisfacción de sus intereses pecuniarios y, en fin, adoptar todas las medidas necesarias para evitar que el proceso se transforme en un nueva instancia de victimización y dolor para la misma <sup>223</sup>(Pág.126)

En esta cita, que se enfoca en el procedimiento penal y la participación de la víctima, hace hincapié en lo importante que es velar por los intereses de la víctima. Dentro de los delitos sexuales tratados, el Estado está en la obligación de evitar la victimización de la víctima, y encontrar la manera adecuada en que se pueda probar el delito con el menor daño a ésta.

## **2.2 Derecho a la Defensa**

### **2.2.1 Constitución.-**

La Constitución, como norma base y principal del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es la fuente principal de derechos reconocidos a los ciudadanos. El derecho a la defensa que debe tener una víctima – u ofendido- en cualquier delito se encuentra tipificado en la Carta Magna. El Estado debe garantizar y respetar los derechos proclamados en la Constitución. Como defensor y acusador en proceso

---

<sup>223</sup> M. DUCE, Y C. RIEGO. *Introducción al nuevo sistema procesal Vol.1*. Universidad Diego portales, 2002, p.126



penales de acción pública por delitos sexuales, el Estado – representado en el Fiscal- debe velar por el derecho a la defensa de la víctima.

El derecho a la defensa que ampara al ofendido, se encuentra –de manera poco clara- en el art. 75 y 78 de la Constitución.

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.

(la negrilla es mia)

Art. 78.- Las víctimas de infracciones penales gozarán de **protección especial**, se les garantizará su **no revictimización**, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. **Se adoptarán mecanismos para una reparación integral** que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

(la negrilla es mia)

La Constitución también tiene otras reglas sobre el derecho a la defensa, especialmente en el art 76 Núm 7. Dichas normas pero no han sido citadas pues se refieren principalmente al derecho a la defensa que tiene el acusado, el cual no es el tema de este trabajo.

### 2.2.2 Tratados internacionales sobre DDHH.-

El art. 11 núm. 3 de la Constitución, estipula lo siguiente:

**Art. 11.-** El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán **de directa e inmediata aplicación** por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.

Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley.

Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento.

( la negrilla es mia)

Según este artículo los tratados internacionales sobre derechos humanos gozan de jerarquía constitucional. Estos Tratados confirman y amplían el derecho a la defensa. Lo amplían ya que no sólo lo enuncian sino que también delimitan los caracteres mínimos que deben reunir el derecho a la defensa y su ejercicio.

Muchos pactos internacionales establecen que el derecho a la defensa es un requisito del debido proceso. Así la Declaración Universal de los Derechos Humanos en su art. 10 estipula:

Artículo 10.- Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.<sup>224</sup>

La Convención Americana sobre Derechos Humanos o también conocida como el Pacto de San José de Costa Rica<sup>225</sup> en su art. 8 núm. 1 recalcar este derecho.

Artículo 8.-

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.<sup>226</sup>

El pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14 núm. 1 dice:

Artículo 14.-

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera

---

<sup>224</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos. WEB

<sup>225</sup> El Pacto de San José de Costa Rica fue ratificado por el Ecuador el 12 de Agosto de 1977.

<sup>226</sup> Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). Art. 8. WEB

perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Estos dos últimos tratados enuncian y enumeran lo que se conoce como “garantías mínimas”. Estas garantías, son “contenidos básicos del derecho a la defensa, ya que la concertación de estas garantías durante el proceso penal resultan imprescindibles para un adecuado ejercicio de la defensa...”<sup>227</sup>.

El derecho a la defensa que se trata de invocar en este trabajo es del ofendido o la víctima de los delitos sexuales. No se debe confundir con el concepto que tiene el derecho a la defensa generalmente tiene en el Proceso Penal. En el derecho procesal penal el derecho a la defensa se concibe como “la facultad que tiene todo imputado de manifestar y demostrar su inocencia, o de atenuar su responsabilidad penal”<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup>C. E. EDWARDS. *Garantías en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996, p. 103

<sup>228</sup> *Ibíd.* p. 101

### CAPITULO III

#### LA PRUEBA EN LOS DELITOS SEXUALES DE ACOSO SEXUAL, ABUSO SEXUAL SIMPLE Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL.

Todo proceso penal debe ser objetivo, pues compromete a bienes jurídicos protegidos por la ley. Por esto, el juez debe rechazar toda la información subjetiva o sin verificar.

La norma sustantiva se funda para su aplicación en “hechos” que ocurren en el mundo. La única manera de comprobar estos hechos es a través de elementos que nos provoquen conocimiento respecto de los mismos. Ese conocimientos puede ser cierto o probable, pero conocimiento al fin; [...] La prueba por tanto resulta indispensable por ser el medio por el cual adquirimos el conocimiento de los “hechos” que tipifican una norma penal sustantiva. Los “hechos” y el “derecho” son cosas inescindibles, la comprobación de los primero es lo que permitirá que se pueda aplicar el segundo. Si la investigación de los “hechos” no es exhaustiva mal podrá decirse que el “derecho” se ha aplicado correctamente. <sup>229</sup>

---

<sup>229</sup> R. W. ABALOS, *Derecho Penal Procesal...* op. cit., p.353

En el caso de los delitos sexuales estudiados, para que los hechos discutidos en un proceso penal sean verificados como verdaderos, el Ministerio Público, a través del Fiscal –por ser un delito de acción pública–, debe comprobarlos mediante las prácticas de los adecuados actos investigativos al tenor de las normas legales. Es obligación del Fiscal, verificar todas las informaciones relativas al delito objeto de la investigación<sup>230</sup> y esa es la importancia tan grande de las pruebas y su manejo en estos delitos.

### **3.1 Manejo de la prueba en delitos sexuales según la legislación ecuatoriana.**

A continuación se expondrá las principales normas legales que rigen las pruebas en los delitos sexuales estudiados –acoso sexual, abuso sexual simple, abuso sexual con acceso carnal en el Ecuador. Por lo anterior cabe aclarar que la aportación de este capítulo al trabajo es netamente jurídica pues es necesario tener en cuenta la norma para así establecer la verdadera situación que existe en los medio probatorios de los delitos estudiados.

La prueba “es el conjunto de diligencias tendientes a dilucidar el hecho constitutivo del objeto del proceso. Según se adquiera certeza acerca de su existencia o inexistencia, las resoluciones pertinentes lo tendrán por acreditarlo o no.”<sup>231</sup>.

El objeto principal de la prueba es “probar los hechos y circunstancias de interés para el caso”<sup>232</sup>. “Se entiende por objeto de prueba todo aquello que puede ser acreditado por elementos que provocan conocimiento al Juez de lo que tiende a probar.”<sup>233</sup> El objeto de la prueba deber ser pertinente y útil. Pertinente “se refiere a que la prueba elegida por el juzgador pertenece directamente a los que se quiere

---

<sup>230</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 65

<sup>231</sup> F. D’ALBORA, Francisco. *Curso de Derecho Procesal Penal...* op. cit., p.145

<sup>232</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 84

<sup>233</sup> R. W. ABALOS, *Derecho Penal Procesal...* op. cit.,p. 369

probar.”<sup>234</sup>. Util se refiere a que las diligencias sean “aquellas que producen provecho o sirven a los intereses del proceso.”<sup>235</sup>

La prueba tiene como finalidad la de establecer, tanto la existencia de la infracción, como la responsabilidad de acusado<sup>236</sup>.

No podrá suponerse válidamente que el conocimiento probable sobre un hecho calificado como delito debe conducir a una sentencia condenatoria.[...] Ello permite afirmar enfáticamente que la prueba es el único modo de alcanzar conocimiento respecto del “hecho” que se dice cometido.<sup>237</sup>

La autoridad antes de dictar sentencia, podrá ordenar de oficio la práctica de las diligencias que considere pertinentes para el esclarecimiento de los hechos denunciados. La legalidad de la prueba sólo es reconocida si la misma ha sido “pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones”<sup>238</sup> del Código de Procedimiento Penal.

La autoridad apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica<sup>239</sup>. Si bien este trabajo no pretende estudiar la sana crítica – pues éste sería tema para todo un trabajo monográfico- es importante definirla pues basado en este concepto el Juez valora las pruebas. El Juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente.

El método de libre convicción o sana crítica, consiste en que la ley no impone normas generales para acreditar algunos hechos delictuosos (como los relativos al

---

<sup>234</sup> *Ibíd.*, p. 370

<sup>235</sup> *Ibíd.*, p. 371

<sup>236</sup> 85 del Código de Procedimiento Penal, art. 85

<sup>237</sup> R. W. ABALOS, *Derecho Penal Procesal...* op. cit., p. 353

<sup>238</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 83:

La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito.

<sup>239</sup> Código de Procedimiento Penal, art. 86:

Toda prueba será apreciada por el juez o tribunal conforme a las reglas de la sana crítica. Ninguna de las normas de este Código, se entenderá en contra de la libertad de criterio que establece el presente artículo.

cuerpo del delito) ni determina abstractamente el valor de las pruebas, sino que deja al juzgador en libertad para admitir toda prueba que estime útil al esclarecimiento de la verdad (en principio, todo se puede probar por cualquier medio) y para apreciarla conforme a las reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia común.<sup>240</sup>

### 3.1 Según la Constitución:

La Constitución reconoce derechos a la integridad sexual<sup>241</sup>, también da atención prioritaria para las víctimas de violencia sexual<sup>242</sup> y promete adoptar medidas para “prevenir, eliminar y sancionar”<sup>243</sup> la violencia sexual.

Sobre el tema de la prueba en el ámbito de los delitos sexuales, la Constitución establece que en principio, nadie puede ser llamado a declarar en juicio penal contra su

---

<sup>240</sup> R. W. ABALOS, *Derecho Penal Procesal...* op. cit., p.404

<sup>241</sup> El derecho a la integridad sexual está garantizado en los numerales 3,9 y 11 del artículo 66 de la Constitución –que trata sobre los derechos de libertad- transcritos a continuación:

Art. 66 de la Constitución.- Se reconoce y garantizará a las personas:

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.

11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica.

<sup>242</sup> Constitución, art. 35:

Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.

<sup>243</sup> Constitución, art. 66:

Se reconoce y garantizará a las personas:

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, pero al tratarse de casos de violencia sexual la Constitución admite declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco, estas personas son las que pueden plantear y proseguir la acción penal.<sup>244</sup>

La Carta Magna establece un principio básico en cuestión de pruebas en este tipo de delitos referente a la no re victimización de las víctimas, así en su artículo 78 establece que:

**Art. 78.-** Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su **no re victimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas**, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, el conocimiento de la verdad de los hechos y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.

Se establecerá un sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes procesales.

(la negrilla es mía)

A más de la no re victimización cabe destacar que la Constitución garantiza una protección especial a las víctimas, así como un mecanismo de reparación integral que asegura la celeridad del proceso – esto al establecer que será “sin dilataciones”-.

La celeridad en el proceso no sólo es garantizada por el artículo anteriormente mencionado. Este principio procesal vuelve a ser exaltado en la Carta Magna - en el artículo 81<sup>245</sup>- asegurando “procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y

---

<sup>244</sup> Constitución, art. 77:

En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

8. Nadie podrá ser llamado a declarar en juicio penal contra su cónyuge, pareja o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, excepto en el caso de violencia intrafamiliar, sexual y de género. Serán admisibles las declaraciones voluntarias de las víctimas de un delito o de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente.

<sup>245</sup> Constitución, art. 81:



sanción de los delitos de violencia [...] sexual” y nombrando “fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley”.

### 3.2 Código de Procedimiento Penal:

El Código de Procedimiento Penal es el cuerpo normativo que regula el manejo de la prueba en un proceso. Todas las pruebas que no se rijan a los mandatos constitucionales carecen de eficacia probatoria<sup>246</sup>. Por otro lado, para que a las pruebas tengan su debida legalidad, deben haber sido practicadas, ordenadas en el juicio de acuerdo a lo que estipula dicho Código.<sup>247</sup>

De los principios que exalta el Código de Procedimiento Penal para el Proceso penal, en un proceso por delitos sexuales, los principios principales aplicados a la prueba son: la contradicción, pues las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación<sup>248</sup>; y la inviolabilidad de la defensa.<sup>249</sup> Por otro lado permite a las partes procesales<sup>250</sup> investigar y practicar pruebas siempre y cuando no contravengan la Ley y derechos de otras personas.

---

La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.

<sup>246</sup> Art. 80 del Código de Procedimiento Penal:

Toda acción pre procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

<sup>247</sup> Art. 83 del Código de Procedimiento Penal:

La prueba solo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones de este Código. No se puede utilizar información obtenida mediante torturas, maltratos, coacciones, amenazas, engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad. Tampoco se puede utilizar la prueba obtenida mediante procedimientos que constituyan inducción a la comisión del delito.

<sup>248</sup> Art. ...-(5...) del Código de Procedimiento Penal:

Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. El juez resolverá con base a los argumentos y elementos de convicción aportados. El juez carecerá de iniciativa procesal.

<sup>249</sup> Art. 11 del Código de Procedimiento Penal: La defensa del procesado es inviolable.

Como regla general se establece que las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes.<sup>251</sup> Pero en el caso de los delitos sexuales, al ser delitos de acción pública, la ley permite al Fiscal realizar actos urgentes necesarios para conservar los elementos de prueba<sup>252</sup> y prohibir a “cualquier persona, aun haciendo uso de la fuerza pública, que se retire del lugar o salga del local en donde se cometió la infracción, hasta que se practiquen los actos procesales que sean urgentes y necesarios.”<sup>253</sup>

En caso de la prueba en un delito de abuso sexual con acceso carnal, en el que se necesitan obtener fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, estos no pueden ser obtenidos sin el consentimiento expreso de la misma, o en su defecto el requerimiento expreso del juez de garantías penales.<sup>254</sup>

---

El procesado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas.

Si el procesado está privado de la libertad, el encargado de su custodia debe transmitir acto seguido al juez de garantías penales, al tribunal de garantías penales de la causa o a la Fiscalía las peticiones u observaciones que formule.

<sup>250</sup> Art. 84 del Código de Procedimiento Penal

<sup>251</sup> Art. 79 del Código de Procedimiento Penal:

Las pruebas deben ser producidas en el juicio, ante los tribunales de garantías penales correspondientes, salvo el caso de las pruebas testimoniales urgentes, que serán practicadas por los jueces de garantías penales.

Las investigaciones y pericias practicadas durante la instrucción Fiscal alcanzarán el valor de prueba una vez que sean presentadas y valoradas en la etapa del juicio.

<sup>252</sup> Art. 35 del Código de Procedimiento Penal:

En los casos de acción pública, el Fiscal podrá realizar los actos urgentes que impidan la consumación del delito o los necesarios para conservar los elementos de prueba pero sin afectar los derechos del ofendido. En los casos de acción privada será el juez de garantías penales quien podrá realizar tales actos, con notificación a la persona contra quien se presentará la diligencia.

<sup>253</sup> Art. 108 del Código de Procedimiento Penal

<sup>254</sup> Art. 82 del Código de Procedimiento Penal:

Para la obtención de muestras de fluidos corporales y componentes orgánicos de una persona, se precisa de su consentimiento expreso, o del requerimiento del juez de garantías penales para que la proporcione, sin que pueda ser físicamente constreñida. Este requerimiento judicial procederá, a pedido del Fiscal, solamente si por la naturaleza y circunstancias de la infracción, tales elementos de prueba fueren indispensables para evitar la incriminación de un inocente o la impunidad del delito.

### 3.2.1 Tipos de pruebas admitidas por el Código de Procedimiento Penal:

El Código de Procedimiento Penal reconoce tres clases de pruebas, las materiales, las testimoniales y las documentales.<sup>255</sup>

#### 3.2.1.1 La prueba material:

Según el Código de Procedimiento Penal, “la prueba material consiste en los resultados de la infracción, en sus vestigios o en los instrumentos con los que se la cometió todo lo cual debe ser recogido y conservado para ser presentado en la etapa del juicio y valorado por los tribunales de garantías penales.”<sup>256</sup>

Dentro de la prueba material hay diligencias que son oportunas en casos de delitos sexuales. Una de ella se conoce como el reconocimiento, el cual puede ser personal o real. El reconocimiento consiste en “la identificación concluyente que hace una persona de otra, o de una cosa, por haberla visto anteriormente”<sup>257</sup>. El Código de Procedimiento Penal se refiere más al reconocimiento real, pero no descarta el personal. Este cuerpo normativo estipula la práctica del reconocimiento cuando la infracción, “por su naturaleza, produce resultado visible o deja vestigios”<sup>258</sup>. El reconocimiento debe ser llevado a cabo por el Fiscal o la Policía Judicial, los cuales deben describir minuciosamente el resultado. Por esta razón, el delito sexual – dentro

---

<sup>255</sup> Art. 89 del Código de Procedimiento Penal

<sup>256</sup> Art. 91 del Código de Procedimiento Penal

<sup>257</sup> R. W. ABALOS, *Derecho Penal Procesal...* op. cit., p. 526

<sup>258</sup> Art. 92 del Código de Procedimiento Penal:

Si la infracción es de aquellas que, por su naturaleza, produce resultados visibles o deja vestigios, el Fiscal o la Policía Judicial irá al lugar en que se la cometió para practicar el reconocimiento. El resultado, los vestigios, los objetos o los instrumentos de la infracción serán descritos prolijamente en el acta de reconocimiento y pasarán a custodia de la Policía Judicial. Si hay necesidad de pericia, se observarán además las reglas pertinentes.

Si el Fiscal, el Juez de garantías penales o el Tribunal de garantías penales lo juzgaren conveniente, podrán efectuar reconocimientos o inspecciones en secciones territoriales distintas a las de su jurisdicción.

Si han desaparecido los vestigios que debió dejar la infracción, o ésta se hubiese cometido de tal modo que no los dejare, el Fiscal concurrirá al lugar de la infracción en unión de los peritos de la Policía Judicial y se dejará constancia en el acta de tal hecho.

de los tres delitos estudiados- al que se le puede aplicar esta diligencia es la del abuso sexual con acceso carnal ya que por su naturaleza deja un resultado visible o vestigios. Dentro de este delito puede haber reconocimiento si la denuncia es presentada de inmediato o en caso de que resultase muerta la víctima. En este último caso, también se debe realizar la identificación del cadáver<sup>259</sup> y el reconocimiento exterior y autopsia<sup>260</sup> – realizados por peritos médicos de la Policía Judicial tras solicitud del Fiscal-.

