

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

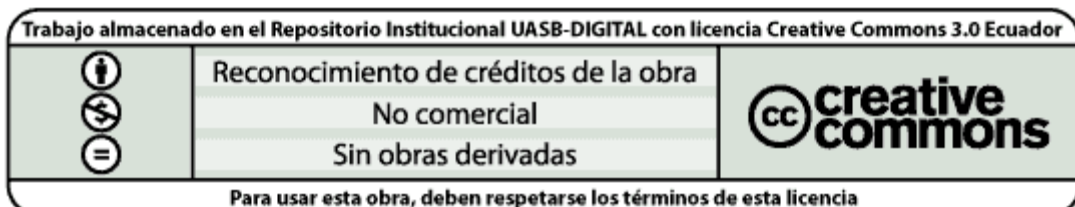
Programa de Maestría en Derecho Procesal

Transformaciones del tipo penal de violación y de los sujetos de la relación procesal en el Ecuador 2005-2015

Autor: Julio César Vasco Yépez

Tutora: Patlova Guerra Guerra

Quito, 2016



Cláusula de Cesión de Derecho de Publicación de Tesis

Yo, Julio César Vasco Yépez, autor de la tesis intitulada “Transformaciones del Tipo Penal de Violación y de los Sujetos de la Relación Procesal en el Ecuador 2005-2015” mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho Procesal, de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en Internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación por parte de terceros respecto a derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en su formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: 2016-02-17

Firma:

Resumen o Abstract

El delito de violación ha sufrido varias transformaciones, en cuanto a la concepción de los elementos del tipo penal así como de los sujetos de la relación procesal, pues se ha dividido su configuración en dos momentos, el primero cuando el sujeto activo de la infracción solamente puede ser el hombre; y, el segundo cuando el sujeto activo puede ser indistintamente un hombre o una mujer, determinándose además la flexibilidad de los medios probatorios, tomando mucha importancia el testimonio de la víctima.

Como objetivos están conocer el papel que desempeñan los sujetos de la relación procesal en este delito, tomando en consideración la tipificación actual y, los cambios que ha sufrido este tipo penal desde el 2005 año hasta la presente fecha, además de cuáles son los medios probatorios que deben ser utilizados por los sujetos procesales.

Tomando como base la investigación que se efectuará, debe aplicarse el método analítico, a fin de descomponer el concepto general en varios elementos que nos permita revisar cada uno de ellos por separado y así comprender las reformas que se han dado a este delito.

Se debe partir de una premisa general, tomando como base la libertad sexual, que constituye el bien jurídico protegido, para llegar a lo particular, es decir, analizar las circunstancias constitutivas de la infracción y las modificatorias de la misma, aceptando datos generales como verdaderos, utilizando el método deductivo.

Es importante analizar todos los conceptos que se han dado, para ello debe aplicarse la Hermenéutica jurídica, porque las concepciones filosófico- doctrinarias, permiten una mayor comprensión del análisis de los partícipes del tipo penal.

Es evidente que el sujeto activo de la infracción puede ser indistintamente el hombre o la mujer, pero con una estructuración adecuada del tipo penal, por lo que se debe realizar una reforma al Código Orgánico Integral Penal, puesto que la vulneración del consentimiento de la víctima se la puede dar en la unión carnal.

Palabras clave: miembro viril, introducción, unión carnal, testimonio, víctima, ofendido.

Dedicatoria

A mis padres que desde el cielo protegen e iluminan mi vida,
a mi esposa, el amor de mi vida,
a mis hijos, la razón de mi existencia,
a mis hermanos y sobrinos,
de manera especial a mi sobrina mayor que es como mi hija;
y, a mi familia política. Gracias a todos.

Tabla de contenido

Introducción	
Capítulo primero.....	12
Violencia sexual	12
1.1. Historia de la violencia sexual.....	12
1.2. Acercamientos sociológicos y jurídicos de la violencia sexual.....	16
Capítulo segundo	23
Delito de violación	23
2. El delito de violación: los elementos constitutivos del tipo