Hay casos en los que es imposible la práctica inmediata de diligencias como el reconocimiento y la toma de fotografías, en este caso el Código ha previsto que se prescinda de ella pero el Fiscal o la Policía Judicial debe dejar constancia de las razones por las cuales estas diligencias no pudieron ser cumplidas.<sup>261</sup> Es importante destacar al prescindir de la diligencia del reconocimiento se está afectando la capacidad probatoria del Fiscal en casos de abuso sexual con acceso carnal. Lamentablemente el que la víctima recurra o no inmediatamente a las autoridades es algo que el derecho no puede controlar.

Otra diligencia es la de la incautación, la cual también es permitida por el Código Procesal Penal en casos de que el “Fiscal supiere o presumiere que en algún lugar hay armas, efectos, papeles u otros objetos relacionados con la infracción o sus posibles autores”<sup>262</sup> y luego de “solicitar al juez competente autorización para incautarlos, así como la orden de allanamiento, si fuere del caso”<sup>263</sup>. La incautación es mucho más probable en delitos de abuso sexual con acceso carnal. Puede también ser útil en el caso

---

<sup>259</sup> Según el artículo Art. 99 del Código de Procedimiento Penal, el Fiscal o la Policía Judicial procurarán comprobar la identidad del cadáver, con las declaraciones de personas que hubiesen conocido en vida al individuo de cuya muerte se trata o por cualquier clase de medios científicos o técnicos.

<sup>260</sup> El art. 100. del Código de Procedimiento Penal regla la práctica del reconocimiento exterior y autopsia. Esta es hecha luego de que se haya practicado la identificación del cadáver. Es hecha por los peritos médicos de la Policía Judicial por orden del Fiscal. Debe ser practicada de manera prolija y abriendo las tres cavidades del cadáver. En su informe los peritos deberán expresar el estado de cada una de ellas y las causas evidentes o probables de la muerte, el día y la hora presumibles en que ocurrió la muerte, así como el instrumento que pudo haber sido utilizado.

<sup>261</sup> Art. 102 del Código de Procedimiento Penal

<sup>262</sup> Art. 93 del Código de Procedimiento Penal

<sup>263</sup> Art. 93 del Código de Procedimiento Penal

de acoso sexual cuando haya documentos u otros objetos relacionados, en especial los que contengan o den indicios de una solicitud escrita para la obtención de favor de naturaleza sexual.

La comprensión del material probatorio reunido en el proceso exige en ciertos casos conocimientos propios de alguna ciencia, arte o industria. Cuando dicha tarea excede una mera constatación materia de las que el Juez pueda realizar personalmente [...] resultará imprescindible acudir al examen pericial<sup>264</sup>. El informe pericial, es decir el informe que hacen los peritos sobre la experticia realizada –sobre el examen pericial- es una de las herramientas de prueba más importantes dentro de los delitos sexuales. Este es realizado “durante la indagación previa, o en la etapa de instrucción [...] este documento lo incorporará el fiscal en el expediente y el defensor lo exhibirá durante la etapa intermedia.”<sup>265</sup>

Sobre el peritaje y los peritos se tratará posteriormente en el trabajo.

El Código de Procedimiento Penal contempla el caso de que las víctimas fuesen primero a un establecimiento de Salud luego de haber sido agredidas. En este caso, manda a las personas que trabajen en dichos establecimientos a tomar inmediatamente las evidencias –huellas o vestigios- que puedan ser destruidas, y guardarlas hasta que el fiscal o la Policía Judicial dispongan que pasen al cuidado de peritos para su examen.<sup>266</sup> Al tener que realizar exámenes corporales en una mujer, ella “podrá exigir que quienes actúan como peritos sean personas de su mismo sexo.”<sup>267</sup>

En los casos en que el Fiscal lo considere necesario, para el debido esclarecimiento de la verdad, practicará con la ayuda de la Policía Judicial la reconstrucción del hecho para verificar si la infracción se ejecuto o pudo ejecutarse de un modo determinado, tomando en cuenta los elementos de convicción que existan en el proceso En esta reconstrucción el agraviado, el procesado, si voluntariamente quisiere concurrir, y los testigos, relatarán los hechos en el lugar donde ocurrieron, teniendo a la vista, si fuere posible, los objetos relacionados con la infracción.<sup>268</sup>

---

<sup>264</sup> F. D´ALBORA, Francisco. *Curso de Derecho Procesal Penal...* op. cit., p. 202

<sup>265</sup> Art. 95 del Código de Procedimiento Penal

<sup>266</sup> Art. 95 del Código de Procedimiento Penal

<sup>267</sup> *Ibíd.*

<sup>268</sup> Art. 112 del Código de Procedimiento Penal

Según el artículo 103 del Código de Procedimiento Penal, “en los delitos de carácter sexual [...] los peritos practicarán el reconocimiento sin la presencia del Fiscal y del Secretario.”

### 3.2.1.2 Prueba Testimonial:

La prueba testimonial consiste en las declaraciones hechas por personas de las que se presume, tienen conocimiento de los hechos denunciados.<sup>269</sup> Esta clase de prueba se puede aplicar a los tres delitos sexuales estudiados: el acoso sexual; el abuso sexual simple y el abuso sexual con acceso carnal. Claro que en este último delito tiene más peso la posible prueba material existente.

El Código de Procedimiento Penal clasifica a las pruebas testimoniales en tres: “testimonio propio, testimonio del ofendido y testimonio del procesado.”<sup>270</sup>

De acuerdo al Código de Procedimiento Penal el testimonio propio es el que “rinde un tercero que no es parte en el proceso ni ofendido por la infracción.”<sup>271</sup> La principal fuente de prueba testimonial con testimonio propio es la de los testigos, los pueden llegar a ser claves como prueba en un delito. Un testigo es “la persona física, distinta de las partes, que transmite sus percepciones sobre el hecho objeto del proceso o acerca del objeto de la prueba”<sup>272</sup>. “El testigo cumple un deber cívico de expresar todo lo que sabe y conoce por su propia percepción y que sea de interés para la más recta administración de la justicia penal.”<sup>273</sup> Es poco común un testigo en el delito de abuso sexual con acceso carnal, pues en ese caso y por la naturaleza del delito el podría ser considerado cómplice. Es más común un testigo en casos de abuso sexual simple y acoso sexual, a veces incluso puede ser la única prueba del caso. En estos delitos, en caso de haber testigos, la Fiscalía debe asegurarles su derecho a la protección

---

<sup>269</sup> Art. 117 del Código de Procedimiento Penal

<sup>270</sup> Art. 117 del Código de Procedimiento Penal

<sup>271</sup> Art. 128 del Código de Procedimiento Penal

<sup>272</sup> F. D'ALBORA, Francisco. *Curso de Derecho Procesal Penal...* op. cit., p.175

<sup>273</sup> *Ibíd.*, p. 187

establecido en el art. 118 del Código de Procedimiento Penal y “garantizar su integridad personal, su comparecencia al juicio y la fidelidad de su testimonio.”<sup>274</sup>

El testimonio del ofendido es el que da la víctima bajo juramento cuando comparecer ante el Tribunal de garantías penales, la declaración del ofendido por sí sola, no constituye prueba.<sup>275</sup>

El testimonio del procesado es el que da el acusado. En este último punto cabe mencionar que por ley él tiene derecho a no auto incriminarse<sup>276</sup> ni ser obligado a declarar en contra de sí mismo.<sup>277</sup> Además “su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él.”<sup>278</sup>

Toda declaración es oral<sup>279</sup>, pero si se trata de un testimonio urgente –como es el caso de víctimas de agresiones sexuales, en especial de abuso sexual con acceso carnal– el juez de garantías penales puede ordenar que el testimonio se reduzca a escrito, siempre que este sea exactamente como lo dijo el declarante, y con la posibilidad de que sea grabado.<sup>280</sup> Los declarantes tienen la posibilidad de tener un intérprete si no habla el

---

<sup>274</sup> Art. 118 del Código de Procedimiento Penal

<sup>275</sup> Art. 140 del Código de Procedimiento Penal

<sup>276</sup> Art. 81 del Código de Procedimiento Penal

<sup>277</sup> Art. 143 del Código de Procedimiento Penal:

El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el tribunal de garantías penales. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba contra él.

Si así lo solicitare de manera expresa el acusado, su testimonio podrá prestarse bajo juramento.

En todo caso, antes de comenzar la declaración, se debe comunicar detalladamente al acusado el acto que se le atribuye, un resumen de los elementos de prueba existentes y del tipo de infracción que se le imputa.

<sup>278</sup> Art. 143 del Código de Procedimiento Penal:

<sup>279</sup> Art. 120 del Código de Procedimiento Penal

<sup>280</sup> Art. 120 del Código de Procedimiento Penal

idioma español<sup>281</sup> o si es un sordomudo que no puede escribir<sup>282</sup>. En este último caso, si es sordomudo y sabe escribir su testimonio será en escrito.

La ley obliga a las personas que conocen de la comisión de una infracción penal a que comparezcan personalmente a rendir su testimonio.<sup>283</sup> Si es que no comparecen, el Fiscal, el Juez o el Tribunal de garantías penales hacer uso de la fuerza pública para asegurar la comparecencia.

La prestación del testimonio es una carga pública; en consecuencia, todo habitante del país que no esté impedido tiene la obligación de concurrir al llamamiento del Juez para declarar en causa criminal cuanto supiera sobre lo que le fuere preguntado.<sup>284</sup>

No se rechaza el testimonio de ninguna persona<sup>285</sup>, a excepción de que la persona no sea capaz para testificar, o de:

los parientes del acusado comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni su cónyuge ni conviviente en unión de hecho [...]de las personas depositarias de un secreto en razón de su profesión, oficio o función, si la declaración versa sobre la materia del secreto.<sup>286</sup>

Esta última excepción de declarar, sobretodo de los parientes, tiene su justificación en que se “trata de preservar la cohesión del núcleo familiar”<sup>287</sup>. Pero no es una excepción absoluta ya que “estas personas - cónyuges y determinados parientes- tienen amplia aptitud para testimoniar cuando sean víctimas o tengan un parentesco más próximo con éstas que con el imputado.”<sup>288</sup> Por otro lado, la persona llamada a dar su testimonio “debe tener capacidad para hacerlo; quienes por ausencia o insuficiencia de

---

<sup>281</sup> Art. 121 del Código de Procedimiento Penal

<sup>282</sup> Art. 120 del Código de Procedimiento Penal

<sup>283</sup> Art. 129 del Código de Procedimiento Penal

<sup>284</sup> F. D'ALBORA, Francisco. *Curso de Derecho Procesal Penal...* op. cit., p.187

<sup>285</sup> Art. 125 del Código de Procedimiento Penal

<sup>286</sup> Art. 126 del Código de Procedimiento Penal

<sup>287</sup> F. D'ALBORA, Francisco. *Curso de Derecho Procesal Penal...* op. cit., p.182

<sup>288</sup> *Ibíd.* p. 184



sus facultades no estén en condiciones de percibir o transmitir los hechos ocurridos, no pueden ser testigos.”<sup>289</sup>

La prueba testimonial es recibida generalmente en la etapa de juicio ante el Tribunal de garantías penales y cualquier parte informativo, informe pericial, versión o declaración puede ser usada sólo para refrescar la memoria y sacar a relucir contradicciones, siempre bajo prevención de que no sustituya al testimonio.<sup>290</sup> Pero al tratarse de víctimas de violencia sexual el propio Código establece una excepción ya que permite que los jueces de garantías penales reciban y practiquen los testimonios de estas víctimas, los cuales surtirán eficacia probatoria en la etapa de juicio.<sup>291</sup> Las versiones del sospechoso, del imputado, del ofendido, y de terceros sobre los hechos y circunstancias recogidas por el Fiscal en la instrucción Fiscal sólo son validas como prueba al ser ratificadas mediante testimonio rendido en la audiencia.<sup>292</sup>

### 3.2.1.3 Prueba documental:

Se entiende por prueba documental a la prueba “constituida por documentos públicos o privados.”<sup>293</sup> Su valor probatorio justamente depende de la calidad de ser público o privados y de la relación que el documento tiene con las demás pruebas del proceso.<sup>294</sup>

Documento en sentido procesal es la concreción material de un pensamiento que abarca las marcas, signos, contraseñas, escritos anónimos, informes distintivos, emblemas, condecoraciones, etc.<sup>295</sup>

---

<sup>289</sup> J. Claría Olmedo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo 3. Buenos Aires: Editorial Ediar. 1963, p. 245

<sup>290</sup> Art. 119 del Código de Procedimiento Penal.

<sup>291</sup> La excepción que establece el Código de Procedimiento Penal –en su art. 119– no sólo es para las víctimas de violencia sexual, sino también para personas enfermas, personas que van a salir del país, y de aquellos que demuestren que no pueden concurrir al tribunal de garantías penales en la etapa del juicio.

<sup>292</sup> Art. 119 del Código de Procedimiento Penal.

<sup>293</sup> Art. 145 del Código de Procedimiento Penal

<sup>294</sup> Art. 146 del Código de Procedimiento Penal

<sup>295</sup> F. D’Albora. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Tomo 1. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1982, p. 216

El problema con este tipo de prueba, es que la propia ley no obliga al acusado – procesado- que reconozca estos documentos, ya que sólo se acepta el reconocimiento voluntario.<sup>296</sup> Según el artículo del Código de Procedimiento Penal solamente si el documento – que quiere ser incorporado como prueba en el proceso – fuere impugnado, el Juez o el Fiscal pueden ordenar una prueba pericial sobre el mismo.

Una fuente de pruebas documentales son los registros y archivos - incluidos los informáticos- los cuales pueden ser requeridos por el Fiscal, el Juez o el Tribunal de garantías penales.<sup>297</sup> Por otro lado también se permite practicar pruebas muy útiles para los casos de difícil prueba, ya que el Código de Procedimiento Penal permite que el Juez autorice al Fiscal “interceptar, grabar o registrar conversaciones”<sup>298</sup> – telefónicas o de cualquier otro tipo-. Esto obviamente sólo puede ser hecho cuando esta diligencia sea indispensable para comprobar la existencia del delito o la responsabilidad de los partícipes.<sup>299</sup> En caso en que este tipo de pruebas o de pruebas como “películas, registros informáticos, fotografías, discos u otros documentos semejantes”<sup>300</sup>, no sean obtenidas por el Fiscal, igual pueden ser valoradas en juicio siempre y cuando el Juez autorice al Fiscal realizar el reconocimiento de las mismas con peritos. Cabe mencionar que si se trata de “grabaciones de audio o video obtenidas por cámaras de seguridad o en lugares públicos; así como [...] grabaciones de audio o video obtenidas por uno de los intervinientes”<sup>301</sup> no se necesita la autorización del Juez pero en este caso el juez

---

<sup>296</sup> Art. 147 del Código de Procedimiento Penal

<sup>297</sup> Art. 149 del Código de Procedimiento Penal:

Los fiscales, jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales pueden requerir informes sobre datos que consten en registros, archivos, incluyendo los informáticos.

El incumplimiento de estos requerimientos, la falsedad del informe o el ocultamiento de datos, serán sancionados con una multa equivalente al cincuenta por ciento de un salario mínimo vital general, sin perjuicio de la responsabilidad penal, si el hecho constituye un delito.

Los informes se solicitarán por escrito, indicando el proceso en el cual se requieren, el nombre del procesado, el lugar donde debe ser entregado el informe, el plazo para su presentación y la prevención de las sanciones previstas en el inciso anterior.

<sup>298</sup> Art. 155 del Código de Procedimiento Penal

<sup>299</sup> Art. 155 del Código de Procedimiento Penal

<sup>300</sup> Art. 156 del Código de Procedimiento Penal

<sup>301</sup> *Ibid.*

tiene la facultad de “admitir o no la prueba obtenida a través de estos medios, valorando su autenticidad, la forma en que se obtuvo, los derechos en conflicto, y el bien jurídico protegido”<sup>302</sup>.

Al haber prueba documental, el derecho constitucionalmente reconocido de la inviolabilidad y el secreto a la correspondencia<sup>303</sup> encuentra una de sus excepciones. El art. 150 del Código de Procedimiento Penal permite que el Fiscal o la Policía judicial, previa autorización del Juez, pueda retener, abrir, interceptar y examinar la correspondencia cuando se presume que ésta tiene alguna relación con el delito que se investiga o con la participación del sospechoso o del procesado. Lo anterior puede ser llevado a cabo en otro tipo de documentos que no sean correspondencia.<sup>304</sup>

El presupuesto de la Leyes que una persona se encuentre imputada en virtud de un acto de autoridad, porque se le sospecha participe o autoridad de un presunto hecho delictuoso

Si la interceptación de la correspondencia se produce sin el presupuesto aludido, el acto es nulo por la ilegalidad manifiesta de la resolución jurisdiccional que ordenó el acto.<sup>305</sup>

Por la naturaleza de los delitos sexuales, sería muy raro que un documento público actué como parte de la prueba documental dentro del caso. Por lo que no serán mencionados extensamente en este trabajo.

Aunque no es tema de este trabajo, vale mencionar que para proteger a la víctima,

si se trata de delitos sexuales [...] cometidos en contra de mujeres, niños, niñas o adolescentes, a más de las medidas de amparo adoptadas por la Fiscalía, el juez de garantías penales prohibirá que el procesado tenga cualquier tipo de acceso a las

---

<sup>302</sup> *Ibíd.*

<sup>303</sup> Este derecho está reconocido en la Constitución en su artículo 66 numeral 21, según el cual:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

21. El derecho a la inviolabilidad y al secreto de la correspondencia física y virtual; ésta no podrá ser retenida, abierta ni examinada, excepto en los casos previstos en la ley, previa intervención judicial y con la obligación de guardar el secreto de los asuntos ajenos al hecho que motive su examen. Este derecho protege cualquier otro tipo o forma de comunicación.

<sup>304</sup> Art. 152 del Código de Procedimiento Penal

<sup>305</sup> R. Washington Abalos. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, p. 475

víctimas o realice por sí mismo o a través de terceras personas actos de persecución o de intimidación a las víctimas o algún miembro de su familia.<sup>306</sup>

Además en los delitos sexuales, de acuerdo al art. 175 numeral 4 del Código de Procedimiento Penal, no se admite caución.

### **3.3 Otras normas relacionadas a las pruebas en delitos sexuales:**

#### **3.3.1 Reglamento de la Policía Judicial**

Lo expuesto en este reglamento tiene una directa conexión y hasta integración con lo estipulado en el Código de Procedimiento Penal.

En caso de los delitos sexuales con acceso carnal, la sección Gineco-Obstetricia de la Policía Judicial, al tenor del artículo 89 del Reglamento de la Policía Judicial- es la encargada del “estudio de las víctimas de delitos que atentan contra la libertad sexual y reproductiva, el producto de la concepción, de los medios de su comisión, los resultados, indicios o evidencias del hecho con la finalidad de establecer la existencia de una infracción, la identidad de sus autores y las consecuencias en las víctimas”. Claro que en este tipo de exámenes el propio reglamento se remite a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Penal.

#### **3.3.2 Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio Público:**

Este reglamento, en su artículo 24, atribuye al Departamento de Medicina Legal del Ministerio Público el estudiar y preparar las políticas, reglamentos, instructivos y más instrumentos normativos para establecer de manera técnica y científica procedimientos estandarizados para la práctica de la pericia médico legal, los cuales deben ser sometidos al conocimiento y aprobación de la Ministra o del Ministro Fiscal General<sup>307</sup>; coordinar la difusión, conocimiento y acatamiento de las políticas,

---

<sup>306</sup> Artículo inumerado, el primero del capítulo IV que trata sobre la prisión preventiva

<sup>307</sup> Art. 24 a) del Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio Público.

reglamentos, instructivos, procedimientos, protocolos internacionales y más instrumentos normativos dictados por la Ministra o el Ministro Fiscal General, a efecto de que todas ellas desarrollen su trabajo en concordancia con dicha normativa.

### **3.3.3 Reglamento General para el Funcionamiento y Desarrollo del Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.**

El contenido de este Reglamento es importante pues regula y da la competencia sobre quién debe hacer los protocolos de los peritajes realizados en un delito sexual -tema que será tratado posteriormente-.

De acuerdo al Art. 1 de este Reglamento:

El Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses es el conjunto de políticas, planes, programas, documentos y metodologías tendientes a establecer procedimientos estandarizados, que permitan una debida justificación del delito a fin de evitar la impunidad y procurar la protección de las víctimas, conforme dispone la Constitución Política de la República, el Código Procesal Penal y las demás leyes adjetivas. Intervienen en el sistema los organismos e instituciones estatales que coadyuvan, colaboran y apoyan dentro de ese contexto a las políticas del Ministerio Público.

A partir de la vigencia de este reglamento, existirá un Sistema Único de Medicina Legal y Ciencias Forenses en todo el territorio nacional.

Los integrantes del Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses son: El Ministerio Público; La Función Judicial; La Policía Nacional; y, Las demás instituciones y entidades públicas que tienen relación con el sistema<sup>308</sup>. Las instituciones de apoyo son: “el Ministerio de Salud Pública, la Cruz Roja y más entidades públicas que coadyuven, colaboren y apoyen dentro del contexto de las políticas del Ministerio Público para el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.”<sup>309</sup>

---

<sup>308</sup> Art. 3 del Reglamento General para el Funcionamiento y Desarrollo del Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

<sup>309</sup> Art. 10 Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio Público.

Los objetivos del este sistema Nacional de Medicina legal y Ciencias Forenses principalmente son: dar los servicios médicos legales, asesoría y absolver consultas que sean solicitados por el Fiscal, Policía Judicial y Jueces; homologar y unificar los protocolos, planes, programas, documentos y metodologías que el propio Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses desarrolle; hacer efectivas las garantías constitucionales; y proteger las huellas que se puedan encontrar.<sup>310</sup>

### **3.2 Principales medios probatorios en los delitos sexuales:**

En los delitos sexuales analizados -acoso sexual, abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal- se pueden utilizar diferentes tipos de prueba admitidas por la ley. Como ya se mencionó anteriormente, la ley permite pruebas materiales, documentales y testimoniales. Al haber un sinnúmero de casos y pruebas posibles no las analizaré jurídicamente a todas. En esta sección el análisis va a ir dirigido a los principales medios probatorios que se puede utilizar en los delitos sexuales estudiados, los cuales son las Pruebas obtenidas por peritaje.

---

<sup>310</sup> Art. 2 del Reglamento General para el Funcionamiento y Desarrollo del Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

### 3.2.1 Pruebas obtenidas por peritaje en los delitos sexuales.<sup>311</sup>

El peritaje es:

una actividad probatoria realizada por disposición judicial , que generalmente cumple una persona física, cuando se trata de apreciar o explicar hechos relevantes para el conocimiento del objeto del proceso o cuyo acceso le está impedido al Juez por exigir especiales conocimientos en alguna ciencia, arte o industria.<sup>312</sup>

La prueba obtenida del peritaje es la que surge del informe pericial realizado por los peritos sobre su experticia y exámenes relacionados al caso, comúnmente es llamada prueba pericial.

Es preferible no llamarla prueba pericial pues no es un tipo de prueba sino un medio de prueba. Como se vio anteriormente solo hay tres tipos de prueba que la ley Ecuatoriana reconoce: la material, la testimonial y la documental. La prueba obtenida por el resultado del peritaje es un medio de prueba material, pero no es un tipo de prueba. Un medio de prueba es “aquellos modos, formas, y procedimientos que la ley procesal establece para regular los distintos elementos sujetos de pruebas que proporcionan conocimiento al Juez sobre determinado objeto de prueba”<sup>313</sup>.

“En cuanto los peritos aportan al proceso, regladamente, datos que posibilitan la convicción judicial, la pericia es un medio de prueba.”<sup>314</sup> Si bien es cierto que es utilizada como una de las pruebas más fuertes en un caso de agresión sexual no es menos cierto que la naturaleza jurídica del peritaje y del posterior informe pericial no es una prueba en el sentido estricto de la palabra. El peritaje y el informe son procedimientos propios del proceso penal que son utilizados como medio de prueba

---

<sup>311</sup> Para desarrollar este tema se ha realizado entrevistas a dos peritos expertos en el tema. A la Doc. Natasha Villacreses, perito calificado de la Fiscalía de Pichincha que estuvo trabajando en el área de delitos sexuales por más de 10 años. Al Doc. Marlon Alexis Oviedo Ramírez, Jefe Nacional de Medicina Legal de la Fiscalía General del Estado y perito con años de experiencia en este campo.

<sup>312</sup> F. D´Albora. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Tomo 1. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1982, p. 202

<sup>313</sup> R. Washington Abalos. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, p. 371

<sup>314</sup> F. D´Albora. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Tomo 1. Buenos Aires: Abeledo- Perrot, 1982, p204

por los Fiscales para complementar otros medios de prueba, como por ejemplo: la inspección judicial, reconocimiento, declaraciones de testigos, del ofendido y del procesado.

La validez jurídica del peritaje está supeditada a diversos requisitos: debe ser un acto procesal, es decir observar en su formulación los requisitos impuestos por el Código; debe ser consecuencia de un encargo judicial; el dictamen debe ser personal, pues es indelegable; debe versar sobre cuestiones de hecho y no de puro derecho; dese ser dictamen de un tercero.<sup>315</sup>

### 3.2.1.1 Perito:

Según la Real Academia de la Lengua la definición para el derecho de *perito* es “persona que, poseyendo determinados conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber o experiencia.”<sup>316</sup> Para ampliar un poco más en el concepto de perito cabe remitirse a la explicación que ofrece el Código de Procedimiento penal en su artículo 94, según este artículo “son peritos los profesionales especializados en diferentes materias que hayan sido acreditados como tales, previo proceso de calificación de las Direcciones Regionales del Consejo de la Judicatura.” Lo que se puede asegurar, basándose netamente en los mandatos de la ley, es que **los peritos - en un proceso penal por delitos sexuales- son terceras personas, competentes en una ciencia, que dictaminan al juez respecto de alguno de los hechos que se investigan en la causa y se relacionan con su actividad**<sup>317</sup>.

En el caso del Ecuador solamente pueden actuar como peritos aquellos profesionales acreditados por el Ministerio Público. La Policía Judicial tanto en Quito como en Guayaquil cuenta con un Departamento Médico Legal, donde se realizan los respectivos peritajes. [...] la Unidad de delitos sexuales y de violencia intrafamiliar del Ministerio Público de Quito, Guayaquil y Cuenca tienen un médico legista especialista

---

<sup>315</sup> D. Echandía. *Problemática actual del Derecho Procesal. Libro de homenaje a Amílcar Mercader.: Requisitos para la existencia, calidez y eficacia jurídica de la peritación y su valor por el Juez*. La Plata: Editorial Platense, 1971, p.291

<sup>316</sup> Definición de Perito. Tomado de:

[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=cultura](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura)

<sup>317</sup> Gabinete de Pericias de Madrid. “Peritos” <http://www.depericias.com/peritos.html>



en este tipo de delitos y el CEPAM – Centro de Promoción y Apoyo a la Mujer – cuenta también con uno. Esta es la única ONG que ofrece este servicio.<sup>318</sup> Sobre la definición de perito no cabe mencionar más pues no es parte de estudio en este trabajo lo que es un perito o su proceso de calificación dentro del Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano.

### 3.2.1.2 Peritaje:

El peritaje – como se menciono antes- es “el examen y estudio que realiza el perito sobre el problema encomendado para luego entregar su informe o dictamen pericial con sujeción a lo dispuesto por la ley.”<sup>319</sup> El peritaje tiene como objetivos: el estudio, examen y aplicación de un hecho, de un comportamiento, de una circunstancia o de un fenómeno; establecer la causa de los hechos y los efectos del mismo, la forma y circunstancia como se cometió el hecho delictuoso.<sup>320</sup>

### 3.2.1.3 Informe pericial:

· Luego de realizar el peritaje, el perito debe realizar un informe sobre el mismo llamado informe pericial. El informe pericial o también conocido como dictamen pericial, es la condensación en un documento de las conclusiones que ha arrojado el examen pericial.

Es el acto del perito en que luego de describir la persona, cosa o hecho examinado, en las condiciones en que se hallaren, ofrece una relación detallada de todas las operaciones practicadas y de su resultado, como asimismo las conclusiones que formulen conforme a los principios de su ciencia, arte o técnica.<sup>321</sup>

---

<sup>318</sup> Simon, Farith. Lidia Casas. Evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género. Centro de Estudios de Justicia en las Americas, 2004, p. 14

<sup>319</sup> Definición del Gabinete de Pericias de España. Tomado de:  
<http://www.depericias.com/peritos.html>

<sup>320</sup> Los peritos y la prueba pericial. Psicología Forense UNED. Tomado de  
<http://psicologiaforenseuned.wordpress.com/2010/09/28/los-peritos-y-la-prueba-pericial/>

<sup>321</sup> R. Washington Abalos. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, p. 510

El artículo 95 del Código de Procedimiento Penal establece que estos informes deben ser realizados durante la indagación previa, o en la etapa de instrucción. El mismo Código, en su artículo 98, establece cuál debe ser el contenido de un informe pericial, y dice:

**Art. 98.-** El informe pericial contendrá:

1. La descripción detallada de lo que se ha reconocido o examinado, tal cual lo observó el perito en el momento de practicar el reconocimiento o examen;
2. El estado de la persona o de la cosa objeto de la pericia, antes de la comisión del delito, en cuanto fuere posible;
3. La determinación del tiempo probable transcurrido entre el momento en que se cometió la infracción y el de la práctica del reconocimiento;
4. El pronóstico sobre la evolución del daño, según la naturaleza de la pericia;
5. Las conclusiones finales, el procedimiento utilizado para llegar a ellas y los motivos en que se fundamentan;
6. La fecha del informe; y,
7. La firma y rúbrica del perito.

En el caso de que hubiesen desaparecido los vestigios de la infracción, los peritos opinarán, en forma debidamente motivada sobre si tal desaparición ha ocurrido por causas naturales o artificiales. Esta opinión deberá sujetarse a los principios del debido proceso y la presunción de inocencia.

El procesado tiene derecho a conocer oportunamente el informe pericial, a formular observaciones y a solicitar aclaraciones al perito, sin perjuicio de su derecho a interrogarle en la audiencia.

Por mandato constitucional, la pericia debe estar bien motivada. “El juez verá la coordinación lógica y científica; la suficiencia de sus motivos y sus razones, y de ahí la importancia de la motivación de la misma, pues si falta, podrá rechazarse la pericia u ordenarse su aclaración.”<sup>322</sup>

### 3.2.2. Tipos de pruebas periciales

Cuando hay un delito se puede acudir a un sinnúmero de peritajes para que el juez tenga un mayor entendimiento de los hechos sucedidos. En el caso de los delitos sexuales hay tres peritajes principales: el médico legal; el Psicológico y el Social.

---

<sup>322</sup> Gabinete de Pericias de Madrid. *Peritos*. Tomado de: <http://www.depericias.com/peritos.html>

### 3.2.2.1 Pericia Médico Legal

La pericia médico legal, su procedimiento y su alcance no tiene una base legal en el Ecuador. El Doctor Marlon Alexis Oviedo Ramírez, Jefe Nacional de Medicina Legal de la Fiscalía General del Estado, señala<sup>323</sup> que los métodos y protocolos utilizados para realizar una pericia en delitos sexuales no cuentan con un respaldo legal. El Ministerio Público a través de la Dirección Nacional de Política Penal y el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses elaboró un protocolo médico legal en delitos sexuales el 2003. Este protocolo que la Fiscalía ha realizado para estos casos no es de obligatoria aplicación y que no hay una sanción para los peritos que no los sigan.<sup>324</sup>

Este trabajo versa sobre aspectos netamente legales y no médicos, cabe mencionar en qué consiste una pericia médico legal.

La pericia médico legal inicia con un examen clínico, el mismo que debe “realizarse conservando la privacidad del paciente [...] el examen debe ser voluntario y no traumático, no es posible obligar al paciente.”<sup>325</sup>

En el examen el perito debe describir en forma pormenorizada todas las lesiones que presente el paciente desde la cabeza a los pies. Si hay lesiones, los peritos – de acuerdo al artículo 105 del Código de Procedimiento Penal – deben describirlas minuciosamente y dejar constancia en el informe, de manera clara, del diagnóstico, del pronóstico y del instrumento que pudo haberlas producido. “Los peritos, en lo posible, informarán sobre el estado de salud del lesionado al momento en que las lesiones fueron producidas. De la misma manera, estarán obligados a establecer la época

---

<sup>323</sup> El Doctor Marlon Alexis Oviedo Ramírez, jefe Nacional de Medicina Legal de la Fiscalía General del Estado, fue entrevistado en Junio del 2011, sobre el tema de los peritajes en los delitos sexuales.

<sup>324</sup> El protocolo referido, realizado por la Fiscalía General del Estado se encuentra en el Anexo No.1 al final de este trabajo.

<sup>325</sup> Dr. Montoya David, Ricardo Díaz, Fernando Reyes, Carlos Abusleme y Jaime Garrido. *Peritaje médico legal en delitos sexuales*. Chile: Revista chilena de obstetricia y ginecología. Departamento de Ginecología y Obstetricia. Hospital Clínico J.J. Aguirre, Universidad de Chile, 2004, p.20

probable en que se produjeron las lesiones y sus causas.”<sup>326</sup> Las posibles lesiones encontradas en un paciente pueden ser: “erosiones, excoriaciones, contusiones equimóticas, hematomas, heridas contusas o cortantes, quemaduras, fracturas, suturas, cicatrices, etc. Se consignarán signos clínicos de patologías médicas pesquisadas, como también señalar y describir tatuajes existentes.”<sup>327</sup>

El examen médico legal difiere dependiendo del sexo de la víctima. Pero el protocolo que posee la Fiscalía es único, sea la víctima hombre o mujer.<sup>328</sup> Este protocolo se divide en varias partes que recopilan información, estas partes son: datos generales de la víctima; información adicional; antecedentes gineco – obstétricos; datos del presunto agresor; historia médico legal: examen general; muestras recogidas; estudios solicitados; perito informó; conclusiones y recomendaciones; fotografías; Declaración de voluntad y consentimiento informado. Es importante saber qué contiene cada una de estas partes del protocolo pues estas son las que posteriormente serán puestas en el informe para presentar al juez en un determinado caso.

1. **Datos generales de la víctima:** esta sección es muy importante pues con ella se identifica a la víctima. Los datos pedidos son los nombres y apellidos; la cédula de identidad o número de pasaporte; la fecha y el lugar de nacimiento; el género de la víctima; la edad; el estado civil; lugar de residencia y dirección domiciliaria; profesión, oficio u ocupación.

2. **Información adicional:** la información adicional es utilizada en caso de que la víctima tenga un acompañante. En ese caso se toma la información de la persona que la acompaña. Los datos que se requieren son: los nombres del acompañante; el parentesco; su cédula; la dirección y el número telefónico.

---

<sup>326</sup> Art. 105 del Código del Procedimiento Penal

<sup>327</sup> Ruiz, Mauricio. *Peritaje médico legal en delitos sexuales: una pauta práctica para su correcta realización*. Chile: Servicio Médico Legal de Santiago, 2010.

<sup>328</sup> Este protocolo puede ser visto en los anexos.

3. Antecedentes gineco – obstétricos: esta parte está enfocada a víctimas mujeres pues la información que se pide es: la fecha de la última menstruación; si se ha tenido o no relaciones sexuales anteriores; si usa algún método anticonceptivo; si ha tenido embarazos, partos, abortos o cesáreas y si está en embarazo actual cuál es la edad gestacional.

4. Datos del presunto agresor: esta información se puede recopilar si se tiene conocimiento de quien pudo atacar a la víctima. En este caso los datos que se piden son: el nombre del o de los presuntos agresores; la relación con la víctima; la dirección y el teléfono habitual del presunto agresor o agresora; el género, edad o estado civil del presunto agresor. En caso de que el presunto agresor sea desconocido y no se pueda dar la información anterior, se pide la descripción física del presunto agresor.

5. Historia médico legal: Aquí se establece qué tipo de violencia se cometió, la cual puede ser física, psicológica y sexual. En este punto cabe mencionar que una agresión sexual no siempre es sólo sexual –carnalmente hablando-, puede ser psicológica al haber el acoso sexual o física – sin llegar al acceso carnal- en el caso del abuso sexual simple. También se requiere aquí información como: el lugar de los hechos; qué ocurrió, cuándo ocurrió; si hubo o no penetración vaginal, rectal y oral; si hubo manipulaciones, uso de objetos o sexo oral (activo o pasivo); si la víctima tiene prácticas sexuales inusuales; si se ha cambiado de ropa o se ha bañado desde la supuesta agresión; si ha experimentado hechos semejantes anteriores; si ha recibido atención médica, y en caso de haberlo hecho dónde fue y cuál fue el tratamiento recibido; si usa cualquier tipo de medicamentos y otros médicos datos que pueda aportar.

6. Examen General: esta parte es la más importante. En ella se empieza por obtener el consentimiento de la víctima o acompañante para exámenes médicos, tomas de muestras y toma de fotografías. Aquí se analiza e informa sobre: Nivel de conciencia; estado emocional; estado general; descripción de las ropas; cabeza;

cuello; torax anterior y posterior; mamas; abdomen; regiones lumbares; región glútea; miembros superiores; miembros inferiores; vulva; himen; vagina; escroto; pene; periné; región anal.

7. **Muestras Recogidas:** luego del examen médico, si el perito encuentra muestras que pueden ser recogidas para su análisis lo informa aquí. Las muestras recogidas pueden ser una frotis<sup>329</sup> bucal, peniana, vaginal, anal u otros.

8. **Estudios Solicitados:** dependiendo del caso, el perito puede solicitar estudios diferentes a los realizados en los exámenes anteriores. Estos estudios están enfocados en detectar bacterias o enfermedades. El protocolo señala que los estudios solicitados puede ser: microscópico en fresco; coloración (investigación de espermatozoides); cito bacteriológico; histopatológico; ADN; toxicológico; VIH; hepatitis B; VDRL; infecciones de transmisión sexual; embarazo; ecografía obstétrica.

9. **Perito informó:** pese a que esta sección por su nombre parece ser una conclusión de la experticia del peritaje, en realidad son recomendaciones del perito a la víctima. estas sugerencias pueden ser: aborto eugenésico en caso de discapacidad mental; anticoncepción de emergencia (PAE); prevención de infecciones de transmisión sexual; prevención del sida.

10. **Conclusiones y recomendaciones:** en estas conclusiones es donde el perito expone el resultado de la experticia. La Doctora Natasha Villacreses y el Doctor Marlon Oviedo- ambos expertos en este tipo de peritajes en el Ecuador- reconocen que el problema legal de las conclusiones en este trabajo es que los peritos suelen emitir un criterio sobre si hubo o no violación en lugar de concentrarse netamente en los resultados que encontraron y por ende dejan de ser imparciales en el caso. Esto sucede pues es diferente – por ejemplo- detallar al himen, asegurar si hubo o no su penetración violenta y describir los

---

<sup>329</sup> La frotis es la “preparación para examen microscópico, generalmente de sangre, exudados o cultivos bacterianos, en la que estas sustancias se disponen sobre un portaobjeto con ayuda de otro, de manera que forman una capa muy fina.” Definición tomada de:  
[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=cultura](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura)

resultados que la experticia dejo a el Perito inicie su conclusión diciendo “la víctima fue violada pues su himen muestra tales o cuales condiciones”.

11. **Fotografías:** dentro del protocolo se da la posibilidad de que hayan fotografías.

12. **Declaración de voluntad y consentimiento informado:** dentro del protocolo se pueden encontrar dos tipos de declaración de voluntad. Una para la víctima mayor de edad o menor adulta desde los doce años en adelante y otra para la víctima impedida de consentir. Las declaraciones de voluntad para los mayores de edad o menor adulto desde los doce años se expone así:

“Yo, \_\_\_\_\_, por mis propios derechos, en pleno uso de mis capacidades legales, de manera libre y voluntaria, luego de recibir información de las maniobras que implica esta pericia, declaro bajo juramento que autorizo se realice en mi cuerpo el examen ginecológico y –o proctológico de conformidad con la orden emitida por la autoridad competente. **Sometiéndome a la legislación vigente que regula este tipo de actividades.** Renunciando a cualquier acción judicial que pueda devenir del otorgamiento de este acto y de las consecuencias que de él se derivén.

Para constancia del presente acto, suscribo en presencia del perito médico legal, en la ciudad de \_\_\_\_\_a, los \_\_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_.”

(la negrilla es mía)

Para la víctima mayor de edad o impedida de consentir, el protocolo hace que el representante de la víctima dé el consentimiento de la misma de la siguiente manera:

Yo, \_\_\_\_\_, en mi calidad de \_\_\_\_\_, declaro bajo juramento que me hallo autorizado para otorgar el presente consentimiento, por los derechos que represento, de manera libre y voluntaria, en pleno uso de mis capacidades legales, autorizo que en la persona de \_\_\_\_\_ se practique el examen ginecológico y –o proctológico de conformidad con la orden emitida por la autoridad competente. **Sometiéndome a la legislación vigente que regula este tipo de actividades.** Renunciando a cualquier acción judicial que pueda

devenir del otorgamiento de este acto y de las consecuencias que de él se deriven.

Para constancia del presente acto, suscribo en presencia del perito médico legal, en la ciudad de \_\_\_\_\_ a, los \_\_\_\_\_ días del mes de \_\_\_\_\_ del año .

(la negrilla es mía)

Ambas declaraciones de voluntad deben estar acompañadas de la firma o huella digital y cédula de identidad de la víctima examinada o de quien consiente en la pericia y de la firma y código profesional del perito.

En la transcripción se ha sobresaltado el sometimiento que la víctima – o quien la representa- hace a la legislación vigente que regula este tipo de actividades, refiriéndose a la legislación que regula los peritajes médicos legales. Como se ha dicho anteriormente, no existe legislación vigente pues los protocolos que se manejan no tienen un aval nacional ni un reconocimiento legal.

Por otro lado - como se puede ver en la descripción anterior- el protocolo es casi un formulario que el perito debe llenar. No difiere dependiendo del sexo lo cual debería ser una diferencia muy importante pues el examen médico legal es muy diferente realizarlo a un hombre que a una mujer.

**El examen genital del sexo femenino, de acuerdo a lo relatado de los peritos entrevistados y los materiales consultados<sup>330</sup>, se lo hace estudiando las mamas y verificando posibles rasgos de violencia en ellas. Lo mismo se hace con el abdomen, regiones de los glúteos, los miembros superiores e inferiores, vulva, himen y vagina. En caso de abuso sexual con acceso carnal, el examen de la vulva, el himen y la vagina son los más importes. En la inspección de la vulva el perito debe ver características del vello pubiano, clítoris, labios mayores y menores y “describir las**

---

<sup>330</sup> Los doctores entrevistados, que anteriormente han sido citados en este trabajo, son la Doc. Natasha Villagreses y el Doc. Marlon Oviedo. Ambos Doctores entrevistados tienen amplia experiencia en los peritajes médicos legales en delitos sexuales.



eventuales lesiones traumáticas en vulva, periné, horquilla vulvar, erosiones, excoriaciones, equimosis<sup>331</sup>, hematomas, herida contusas o cortantes, desgarros, etc.”<sup>332</sup> Cabe mencionar que el examen de la vagina en una mujer con vida sexual activa es diferente al de una mujer que no ha tenido relaciones. A la primera se le debe examinar “sus paredes anterior, posterior y laterales, describiendo las eventuales lesiones traumáticas, erosiones, excoriaciones, hematomas, desgarros, etc., o su indemnidad”<sup>333</sup>, se debe examinar “las características del cérvix [...] si es posible grabar con video, ya que esta documentación será una prueba importante. Luego mediante palpación por tacto vagino-abdominal se considerarán las características del útero y los anexos.”<sup>334</sup> En las mujeres que no han tenido vida sexual anterior a la agresión sexual el examen principal es el del himen. El himen también debe ser inspeccionado; el perito debe describir al

himen o sus restos, consignando su forma, las características de los bordes, eventuales lesiones traumáticas recientes, erosiones, excoriaciones, desgarros descritos según los punteros del reloj. Tener en cuenta que el himen es un órgano muy importante en el examen médico legal, debiendo describir si está intacto o presenta lesiones antiguas cicatrizadas. Se debe considerar que en los desgarros himeneales sus bordes no cicatrizan juntándose, sino en forma separada. Además hay que considerar el himen complaciente cuyos bordes se distienden ampliamente y permiten el acto sexual sin dañarse y es de relativa frecuencia.<sup>335</sup>

Sobre el himen es importante mencionar que tanto los peritos entrevistados, así como las lecturas estudiadas sobre el tema coinciden en señalar que la desfloración del himen se considera antigua luego de 10 días de la relación o agresión sexual, pasado este plazo es imposible determinar cuan vieja es dicha desfloración.

---

<sup>332</sup> Ruiz, Mauricio. *Peritaje médico legal en delitos sexuales: una pauta práctica para su correcta realización*. Chile: Servicio Médico Legal de Santiago, 2010.

<sup>333</sup> Dr. Montoya David, Ricardo Díaz, Fernando Reyes, Carlos Abusleme y Jaime Garrido. *Peritaje médico legal en delitos sexuales*. Chile: Revista chilena de obstetricia y ginecología. Departamento de Ginecología y Obstetricia. Hospital Clínico J.J. Aguirre, Universidad de Chile, 2004, p.20

<sup>334</sup> *Ibíd.*

<sup>335</sup> *Ibíd.*

Dentro del área de la vagina, cuando el delito de abuso sexual con acceso carnal es flagrante o es denunciado inmediatamente luego de la agresión, “es posible pesquisar semen hasta 5 a 7 días posteriores a la agresión sexual, luego de este lapso estas evidencias se pierden.” Al haber estas evidencias el perito debe ponerlo dentro del protocolo y solicitar los exámenes de las mismas. Estos exámenes buscan principalmente la existencia de semen aunque también se puede establecer la existencia de bacterias y parásitos. También el perito puede pedir exámenes para la “búsqueda de enfermedades de transmisión sexual: sífilis; gonorrea; VIH; herpes genital; hepatitis C y D, etc.” Con los exámenes que pudiera pedir el perito también se puede establecer el nivel de alcohol en la sangre, drogas de abuso<sup>336</sup>.

**En el caso del examen genital del sexo masculino, lo analizado y descrito anatómicamente** es “el pene, prepucio, escroto y los testículos, consignando eventuales lesiones traumáticas como erosiones, excoriaciones, equimosis, hematomas, etc.” Con los exámenes que necesite el perito puede examinarse la existencia de enfermedades de transmisión sexual como sífilis, condilomas acuminados, gonorrea, herpes genital, etc.”

De todo este proceso, el protocolo permite tomar e incorporar fotografías. También existen dibujos que la Fiscalía ha hecho para mayor explicación de lo encontrado en las experticias<sup>337</sup>.

### 3.2.2.2 Pericia Psicológica

La pericia psicológica, de acuerdo a los expertos entrevistados, es sumamente importante para establecer si hubo o no una agresión sexual. Si bien esta pericia puede llegar a ser considerada como secundaria en los delitos de abuso sexual con acceso carnal; en los otros delitos estudiados, acoso sexual y abuso sexual simple, puede ser

---

<sup>336</sup> *El peritaje médico forense de parte en violación sexual*. Tomado de:  
<http://drlopez.blogdiario.com/general.phtml?title~=-violacion>

<sup>337</sup> Estos dibujos se pueden encontrar en el Anexo 2 al final de este trabajo.

determinante para la comprobación médica de la existencia verdadera de dichos delitos. Cuando se le somete al ofendido a la pericia psiquiátrica, es “para deducir las consecuencias de ley sobre todo lo que afirma y que el imputado contradice”<sup>338</sup>.

Esta pericia generalmente debería ser independiente de la pericia médico legal y realizada por un psicólogo forense. Pero al no haber protocolo de cómo llevar a cabo la misma, se la subsume en el peritaje médico legal. Para tratarla, es típico que los peritos hagan sus propios protocolos, lo cual lleva a que los mismos difieran dependiendo del perito y su experticia.<sup>339</sup>

En el caso de un peritaje psicológico, lo más importante que hacen los peritos es acudir al juzgado para presentar en un juicio los resultados de su examen. Si bien lo anterior lo hacen todos los peritos en un proceso, la falta de regulación en este tipo de peritajes limita la actuación de los peritos y su experticia a un informe mal logrado frente al Juez. Es un informe mal logrado pues al no haber un protocolo - o por lo menos un modelo unificado del mismo como es el caso en el peritaje médico legal- no hay unanimidad en los métodos e información que se busca; en el plano psicológico se puede recopilar gran cantidad de datos e información, muchos de los cuales pueden resultar en información innecesaria e inútil para determinar frente al juez la existencia de una agresión sexual.

El avance más significativo dentro de los peritajes psicológicos en estos delitos son las Cámaras de Gessel. La Cámara de Gessel “consiste en *dos habitaciones* con una pared divisoria en la que hay un vidrio de gran tamaño que permite ver desde una de las habitaciones lo que ocurre en la otra –donde se realiza la entrevista-, pero no al revés; estas habitaciones cuentan **con equipos de audio y de video**”<sup>340</sup>. Esta cámara en

---

<sup>338</sup> R. Washington Abalos. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo, 1993, p. 514

<sup>339</sup> Hechos relatado por la Doctora y Perito Natasha Villacreses sobre la situación del peritaje médico legal en el Ecuador.

<sup>340</sup> Araujo Granda, María Paulina. *Funciones de la Cámara de Gesell en la investigación penal. Parte teórica y base legal*. Quito: Conferencia Auditorio de la Fiscalía General del Estado, 10 de febrero del 2011.

**principio fue creada para “observar las conductas de los niños, sin que éstos se sintieran presionados por la mirada de un observador [...] nace como una instrumento de apoyo para estudiar psicológicamente la conducta de los menores, con fines inclusive pediátricos”<sup>341</sup>. Pero a lo largo de los años, su uso se ha ido ampliando. En la actualidad, en el Ecuador la Cámara de Gessel se utiliza no sólo para entrevistas a menores de edad, sino también para: entrevistar a víctimas – mayores de edad de un delito; para entrevistar y dar anonimato ante el acusado a los testigos, de esta manera ‘la persona acusada no tiene la oportunidad de conocer a los que están declarando frente a las cámaras especiales.’<sup>342</sup> ; y para observar la conducta de sospechosos en interrogatorios.**

El Estado cuenta con estas cámaras en la Policía y la Fiscalía, pero claro sólo en las capitales de las principales provincias, es decir en Quito, Guayaquil y Cuenca. Se ha propuesto la construcción de estas cámaras y se están realizando en otras ciudades como Santo Domingo de los Tsachilas y Loja<sup>343</sup>. Además la Fiscalía ha implementado en varias provincias un sistema de circuito cerrado –diferente a la Cámara de Gesell-; que ha permitido que los jueces y los diferentes Tribunales de Garantías Penales, escuchen y observen el testimonio de una persona (que se encuentra en otro lugar) a la cual se le está entrevistando acerca de las circunstancias fácticas y los responsables del hecho delictivo<sup>344</sup>. Cabe mencionar que no hay ninguna regulación en el Ecuador sobre la utilización en peritajes de las Cámaras de Gessel; tampoco existe un expreso reconocimiento al empleo de éstas ni a los delitos en los que se la debe emplear obligatoriamente ni un protocolo que los regule.

### 3.2.2.3 Pericia Social

---

<sup>341</sup> Protocolo de entrevista forense del Estado de Michigan. Grupo de trabajo del gobernador para la justicia del menor y agencia para la independencia de la familia. Mayo, 2003.

<sup>342</sup> Araujo Granda, María Paulina. *Funciones de la Cámara de Gesell en la investigación penal. Parte teórica y base legal*. Quito: Conferencia Auditorio de la Fiscalía General del Estado, 10 de febrero del 2011

<sup>343</sup> Información dada por la Doctora Natasha Villacreses. Perito médico legal y psicológico de la Fiscalía de Pichincha.

<sup>344</sup> Araujo Granda, María Paulina. *Funciones de la Cámara de Gesell en la investigación penal. Parte teórica y base legal*. Quito: Conferencia Auditorio de la Fiscalía General del Estado, 10 de febrero del 2011.

El peritaje social es la recopilación de los hechos y circunstancias en que se dio la presunta agresión sexual, también comprende un estudio y análisis del entorno de la víctima desde una perspectiva social<sup>345</sup>. Se lo podría asimilar a la reconstrucción de los hechos desde el punto de vista social<sup>346</sup>. Este peritaje lo deben hacer trabajadores sociales<sup>347</sup>.

Esta pericia, al igual que las dos anteriores, se la debe instrumentar en un informe pericial. Lo que debe contener el informe pericial, ya fue mencionado previamente y recordemos que está expreso en el artículo 98 del Código de Procedimiento Penal, aunque este informe no contempla aspectos sociales.

La estructura de un Informe Social como Dictamen pericial se expone con carácter general que no limita, por cuanto dicha estructura, podrá variar en función del objeto de la pericia. Dentro de esta pericia debe describirse el objeto del informe, dar los datos de identificación del cliente o clientes objeto de la pericia y la descripción del proceso metodológico seguido y técnicas utilizadas<sup>348</sup>. Lo que se suele analizar en un peritaje de este tipo es la siguiente información: historia y antecedentes socio-familiares; situación actual; sistema socio-familiar; datos de salud; variables laborales, ocupacionales o profesionales; contexto socio-económico; descripción de la vivienda, hábitat y relaciones con la comunidad; informe de entrevistas colaterales; interpretación diagnóstica<sup>349</sup>. No cabe ahondar más en esta pericia, pues carece de estudios profundos en el Ecuador y carece también de cualquier tipo de norma que la regule.

---

<sup>345</sup> Revista electrónica de trabajo social. *El informe pericial*.

<sup>346</sup> Información dado por la Doctora Natasha Villacreses y el Doctor Marlon Oviedo.

<sup>347</sup> Tomado de: <http://serviciosocialipp.bligo.com/content/view/196664/El-Informe-Social-Pericial.html>

<sup>348</sup> Revista electrónica de trabajo social. *El informe pericial*.

<sup>349</sup> *Ibíd.*

### 3.3 El problema en la prueba de los delitos sexuales en el caso ecuatoriano:

Los delitos sexuales generalmente conllevan un problema probatorio. De acuerdo al argentino Adrian Tenca, hay dos características comunes que al tratarse de la prueba diferencian a los delitos sexuales de otros tipos penales: “los lugares en que se cometen y las múltiples particularidades que importan las conductas sexuales de las personas.”<sup>350</sup> El problema del lugar – de acuerdo a Tenca- se basa en que:

Los delitos sexuales suelen cometerse en ámbitos privados, sin la presencia de testigos y muchas veces sin la existencia de rastros (desfloración, sangre, semen, huellas, etc.) que pueden develar lo sucedido a través de las pericias técnicas específicas. Es bastante común que en estas situaciones el juez interviniente cuente exclusivamente con el testimonio de la supuesta víctima y el supuesto victimario, con las dificultades que ello genera en la obtención de la verdad material.<sup>351</sup>

El segundo problema que señala Tenca es el de las múltiples particularidades que importan las conductas sexuales de las personas. Esto es un problema puesto que “el hecho de considerar las conductas sexuales suele poner al desnudo aspectos de la personalidad que no se manifestarían en otros ámbitos de relación.”<sup>352</sup> Hay casos en que prácticas raras –para la mayoría de personas- se manifiestan en el ámbito sexual, sin que la supuesta víctima se sienta como tal, sino que disfrute de la situación.<sup>353</sup> Prácticas como la “zoofilia, copofragia, necrofilia, fetichismo, etc., son una muestra cabal de que en el ámbito sexual el ser humano desarrolla y pone de manifiesto los aspectos más recónditos de su personalidad”<sup>354</sup> Lo señalado por Tenca y Creus es una lamentable verdad que el Juez debe tener en cuenta al momento de evaluar la prueba, pues en

---

<sup>350</sup> Tenca, Adrián Marcelo. *Delitos sexuales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, p.233, 234.

<sup>351</sup> *Ibíd.* p. 233

<sup>352</sup> *Ibíd.* P. 234

<sup>353</sup> Creus, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992. p, 815

<sup>354</sup> Tenca, Adrián Marcelo. *Delitos sexuales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, p234.

algunos casos puede tener un gran valor para descubrir la verdad sobre los presuntos hechos.

Con lo anterior se puede ver que por la naturaleza misma de los delitos sexuales hay un problema probatorio reconocido entre los doctrinarios. Pero en el Ecuador, a más de los problemas normales – por así decirlo- existen otros problemas que la ley no ha solucionado. Explicado anteriormente la normativa alrededor de las pruebas en delitos sexuales y cómo estas – principalmente los peritajes- se llevan a cabo en el Ecuador, es preciso mencionar las falencias que las pruebas en estos delitos tienen.

Al haber un delito sexual todo el aparataje del Estado empieza a moverse con la recepción de las denuncias. Para que haya una denuncia depende de muchos factores, como por ejemplo la edad de la víctima, su relación con el victimario, la vergüenza de realizar la denuncia, el miedo a las represalias.<sup>355</sup> En casos que el delito es flagrante no cabe la denuncia. Pero dentro de los delitos estudiados, el único que puede ser flagrante es el de abuso sexual con acceso carnal. La denuncia es

la puerta de ingreso al sistema en la cual se pueden reproducir una serie de prejuicios sobre las víctimas, se recoge información clave para la investigación de los casos; en muchos casos la recepción de las denuncias actúa como un primer “filtro” de casos.<sup>356</sup>

Hay que tener en cuenta que la denuncia es el primer contacto que tiene la presunta la víctima con el sistema y es la razón por la que muchas prefieren no denunciar, pues “generalmente sienten que no son tomadas en serio, que son consideradas mentirosas y les toca revivir la agresión ante quienes toman la denuncia.”<sup>357</sup>

No existe duda de que el nuevo sistema procesal penal funciona a partir de la premisa que no toda denuncia será investigada, por lo cual requiere de mecanismos que garantice que aquellos casos que no son considerados especialmente graves o de

---

<sup>355</sup> Ejemplos dados por el Doctor Marlon Oviedo, Jefe Nacional de Medicina Legal de la Fiscalía General del Estado, en su entrevista.

<sup>356</sup> Simon, Farith. Lidia Casas. *Evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género*. Centro de Estudios de Justicia en las Américas, 2004, p. 10

<sup>357</sup> Ejemplos dados por la Doc. Natasha Villagreses, perito de la Fiscalía de Pichincha.

especial relevancia social, o en los que no se cuente con suficientes antecedentes para llevar una investigación con alguna probabilidad de éxito, no se los continúe.<sup>358</sup> En el Ecuador los casos que se dan a trámite son remitidos a la Policía Judicial para la investigación y a los peritos acreditados para la elaboración de los informes respectivos<sup>359</sup>.

Los delitos sexuales estudiados – acoso sexual, abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal - se producen en condiciones diferentes al resto. Como lo dice Tenca – citado precedentemente- el lugar en que se comete es privado, por lo que no es frecuente que cuente con testigos<sup>360</sup>, y – especialmente en los delitos de acoso sexual y abuso sexual simple - no dejen vestigios. Por lo anterior, en estos delitos sexuales se da mucha importancia a la existencia de informes periciales y generalmente son utilizados como prueba central ya que con ellos se puede comprobar la existencia del hecho delictivo.

Lamentablemente el gran problema probatorio de estos delitos en el Ecuador, se centra en las regulaciones de los peritajes en caso de los delitos sexuales estudiados, es decir en los peritajes médicos legales, psicológicos y sociales.

En el Ecuador muchas leyes hacen referencia a los “protocolos unificados médicos legales”<sup>361</sup>. El Ministerio Público a través de la Dirección Nacional de Política Penal y el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses elaboró un protocolo

---

<sup>358</sup> Simon, Farith. Lidia Casas. *Evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género*. Centro de Estudios de Justicia en las Américas, 2004, p. 13

<sup>359</sup> Simon, Farith. Lidia Casas. *Evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género*. Centro de Estudios de Justicia en las Américas, 2004, p. 10

<sup>360</sup> Tenca, Adrián Marcelo. *Delitos sexuales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, p.233

<sup>361</sup> Estas referencias podemos encontrarlos en el Reglamento de la Policía Judicial; Reglamento General para el Funcionamiento y Desarrollo del Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y en el Código de Procedimiento Penal.



médico legal en delitos sexuales el 2003. El gran problema de este protocolo es que no es reconocido legalmente<sup>362</sup> ni cuenta con un aval Nacional.

Sobre la legalidad del protocolo, El Doc. Marlon Oviedo asegura que si bien el protocolo ha sido elaborado, no existe un Acuerdo Ministerial que lo expida ni sanciones para los peritos que no lo apliquen. No es la intención de este trabajo hacer una crítica a la labor realizada por la Fiscalía, pues vale reconocer los intentos que ésta ha hecho por unificar los protocolos, pero no lo ha logrado.

Por otro lado, la Doc. Perito Natasha Villacreses señala que no hay un aval nacional. Ella indicó que para lograr esto no es cuestión únicamente de la Fiscalía. El aval se lograría en una reunión con las autoridades de los diferentes entes del Estado para formular y aceptar de forma general el protocolo, lo cual no se ha logrado aún.

De acuerdo al relato de la Doctora Villacreses, se empezó a querer realizar los protocolos en la época en que la Doctora Marian Yépez era Fiscal General. La Fiscal General quería tomar como modelo los protocolos de Costa Rica, que tiene amplio desarrollo en la materia. Si bien este trabajo no es un trabajo comparativo, vale mencionar el desarrollo que habido en otros países en el tema, especialmente Costa Rica, en el tema. El caso de Costa Rica, que fue el modelo que el Ecuador quiso seguir, está muy desarrollado. En este país hay protocolos para la atención de víctimas de delitos sexuales en diversas circunstancias. Estos protocolos están a la mano de todas las personas pues se los encuentra en la página web del Ministerio Público<sup>363</sup>. Esta página WEB señala lo siguiente:

Los presentes Protocolos forman parte del proyecto de Reducción de la Revictimización de personas víctimas de delitos sexuales y violencia intrafamiliar, su confección se logró, mediante la ejecución del Convenio de Préstamo 1 377/OC-CR entre el Gobierno de la República de Costa Rica y el Banco Interamericano de Desarrollo, destinado a financiar la segunda etapa del Programa de Modernización de la Administración de Justicia".

---

<sup>362</sup>

<sup>363</sup> La página web es: <http://ministeriopublico.poder-judicial.go.cr/biblioteca/protocolos.html>

1. Protocolo de Atención a Víctimas Mayores y Menores de Edad de Delitos Sexuales y Explotación Sexual Comercial cometidos por personas mayores de edad.
2. Protocolo de Atención a Víctimas Mayores y Menores de Edad de Delitos Relacionados con la Violencia Doméstica cometidos por personas mayores de edad.
3. Protocolo de Atención legal a Víctimas de Delitos Sexuales y Violencia Doméstica cometidos por personas menores de edad.
4. Protocolo de Atención a Víctimas de Violencia Sexual y/o Doméstica en el Departamento de Ciencias Forenses.
5. Protocolo de Atención a Víctimas en los Juzgados de Violencia Doméstica.
6. Protocolo de Atención a Víctimas de Violencia Sexual y/o Doméstica en el Departamento de Trabajo Social Sede Penal.
7. Protocolo de Atención a Víctimas de Violencia Sexual y/o Doméstica en el Departamento de Medicina Legal.
8. Protocolo de Sala de Entrevista.
9. Guía Práctica para el Otorgamiento de las Medidas de Protección (Típicas o Atípicas) para Personas en Condición de Discapacidad y Personas Adultas Mayores.

Como se puede ver, en otros países –el ejemplo de Costa Rica- se han elaborado no sólo un protocolo unificado, sino varios dependiendo de las circunstancias. Lo cual en el Ecuador no ha pasado. En este punto es muy importante mencionar que no debe haber sólo un protocolo que regule los métodos y el cómo llevar a cabo un peritaje médico legal en estos delitos, deben haber varios protocolos teniendo en cuenta las diferentes circunstancias del delito y características de la víctima – como sexo, edad, discapacidad, etc.; y, que no se asimile a un formulario<sup>364</sup>. El protocolo elaborado por la Fiscalía, a más de no contar con el respaldo legal necesario, es utilizado para atender a víctimas hombres, mujeres, menores de edad y discapacitados; y –como se puede ver en el Anexo 1 al final de este trabajo- el protocolo se asimila más a un formulario.

Este trabajo es netamente legal, pero en este punto cabe mencionar que médicamente el problema más grande en un peritaje médico legal, en un delitos de abuso sexual con acceso carnal, es el transcurso del tiempo. Cuando el delito es

---

<sup>364</sup> Sobre las características que debe tener un protocolo, la información fue sacada de la entrevista realizada a la Doctor Natacha Villacreses.

flagrante y la víctima es tratada inmediatamente no hay problema. Pero cuando la víctima no denuncia inmediatamente muchos vestigios se pierden. En el cuerpo de la víctima con desfloración, es imposible determinar cuándo fue desflorada pasado los 10 días del suceso, pues luego de ese plazo se considera una desfloración antigua. Por otro lado, los restos biológicos que puede dejar el agresor – como el semen- sólo pueden ser recuperados del cuerpo de la víctima en los 5 o 7 días posteriores a la agresión. Al no poder determinar cuando ocurrió la agresión o si hay vestigios del agresor, se pierde la base de la investigación médico legal en este delito. Esta situación cabía mencionar pues con falta de regulación y sin un protocolo unificado, el resultado de no poder determinar el tiempo de la desfloración – por razones netamente medicas y biológicas- puede influir en la resolución del caso.

Los otros dos peritajes posibles en estos delitos, que son el sicológico y el social, carecen aún más de regulaciones. El peritaje sicológico se encuentra –indebidamente- inmerso en el peritaje médico legal. Si bien la sicología es parte de la medicina, es un área diferente a la medicina legal. No hay que negar la existencia de protocolos que los peritos siguen en esta área, pero estos protocolos tampoco han sido unificados y los peritos prefieren realizar y utilizar protocolos hechos por ellos mismos.

Tampoco existen regulaciones hechas sobre los métodos, alcances y utilización de la Cámara de Gessel –instrumento utilizado regularmente en los peritajes sicológicos- lo que permite hacer uso de ese instrumento, cuando así el caso lo amerite. Pero al no estar debidamente regulado, puede dar paso a re victimización o incluso a demandas por violación al debido proceso.

Sobre el peritaje social lo único que cabe decir es que el mismo es poco conocido, no tiene ningún tipo de normas legales que lo regulen. Ni el Código de Procedimiento Penal y ni los reglamentos de la Policía Judicial hace referencia a este. Su desarrollo a

sido impulsado por la necesidad de reconstruir el hecho delictivo desde un ámbito social, teniendo en cuenta el ambiente en que se desarrolló<sup>365</sup>.

---

<sup>365</sup> Comentario hecho por la Doctora Villacreses, referente al Peritaje Social.

## CONCLUSIONES

En general, los delitos sexuales son delitos de difícil prueba. Esto sucede pues son cometidos en privado, generalmente no existen testigos y se debe estudiar las conductas sexuales de los involucrados. La doctrina entiende y acepta estas dificultades probatorias. Pero definitivamente en el caso del Ecuador existen aún más dificultades, pues gracias a falacias de la propia ley y de la organización de los entes del Estado, los medios probatorios de delitos sexuales pueden llegar a vulnerar el derecho de defensa de la víctima., cuya base se encuentra en la ley, o falta de la misma.

Los elementos que cada tipo penal conlleva deben ser probados en juicio para que el Juez pueda asegurarse del cometimiento del delito y de la adecuación de la conducta típica. Cada uno de estos elementos analizados en el Primer Capítulo deben ser probados con diligencia por el Fiscal dentro del proceso.

En el abuso sexual simple, la acción nuclear que debe ser probada en juicio es el que haya habido un “acto de naturaleza sexual” sin que se haya llegado al acceso carnal. Los actos de naturaleza sexual no dejan muchos rastros visibles. Pero sí pueden haber dejado huellas en la piel dependiendo de las circunstancias en que se dio el acto de naturaleza sexual, ya que para que se configure el delito la única limitación es que no haya acceso carnal. En caso de que se hayan dejado rastros visibles, un peritaje médico puede determinarlos. Pero no hay regulación que

indique la realización de estos exámenes médicos en caso de abuso sexual simple. Por otro lado, los posibles rasgos se pierden con el tiempo y sería imposible probarlos médicamente si el delito no es flagrante, la denuncia no es inmediata o el peritaje no es oportuno.

Si no existen todos los elementos normativos del abuso sexual simple o no son probados debidamente, no existe adecuación al tipo. Los elementos normativos que deben existir, y por ende ser probados dentro del proceso son: la determinación de la víctima – menor de edad o discapacitado- la ausencia de acceso carnal y la naturaleza sexual de los actos. El tipo legal limita al sujeto pasivo a: una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad. Estas personas por su calidad de incapaces no pueden dar su consentimiento a la realización de actos de naturaleza sexual, y en el caso de que los menores lo hagan, la ley no lo acepta. Muchas veces tampoco pueden oponerse al acto. Se debe demostrar también en juicio la existencia del dolo, elemento subjetivo tipificado dentro de este delito. Si en juicio un elemento del tipo, sea normativo o subjetivo, no se prueba, la conducta sería atípica.

Por otro lado el sometimiento, que es el medio comisivo del delito de abuso sexual simple, también debe ser probado. Como se vio en el primer capítulo, la propia ley indica qué entender por sometimiento. Es difícil probar que hubo sometimiento, pero – de acuerdo a la ley- éste se puede conseguir al doblegar la voluntad de la víctima por violencia física, amenaza o cualquier forma de inducción o engaño. Nuevamente nos encontramos frente a un problema probatorio. Si bien es cierto por la naturaleza de este medio la prueba en sí ya es difícil, conseguirla es aún más difícil cuando el Código de Procedimiento Civil no trata el tema directamente, y la leyes conexas tampoco. Al haber violencia física cabría un peritaje médico, del cual reiteradamente hemos señalado las falacias. Al no haber una violencia física el peritaje psicológico sería una de las mejores opciones, pero al no haber peritos suficientes, ni la estructura física, metodológica y legal que respalde, avale y dirija este examen, el mismo pierde mucho de su importancia en el proceso.

El delito de acoso sexual, por su tipificación trae aún más problemas probatorios. En general este delito es difícil probar pues su acción nuclear no es material ya que se limita a una solicitud hecha por el sujeto activo para sí mismo o para un tercero. Este delito se centra en la solicitud, pues si hay violencia física en dicha solicitud o se consuma un acto sexual deja de ser un acoso sexual y podría asimilarse a un abuso sexual simple o a un abuso sexual con acceso carnal dependiendo del caso. Por otro lado, los elementos normativos que el tipo trae son también son difíciles de probar. Los elementos varían desde la situación de superioridad que puede tener el sujeto pasivo – digo “puede” pues el tipo determina al sujeto activo, pero también deja la posibilidad para que el mismo sea indeterminado- a que los favores que se soliciten sean de naturaleza sexual y las legítimas expectativas que puede tener la víctima. Con todos estos elementos de difícil prueba, el Ministerio Público a través del Fiscal debe procurar hacer una investigación minuciosa de los hechos del delito, la cual no es eficiente por el poco personal con el que cuenta la Fiscalía, la poca preparación de dicho personal. Por otro lado el peritaje psicológico, que sería el adecuado en este delito, carece de regulación.

El delito de abuso sexual con acceso carnal, por los vestigios y evidencia física que deja, puede ser probado más fácilmente con relación a los dos otros delitos estudiados. El sujeto pasivo está determinado ya que la víctima puede ser una persona menor de 14 años; una persona privada de la razón o el sentido o una persona que no pudo resistir la acción nuclear por tener una enfermedad o cualquier otra causa que la inhabilitó. No habría ningún problema en determinar la edad de la víctima. El problema probatorio puede empezar en demostrar por qué la víctima estaba privada de la razón o el sentido - en caso de que no sea evidente por una enfermedad o causa natural- o por qué no pudo resistir la acción nuclear.

La prueba del abuso sexual con acceso carnal es más fácil recopilar en el caso de que el delito sea flagrante. En caso de que no lo sea, el paso del tiempo y las falacias que rodean a la prueba pericial en el Ecuador pueden vulnerar el derecho a la defensa de la víctima. Como se ha mencionado en el trabajo, el protocolo no

está reglado por una ley en específico. Si bien hay un protocolo hecho por la Fiscalía, éste no cuenta con un aval Nacional, por lo que los métodos en que se realizan los peritajes no son unificados y pueden variar dependiendo del perito. El peritaje médico es el indicado para comprobar una agresión sexual con acceso carnal. Pero los vestigios corporales se pierden rápidamente. Cuando la víctima ha mantenido relaciones sexuales anteriores los vestigios, si no son analizados oportunamente, pueden confundirse con rastros de actos sexuales previos. Si la víctima no ha mantenido relaciones sexuales anteriores, su rotura del himen depende de la forma y elasticidad del mismo y al haber desfloración, la misma es considerada antigua a los 10 días, imposibilitando saber la fecha exacta en que fue hecha. Los medios comisivos de este delito - los cuales según el tipo son violencia, amenaza o intimidación por parte del sujeto pasivo- deben ser también probados dentro del proceso. En este caso, las pruebas y su éxito dependen del tiempo en que se las realiza. Si el abuso sexual con acceso carnal no es denunciado inmediatamente, como es común, los rastros de estos medios comisivos se pierden dando lugar a que la prueba más importante sea la pericia psicológica y la social, las cuales no están ni siquiera mencionadas en un cuerpo normativo.

Dentro del proceso -analizado en el Capítulo Segundo- el primer problema que tenemos en los delitos sexuales son las denuncias. La víctima de un delito sexual no siempre acude a denunciar el mismo. Las razones son más sociales que legales, pues la víctima no va a denunciar - por ejemplo- por miedo, por vergüenza, por que el agresor se encuentra en su círculo cercano, etc. Muchas veces en las denuncias, hay una primera re victimización de la persona agredida, pues debe contar - y por ende revivir la agresión-. El problema legal existente en esto es que no todas las denuncias son investigadas, pues las mismas personas que trabajan para los entes del Estado filtran qué casos ameritan la investigación. Esto es un claro ejemplo de vulneración del derecho a la defensa de la víctima. Si bien es cierto, no todos los delitos son igual de graves, no es menos cierto que al violentar un bien jurídico protegido el Estado tiene la obligación constitucional de garantizarlo.



Los delitos sexuales estudiados en este trabajo, por mandato de la ley, son de acción pública. Es el Fiscal el encargado de llevar a cabo la investigación y la defensa de la víctima. En el Ecuador se ha establecido fiscalías especializadas o fiscales especializados en delitos sexuales. Esto en teoría es un avance enorme en el área y una solución adecuada para la creciente demanda de casos. Pero en realidad el número de fiscales especializados en delitos sexuales resulta insuficiente como para atender el número de este tipo de delitos, lo cual claramente es sinónimo de indefensión de las víctimas. Los Fiscales especializados en delitos sexuales están en las ciudades de Quito, Guayaquil y Cuenca. En las demás ciudades de las diferentes provincias son Fiscales especializados los que deben llevar a cabo la investigación.

El mismo problema pasa con los peritos acreditados por el Ministerio Público, pues ellos se concentran en las tres ciudades principales – Quito, Guayaquil y Cuenca-. En casos determinados de delitos realmente graves, generalmente de abuso sexual con acceso carnal, deben viajar a las provincias para resolver dichos casos. Esto conlleva otro problema, pues generalmente no sólo deben cubrir los casos de delitos sexuales, sino también de delitos contra la vida, contra la propiedad y examinar lesiones provenientes de diferentes delitos. En los casos de abuso sexual simple o acoso sexual, los peritos especializados que pueden obtener información psicológica o social no se encuentran en las zonas rurales. Sumando a lo anterior, la operatividad en los procesos de atención pericial a la víctimas en zonas rurales no son adecuados pues en estos lugares el personal tiene grandes falencias en número y en capacitación, tampoco hay tiene las instalaciones adecuadas para realizar un examen pericial.

Considero que todo lo anterior puede llegar a deslindarse del plano legal y encontrar muchas justificaciones sociales y políticas. Pero el mayor problema que tiene en Ecuador en torno a la prueba en los delitos sexuales – analizado y desarrollado en el Capítulo Tercero- es la falta de regularización legal que tiene los peritajes. Este trabajo se ha enfocado especialmente en los peritajes pues es la prueba central en un delito sexual. La prueba pericial tiene que ser apreciada y valorada según las reglas de la sana crítica. Es decir, la información que los

informes periciales arrojen no es obligatoriamente determinante para el Juez, la valoración de los mismos depende totalmente de él Juez. El trabajo del perito de parte se basa principalmente en evaluar la validez probatoria de las pruebas periciales realizadas, es decir si estas tienen suficiente solidez como para sustentar una acusación y probar un hecho delictivo o si pueden haber sido producidas por un hecho diferente. La pericia – medico legales, psicológicas y sociales- en casos de acoso sexual, abuso sexual simple y abuso sexual con acceso carnal es de gran ayuda para los Jueces. A través de los resultados de estas pericias se puede comprobar la ejecución de delito y pueden aplicar las penas establecidas en el Código Penal para el autor del mismo. Los peritos deben explicar, si son llamados a juicio, no sólo sus pericias sino también deben explicar cómo pueden haberse producido las lesiones y si estos guardan relación con los hechos, puesto que quienes administran la justicia no son médicos y requieren la mayoría de veces que les expliquen en términos sencillos los hallazgos.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la ley estipula las competencias de los diferentes departamentos médicos legales pero no se desarrolla claramente dentro de la ley las facultades y las maneras de proceder de los mismos de los mismos. No hay norma legal que regule cómo el peritaje médico legal debe realizarse y qué consideraciones debe tener este en cuenta para que tenga validez ante los tribunales de justicia competentes.

En el Ecuador muchas leyes hacen referencia a los “protocolos unificados médicos legales”. Pero luego de una extensa búsqueda sobre dichos protocolos unificados se ha verificado que no existen. De la información arrojada en las entrevistas hechas se ha demostrado que si bien hay protocolos médicos legales, estos no son unificados y mucho menos utilizados a nivel nacional. El protocolo médico legal en delitos sexuales que hay en el Ecuador, fue elaborado por el Ministerio Público a través de la Dirección Nacional de Política Penal y el Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el 2003. Este protocolo que la Fiscalía ha realizado para estos casos no es de obligatoria aplicación y que no hay

una sanción para los peritos que no los sigan. . El gran problema de este protocolo es que no es reconocido legalmente ni cuenta con un aval Nacional.

El peritaje psicológico también carece de regulación legal sobre cómo llevarse a cabo. Según las entrevistas, es típico en la práctica que cada Fiscal realice su propio protocolo basado en su experiencia, y utilice esto para guiar su examen y posterior informe médico. Por otro lado, la Cámara de Gessel, que es la principal herramienta que los peritos utilizan en los peritajes psicológicos – especialmente de niños- tampoco tiene un fundamento legal. Es importante regular a métodos como la Cámara de Gessel para evitar la re victimización del la víctima ante el interrogatorio de sujetos, tales como jueces o empleados judiciales, que por no haber sido formados en la materia ahonden o le provoquen un nuevo perjuicio.

Sobre el peritaje social, que al no haber vestigios médicos puede ser una prueba extremadamente importante, lo único que cabe decir es que el mismo es poco conocido, no tiene ningún tipo de normas legales que lo regulen. Ni el Código de Procedimiento Penal y ni los reglamentos de la Policía Judicial hace referencia a éste.

Es inconcebible que tratándose de delitos tan “delicados” para la sociedad y el Derecho, tengan tantas falacias en el aspecto procesal más importante de ellos que es la prueba. Si bien es cierto la Fiscalía ha mejorado sus prácticas y personal involucrados con el tema, no es menos cierto que aun falta muchísimo trabajo por hacer para evitar la re victimización de la víctima y mejorar la capacitación y numero de personal así como mejoramiento de las infraestructuras. Por otro lado es indispensable que los medios probatorios en estos delitos sean más desarrollados por cuerpos legales. En especial los peritajes deben tener un aval nacional y ser unificados para asegurar un correcto manejo y obtención de las pruebas. Hasta que esto pase, los medios probatorios en los delitos sexuales de abuso sexual simple, acoso sexual y abuso sexual con acceso carnal pueden violentar el derecho a la defensa de la víctima.

## BIBLIOGRAFÍA

ABARCA GALEAS, LUIS HUMBERTO. *Delitos sexuales*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador, 2010.

ABALOS, RAUL WASHINGTON. *Derecho Penal Procesal*. Argentina: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Acoso sexual. Enciclopedia Jurídica. Tomado de: <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/acoso-sexual/acoso-sexual.htm>

ARAUJO GRANDA, MARÍA PAULINA. *Funciones de la Cámara de Gesell en la investigación penal. Parte teórica y base legal*. Quito: Conferencia Auditorio de la Fiscalía General del Estado, 10 de febrero del 2011

El contenido de la Conferencia también está disponible en:

[http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com\\_content&view=article&id=50:camara-de-gesell&catid=11:material-basico&Itemid=11](http://www.juridico.gpjasociados.com/index.php?option=com_content&view=article&id=50:camara-de-gesell&catid=11:material-basico&Itemid=11)

BECCARIA, CESAR. *De los delitos y las penas*. Barcelona: Ediciones Orbis, 1984

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO. *Diccionario Jurídico*. Buenos Aires: Editorial Heliasta, 2005.

CAFERRATA NORES, JOSÉ. *La Prueba en el proceso Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 2000

CLARÍA OLMEDO, JORGE. *Derecho Procesal Penal*. Tomo 1. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

Código de Procedimiento Penal

Constitución del Ecuador

Código Penal

Código Penal Ecuatoriano, publicado en el Registro Auténtico del 3 de noviembre 1871.

Disponible en:

[http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=HISTORIC-CODIGO\\_PENAL\\_1871&query=pudor#art\\_395](http://www.lexis.com.ec/WebTools/eSilecPro/DocumentVisualizer/DocumentVisualizer.aspx?id=HISTORIC-CODIGO_PENAL_1871&query=pudor#art_395)

CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ).

Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/b-32.html>

Consultado el: 6 de marzo 2011

CREUS, CARLOS. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.

D'ALBORA, FRANCISCO. *Curso de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

DE VEGA RUIZ, JOSÉ. *El acoso sexual como delito autónomo*. Madrid: Colex, 1991.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Disponible en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Consultado el: 6 de Marzo 2011

Diccionario de la Real Academia Española.

Disponible

en:

[http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=solicitar](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=solicitar)

DONNA, EDGARDO ALBERTO. *Derecho Penal. Parte Especial. Delitos Contra la Integridad Sexual*. Tomo 1. Buenos Aires : Rubinzal – Culzoni Editores, 2008.

DUCE, MAURICIO Y CRISTIÁN RIEGO. *Introducción al nuevo sistema procesal Vol.1*. Universidad Diego portales, 2002.

EDWARDS, CARLOS ENRIQUE. *Garantías en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996.

*El peritaje médico forense de parte en violación sexual*. Disponible en:

<http://drlopez.blogdiario.com/general.phtml?title~=violacion>

FIGARI, RUBÉN. *Delitos de índole sexual*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003.

FONTÁN BALLESTRA, CARLOS. *Derecho Penal. Parte Especial*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

GARCÍA VALENCIA, JESÚS IGNACIO. *Las pruebas en el proceso penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2002.

HENRIQUEZ, SERGIO. *El peritaje en delitos sexuales desde el punto de vista jurídico*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2008.

*Informe social Pericial*. Revista electrónica de trabajo social. Disponible en: <http://serviciosocialipp.bligoo.com/content/view/196664/El-Informe-Social-Pericial.html>.

JAUCHEN, EDUARDO. *Tratado de la prueba en materia Penal*. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.

Ley No. 53, publicada en Registro Oficial Suplemento 350 de 6 de Septiembre del 2006

MACHADO CLAVIJO, ROMEL. *Preocupaciones jurídicas sobre el delito de acoso sexual*. Cuenca: Iuris, Universidad de Cuenca. p. 81.

Disponible en:

[http://books.google.com/books?id=h5TBtRSE9HAC&pg=PA82&lpg=PA82&dq=legitimas+expectativas+acoso+sexual&source=bl&ots=9jyg9K6RDI&sig=seOgMUwH\\_c7ESbFw69gNvzw5hE4&hl=en&ei=tmyrTf\\_oDunZ0QGS96ToCw&sa=X&oi=book\\_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBMQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com/books?id=h5TBtRSE9HAC&pg=PA82&lpg=PA82&dq=legitimas+expectativas+acoso+sexual&source=bl&ots=9jyg9K6RDI&sig=seOgMUwH_c7ESbFw69gNvzw5hE4&hl=en&ei=tmyrTf_oDunZ0QGS96ToCw&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1&ved=0CBMQ6AEwAA#v=onepage&q&f=false)

MAIER, JULIO. *Derecho procesal penal*. Argentina: Editores del Puerto. s.r.l, 2004.

MATEO MEDINA, ROCÍO. *Acoso Sexual y Acoso Moral por razón de sexo: sus consecuencias y medidas para su prevención*. Andalucía: Secretaria de la Mujer de UGT Andalucía.p.4

Disponible en:

[http://webantigua.ugt-andalucia.com/areastematicas/mujertrabajadora/acoso\\_sexual\\_y\\_moral\\_por\\_razon\\_de\\_sexo.pdf](http://webantigua.ugt-andalucia.com/areastematicas/mujertrabajadora/acoso_sexual_y_moral_por_razon_de_sexo.pdf)

MARTÍNEZ PINEDA, ÁNGEL. *Filosofía Jurídica de la Prueba*. México: Editorial Porrúa, 1995.

MARTINEZ VIVOT, JULIO. *Acoso Sexual en las relaciones laborales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1996.

MORAS MON, JORGE. *Manual de Derecho Procesal Penal*. Argentina. Abeledo- Perrot.

NÚÑEZ, RICARDO. *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: Bibliografía Argentino, 1964.

PANDOLFINI, OSCAR. *Delitos contra la integridad sexual*. Buenos Aires: La Roca, 1999.

*Protocolo de entrevista forense del Estado de Michigan*. Grupo de trabajo del gobernador para la justicia del menor y agencia para la independencia de la familia. Mayo, 2003.

Reglamento de la Policía Judicial

Reglamento General para el Funcionamiento y Desarrollo del Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Reglamento Orgánico Funcional del Ministerio Público

RUIZ, MAURICIO. *Peritaje médico legal en delitos sexuales: una pauta práctica para su correcta realización*. Chile: Servicio Médico Legal de Santiago, 2010.

SIMON, FARITH Y LIDIA CASAS. *Evaluación de la reforma procesal penal desde una perspectiva de género*. Centro de Estudios de Justicia en las Américas, 2004.

TENCA, ADRIÁN MARCELO. *Delitos sexuales*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.

TENCA, ADRIÁN MARCELO. *Delito de Acoso Sexual*. Buenos Aires: Ediciones la Roca, 2009.

URRA PORTILLO, JAVIER. *SOS... Víctima de abusos sexuales*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2007.

## ANEXO 1



**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**  
**DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL**  
**SISTEMA NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**

**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

**Informe N° -DML -20**

Fecha del examen:			Hora del examen:			
Día:	Mes:	Año:	H			
Autoridad:						
Lugar del examen:						
DML <input type="checkbox"/>						
Domicilio <input type="checkbox"/>		Dirección:				
Casa de salud: <input type="checkbox"/>	Clínica / Hospital:		Cama Nro:	HC Nro:		
Otros:						

**I. DATOS GENERALES DE LA VICTIMA**

Apellidos y nombres:			Cédula de identidad / pasaporte Nro:			
Fecha de nacimiento:			Lugar de nacimiento:			
Género:		Edad:		Estado civil:		
M <input type="checkbox"/>	F <input type="checkbox"/>			C <input type="checkbox"/>	S <input type="checkbox"/>	V <input type="checkbox"/>
Lugar de residencia y dirección domiciliaria:					Teléfonos:	
Instrucción:					Profesión u oficio:	
Ninguna <input type="checkbox"/>		Primaria <input type="checkbox"/>	Secundaria <input type="checkbox"/>	Superior <input type="checkbox"/>	Técnica <input type="checkbox"/>	
Ocupación:		QQDD <input type="checkbox"/> Estudiante <input type="checkbox"/> Jubilado/a <input type="checkbox"/> Empleado/a público/a <input type="checkbox"/> Empleado/a privado/a <input type="checkbox"/> Desempleado/a <input type="checkbox"/> Trabajador/a independiente <input type="checkbox"/>				

**II. INFORMACION ADICIONAL**

Nombres del acompañante:			CI Nro.:	
Parentesco:		Dirección:		Tif:
Nombres de un familiar:				
Parentesco:		Dirección:		Tif:

**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**  
**DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL**  
**SISTEMA NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**

**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**



**III. ANTECEDENTES GINECO OBSTETRICOS**

Fecha de la última menstruación:		¿Ha tenido relaciones sexuales anteriores? SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	¿Usa algún método anticonceptivo? SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
¿Cuál?			
Embarazos:	Partos:	Abortos:	Cesáreas:
Embarazo actual:	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	Edad gestacional:	Semanas:

**IV. DATOS DEL PRESUNTO AGRESOR**

Nombres del presunto agresor/a:		Relación con la víctima:	
Dirección habitual del presunto/a agresor/a			Tlf: <input type="text"/>
Género:	Edad:	Estado Civil:	
M <input type="checkbox"/> F <input type="checkbox"/>		C <input type="checkbox"/> S <input type="checkbox"/> V <input type="checkbox"/> D <input type="checkbox"/> UL <input type="checkbox"/>	
Descripción física, si es desconocido/a:			

**V. HISTORIA MEDICO LEGAL**

Tipo de violencia:	Lugar de los hechos:
Física <input type="checkbox"/> Psicológica <input type="checkbox"/> Sexual <input type="checkbox"/>	Hogar <input type="checkbox"/> Trabajo <input type="checkbox"/> Vía Pública <input type="checkbox"/> Otros <input type="checkbox"/> Especifique:
¿Qué ocurrió?:	
¿Cuándo ocurrió?	Fecha día:    mes:    año:    Hora:
Penetración:	
Vaginal <input type="checkbox"/> Rectal <input type="checkbox"/> Oral: <input type="checkbox"/>	Manipulaciones: SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Especifique: Uso de objetos: SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Especifique: Sexo oral: activo <input type="checkbox"/> pasivo <input type="checkbox"/>
Prácticas sexuales inusuales:	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/> Especifique:

Se ha cambiado de ropa:	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	Se ha bañado:	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
Hechos semejantes anteriores:	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	Especifique (tipo de hecho y fecha aproximada):	
Recibió tratamiento médico:	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	Lugar de atención médica:	
Tratamiento recibido:			

**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO**  
**DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL**  
**SISTEMA NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**

**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**



Usa algún medicamento	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>	Para qué lo usa:	
Otros datos aportados (patologías, cirugías, deficiencias, etc.):			

**VI. EXAMEN GENERAL**

Consentimiento de la víctima o acompañante para:	Exámenes médicos <input type="checkbox"/> Toma de muestras: <input type="checkbox"/> Toma de fotografías: <input type="checkbox"/>
Nivel de conciencia:	
Estado emocional:	
Estado general:	
Descripción de las ropas:	
Cabeza:	
Cuello:	
Tórax anterior y posterior:	
Mamas:	
Abdomen :	
Regiones lumbares:	
Región glútea:	
Miembros superiores:	
Miembros inferiores:	
Vulva:	
Himen:	
Vagina:	
Escroto:	
Pene:	
Periné:	
Región anal:	

**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO  
DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL  
SISTEMA NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**

**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**



**VII. MUESTRA RECOGIDAS**

<b>FROTIS:</b>	Bucal:	<input type="checkbox"/>	Especifique: _____
	Peniana	<input type="checkbox"/>	Especifique: _____
	Vaginal:	<input type="checkbox"/>	
	Anal:	<input type="checkbox"/>	
	Otros:	<input type="checkbox"/>	Especifique: _____

**VIII. ESTUDIOS SOLICITADOS**

Microscópico en fresco	<input type="checkbox"/>
Coloración (investigación de Espermatozoides)	<input type="checkbox"/>
Citobacteriológico	<input type="checkbox"/>
Histopatológico	<input type="checkbox"/>
ADN	<input type="checkbox"/>
Toxicológico	<input type="checkbox"/>
VIH	<input type="checkbox"/>
Hepatitis B	<input type="checkbox"/>
VDRL	<input type="checkbox"/>
Otros exámenes: (Infecciones de transmisión sexual)	<input type="checkbox"/> Especifique:
Embarazo	<input type="checkbox"/>
Ecografía obstétrica	<input type="checkbox"/>

**IX. EL PERITO INFORMO**

Aborto eugenésico en caso de discapacidad mental.	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
Anticoncepción de emergencia (PAE)	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
Prevención de infecciones de transmisión sexual	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>
Prevención del SIDA	SI <input type="checkbox"/> NO <input type="checkbox"/>

**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**



**X. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

1.- El/La reconocido/a de nombres: ....., es una persona de..... años de edad

Observaciones:

**FOTOGRAFÍAS**

FOTOGRAFÍA No 1

FOTOGRAFÍA No 2

EL PERITO MEDICO LEGISTA  
Código Profesional No  
Acreditación de la Fiscalía General

**DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**



**V. DECLARACION DE VOLUNTAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO  
(Víctima mayor de edad o menor adulta desde los 12 años en adelante)**

Yo, \_\_\_\_\_, por mis propios derechos, en pleno uso de mis capacidades legales, de manera libre y voluntaria, luego de recibir información de las maniobras que implica esta pericia, declaro bajo juramento que autorizo se realice en mi cuerpo el examen ginecológico y –o proctológico de conformidad con la orden emitida por la autoridad competente. Sometiéndome a la legislación vigente que regula este tipo de actividades. Renunciando a cualquier acción judicial que pueda devenir del otorgamiento de este acto y de las consecuencias que de él se deriven.

Para constancia del presente acto, suscribo en presencia del perito médico legal, en la ciudad de \_\_\_\_\_ a, los días del mes de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_

Firma de la víctima:		Firma del perito:	
Cedula de identidad:		Código Profesional:	
Firma o huella digital del (la) examinado (a):			

**V. DECLARACION DE VOLUNTAD Y CONSENTIMIENTO INFORMADO  
(Víctima mayor de edad o impedida de consentir)**

Yo, \_\_\_\_\_, en mi calidad de \_\_\_\_\_, declaro bajo juramento que me hallo autorizado para otorgar el presente consentimiento, por los derechos que represento, de manera libre y voluntaria, en pleno uso de mis capacidades legales, autorizo que en la persona de \_\_\_\_\_ se practique el examen ginecológico y –o proctológico de conformidad con la orden emitida por la autoridad competente. Sometiéndome a la legislación vigente que regula este tipo de actividades. Renunciando a cualquier acción judicial que pueda devenir del otorgamiento de este acto y de las consecuencias que de él se deriven.

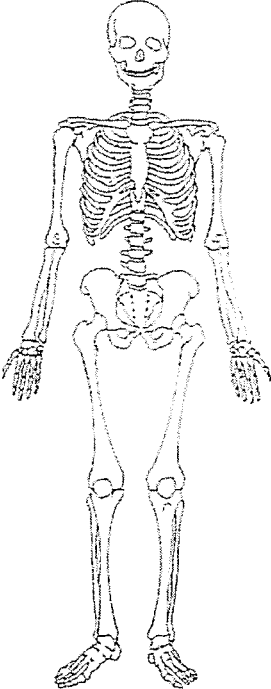
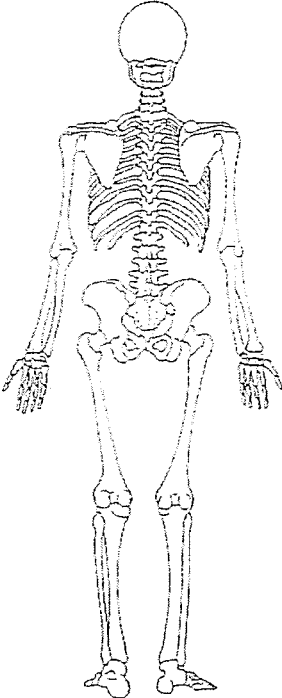
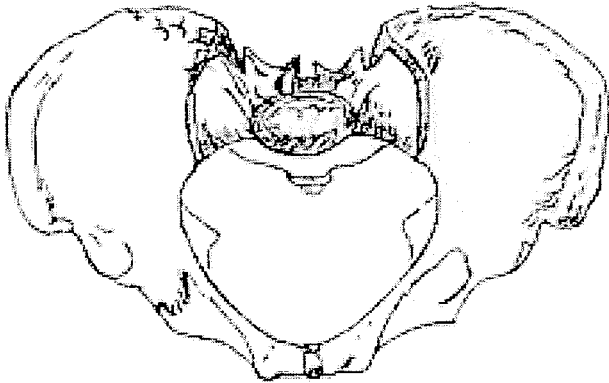
Para constancia del presente acto, suscribo en presencia del perito médico legal, en la ciudad de \_\_\_\_\_ a, los días del mes de \_\_\_\_\_ del año \_\_\_\_\_

Firma del representante:		Firma del perito:	
Cedula de identidad:		Código Profesional:	
Firma o huella digital de quien consiente la pericia:			

ANEXO 2

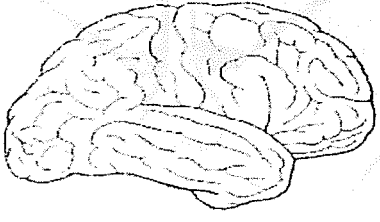
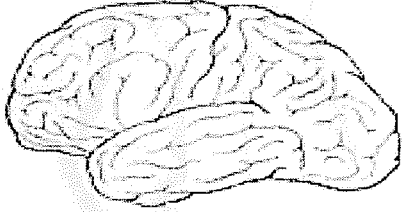
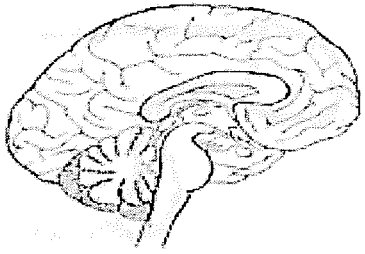
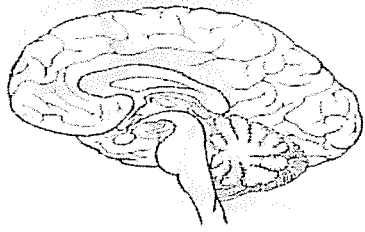
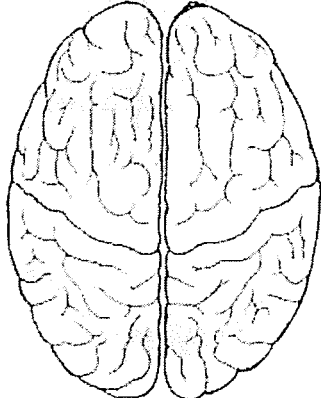
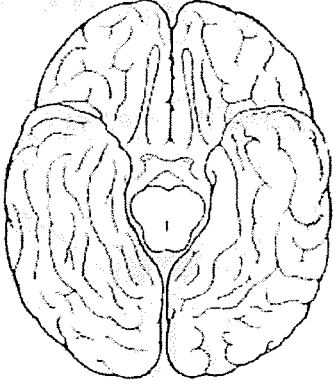


# ESQUELETO COMPLETO

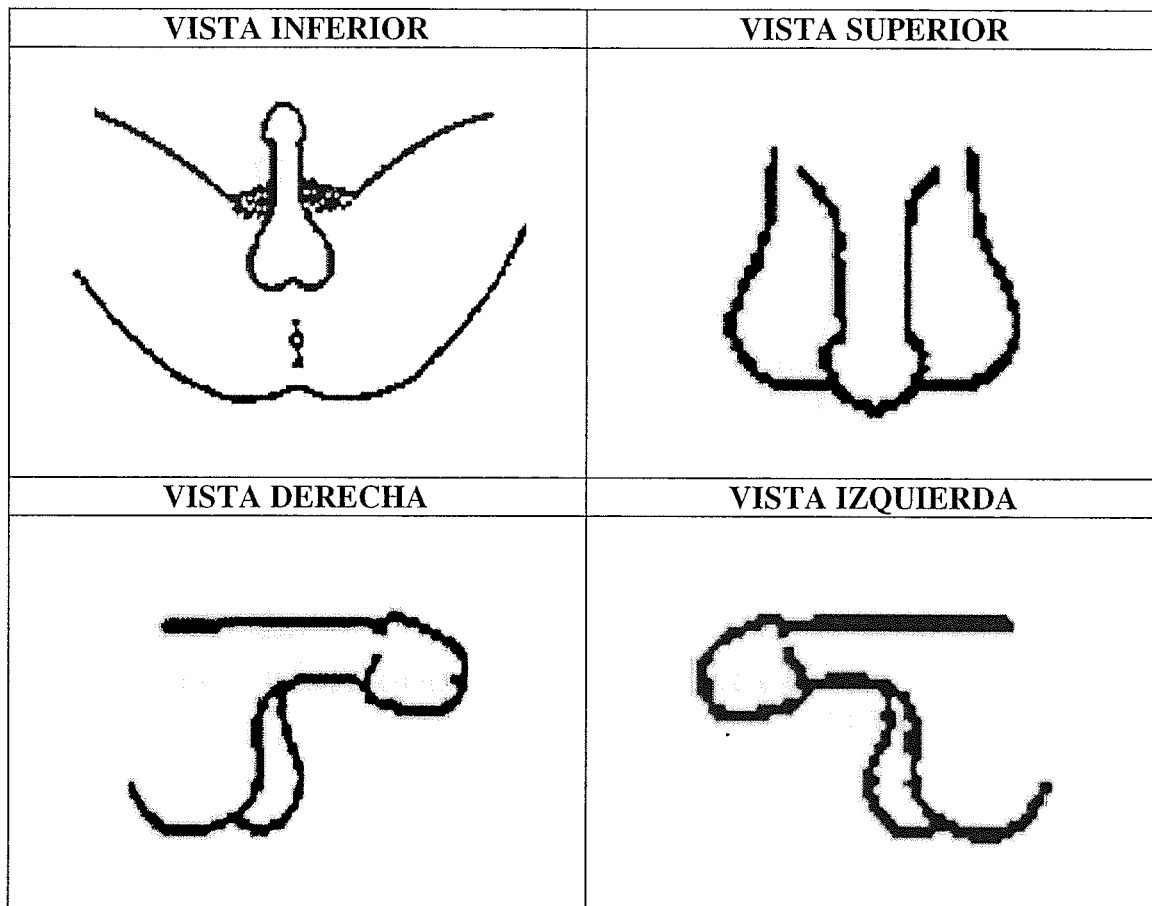
VISTA ANTERIOR	VISTA POSTERIOR
	
<p>PELVIS VISTA ANTERIOR</p>	
	



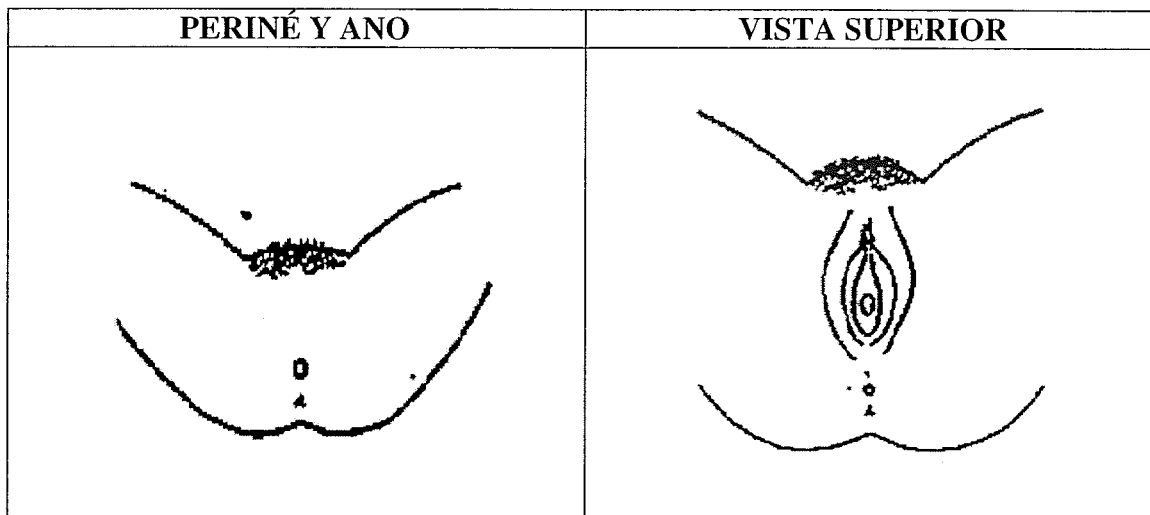
# ENCEFALO

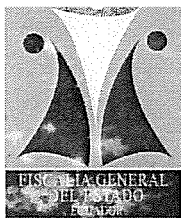
VISTA DERECHA	VISTA IZQUIERDA
	
CORTES SAGITALES	
VISTA DERECHA	VISTA IZQUIERDA
	
VISTA SUPERIOR	VISTA INFERIOR
	

## PENE Y PERINE

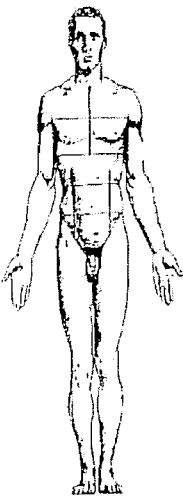
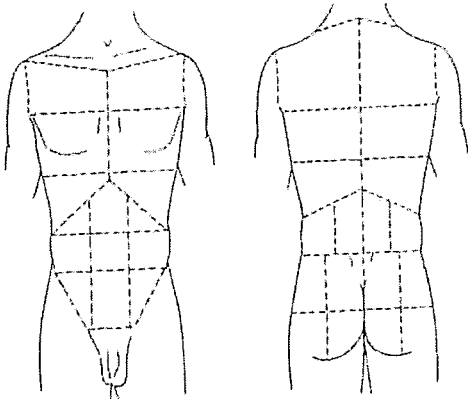
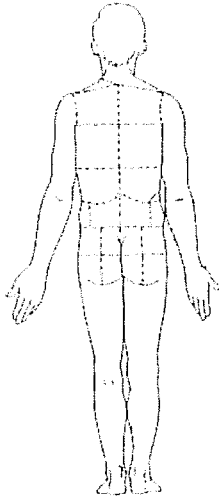
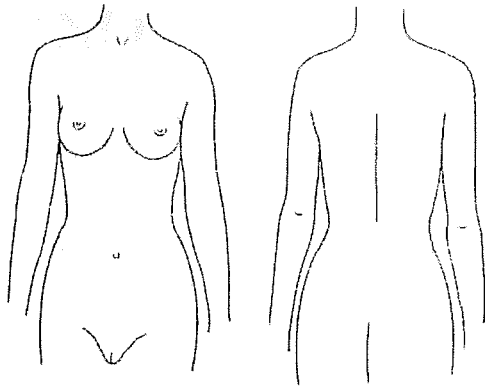


## PERINE Y VAGINA



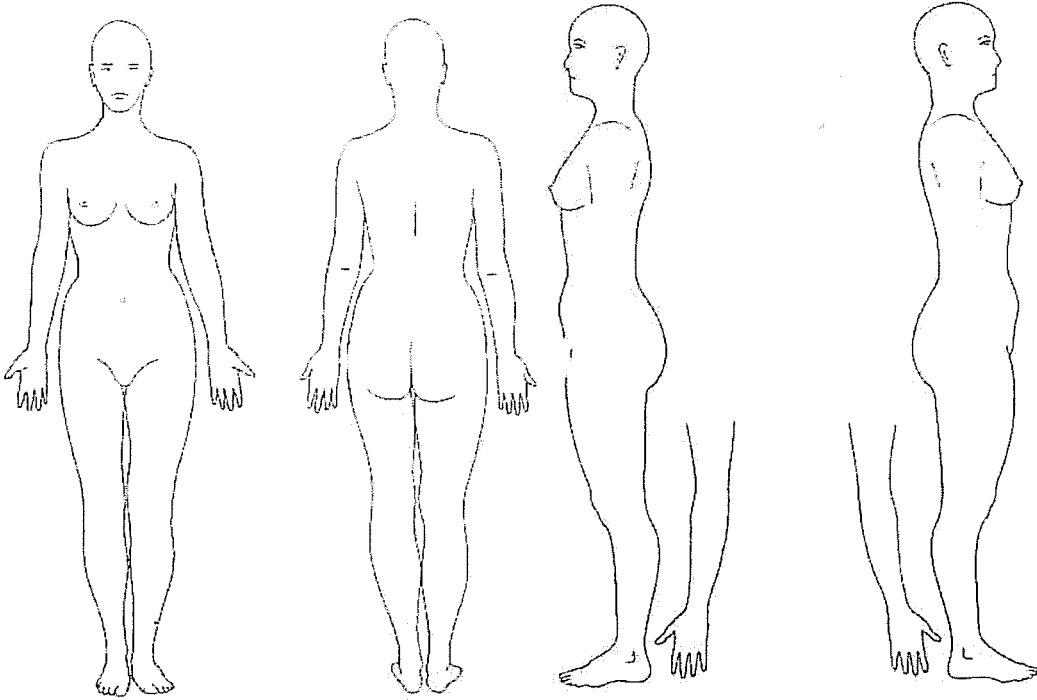


# CUERPO ENTERO

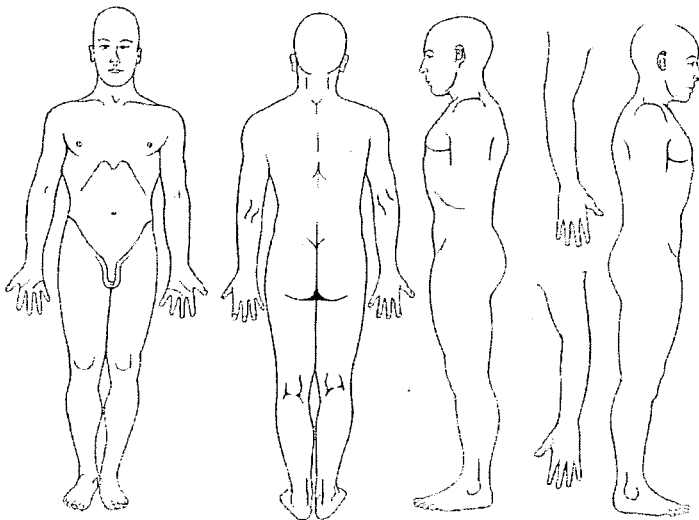
VISTA FRONTAL	VISTA ANTEROPOSTERIOR
	
VISTA POSTERIOR	VISTA ANTEROPOSTERIOR FEMINA
	

# CUERPO ENTERO

## FEMENINO



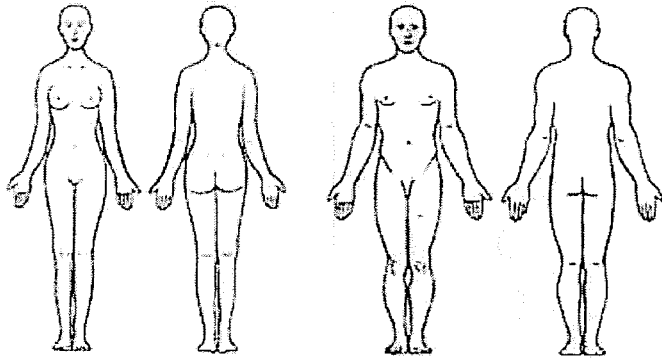
## MASCULINO





# CUERPO ENTERO

FEMENINO Y MASCULINO  
VISTA ANTERO POSTERIOR

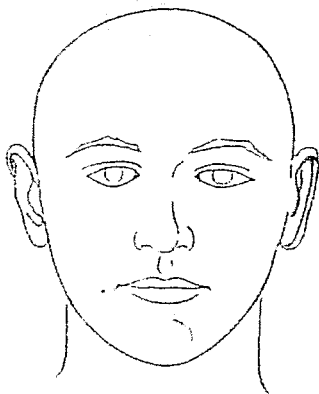


## CÓDIGO DE COLORES

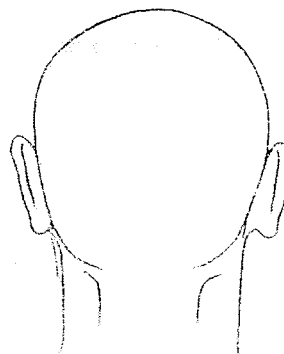
Equimosis, hematoma	Azul	Heridas contuso – cortante	Verde
Excoriaciones	Rojo	Heridas cortantes	Tomate
Fracturas	Negro	Heridas punzo cortantes	Celeste
Fracturas expuestas	Café	Quemaduras	Rosado
Heridas contusas	Morado	Otras	Amarillo

# CABEZA

CARA

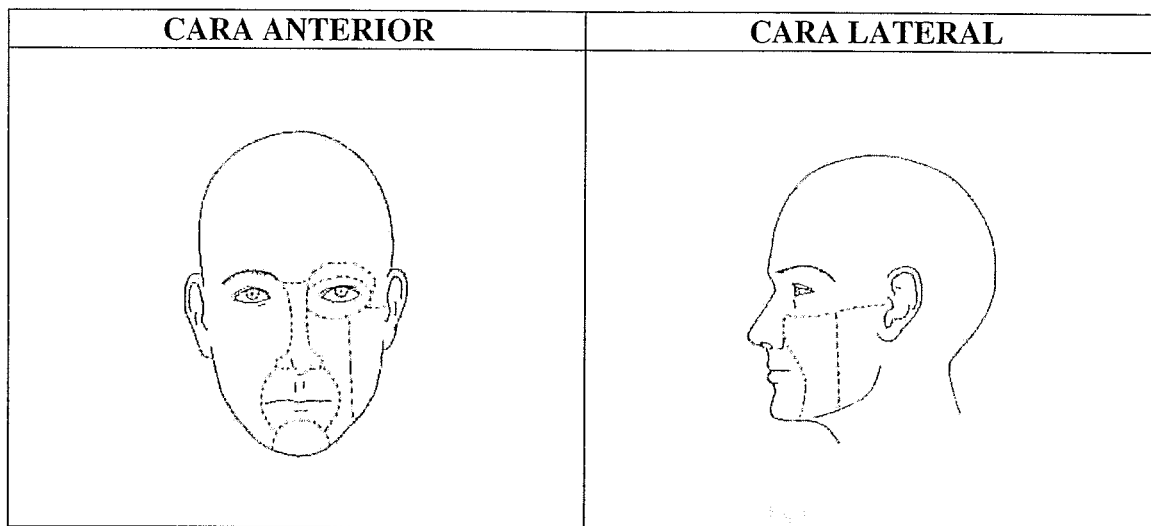


CUERO CABELLUDO

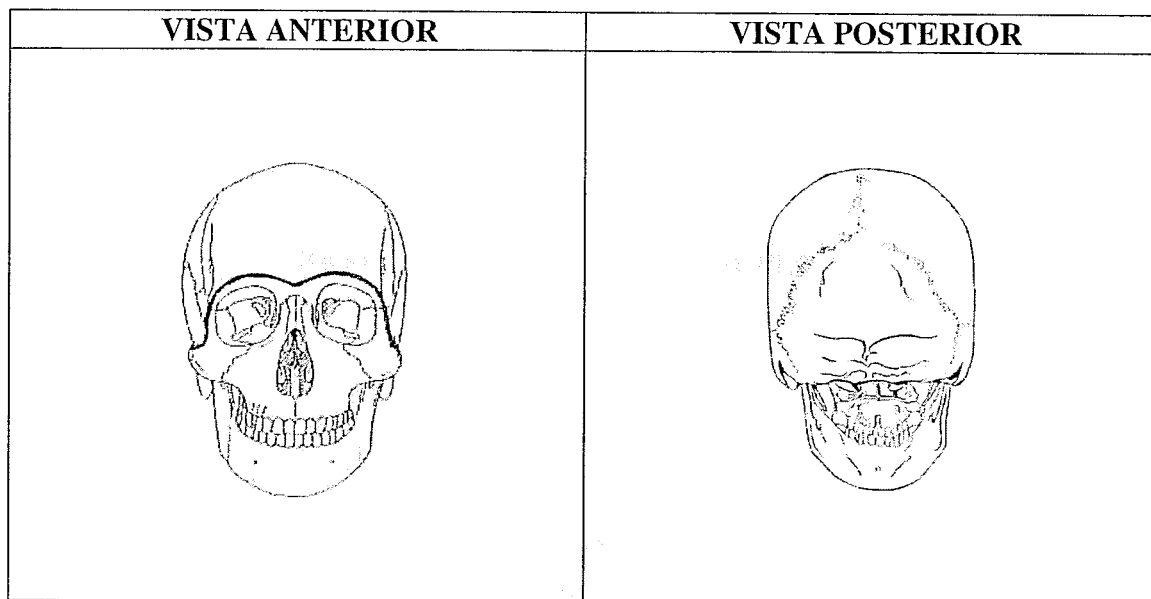




## CARA

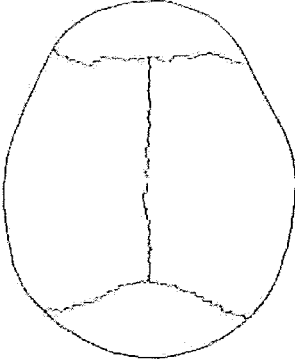
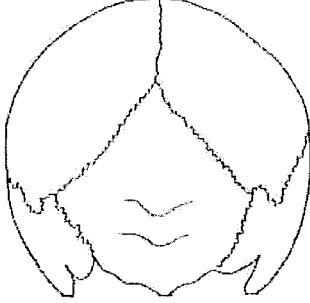
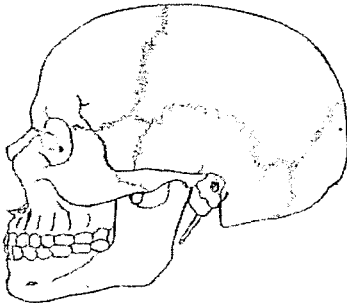
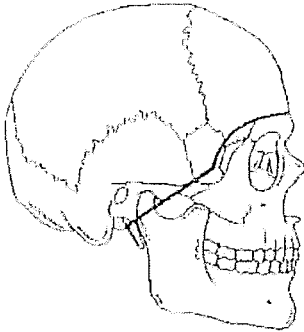
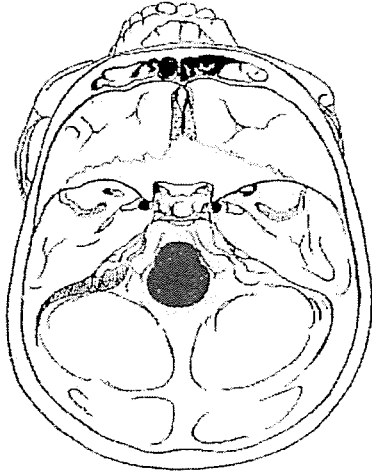


## CRÁNEO





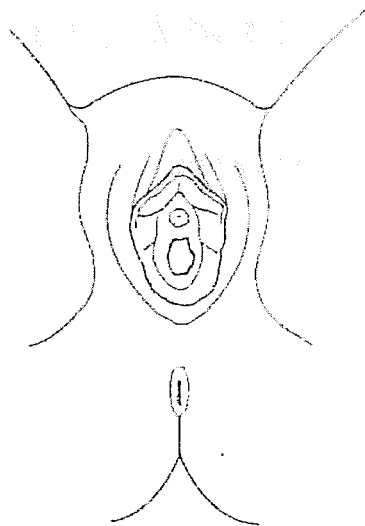
# CRÁNEO

VISTA SUPERIOR	VISTA POSTERIOR
	
VISTA IZQUIERDA	VISTA DERECHA
	
BASE DEL CRÁNEO VISTA SUPERIOR	
	



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO  
DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL  
SISTEMA NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES

VAGINA



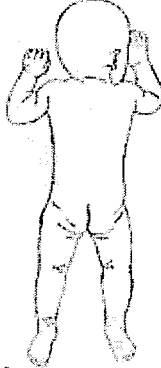






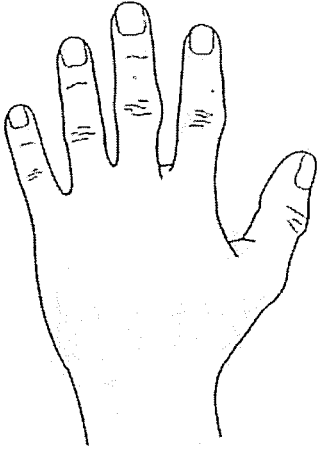
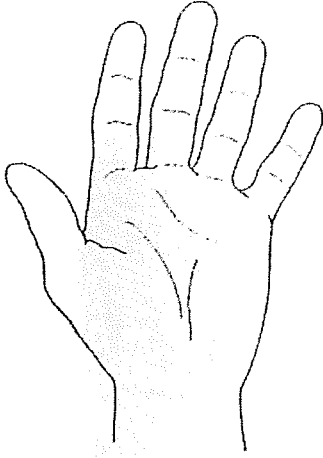
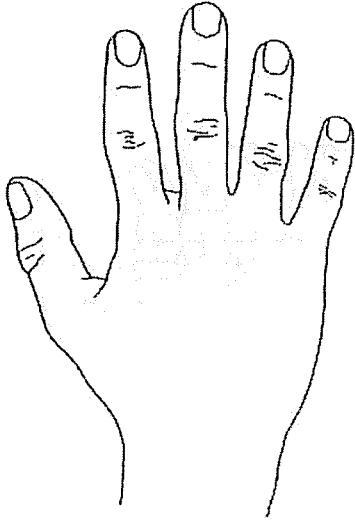
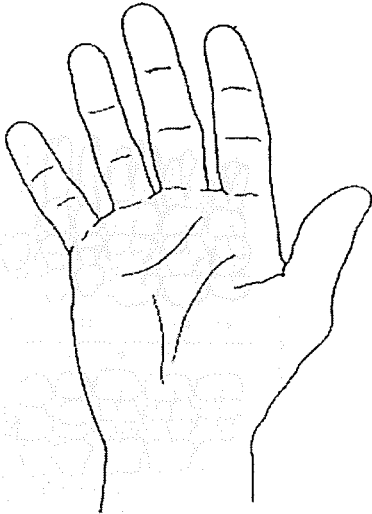
# CUERPO ENTERO

## INFANTES

VISTA FRONTAL	
	
VISTA LATERAL	VISTA POSTERIOR
	

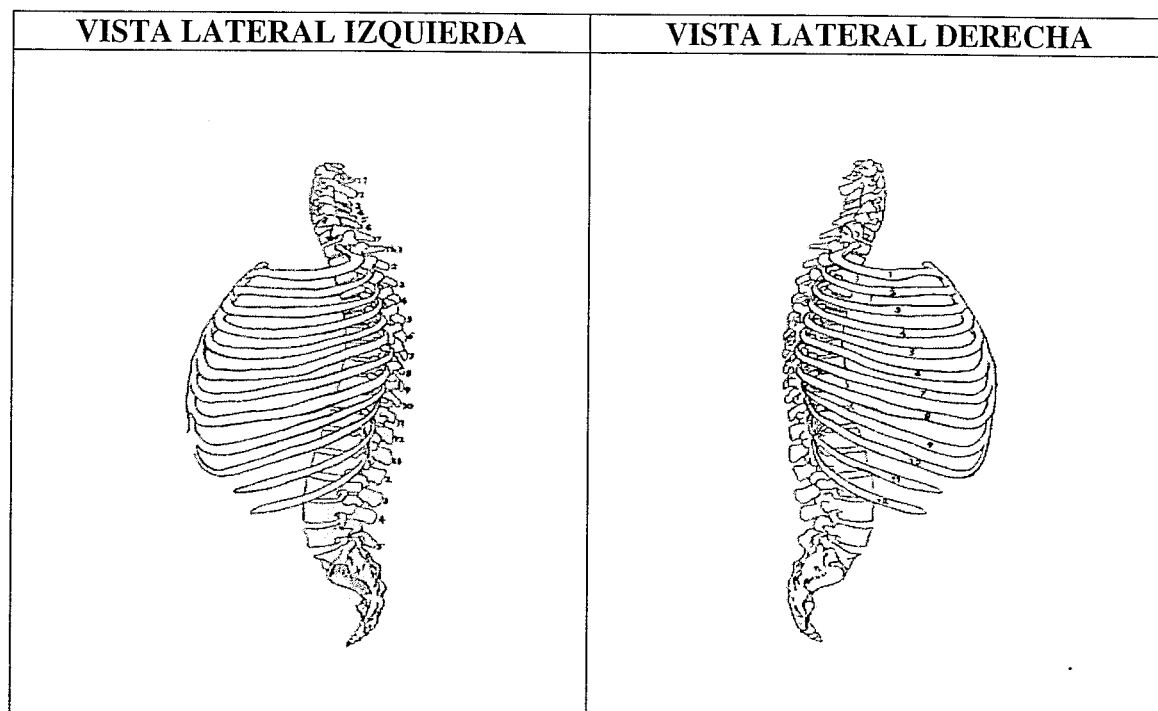


# MANOS

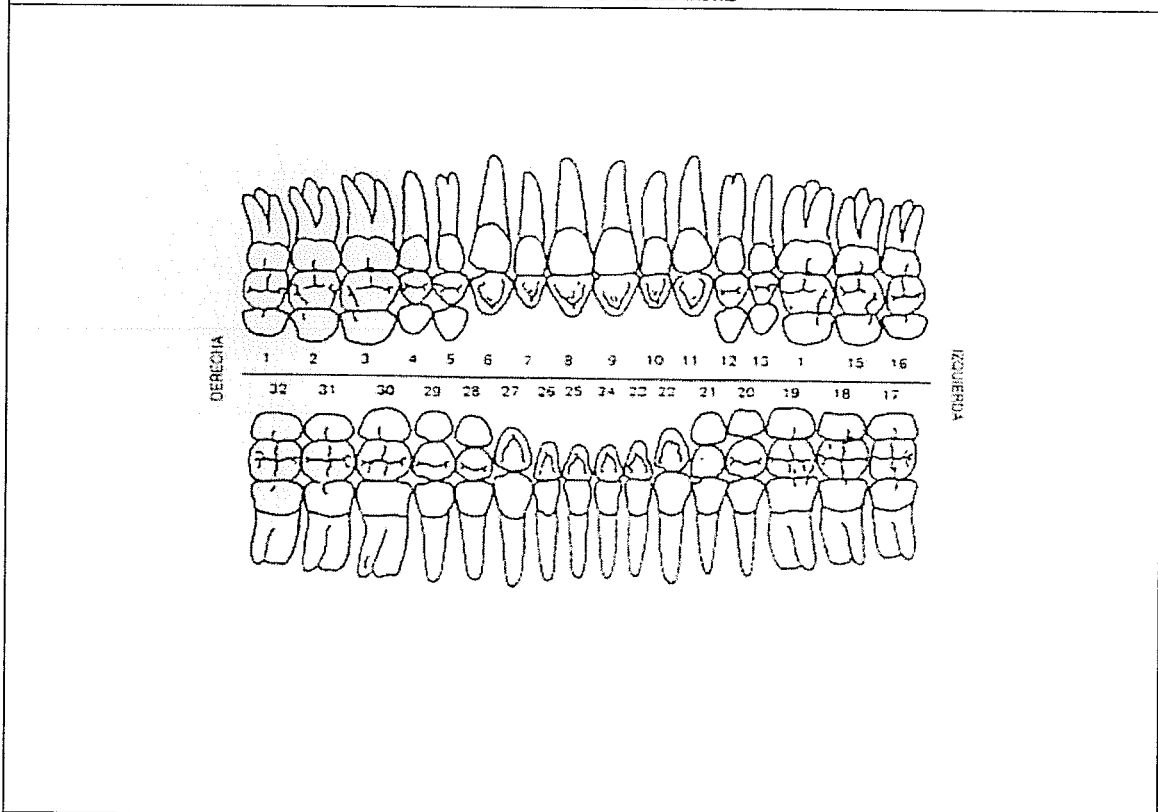
MANO IZQUIERDA	
VISTA DORSAL	VISTA PALMAR
	
MANO DERECHA	
	



# COLUMNA VERTEBRAL Y PARRILLA COSTAL



## PIEZAS DENTARIAS





# PIES

## VISTA PLANTAR



AN  
REALI  
Ecuador



**FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO  
DIRECCIÓN NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL  
SISTEMA NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**

## **DIRECCION DE POLITICA CRIMINAL**

### **SISTEMA NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES**

#### **ANEXO DE GRÁFICOS PARA LA REALIZACIÓN DE EXPERTICIAS MEDICO LEGALES**

**2009**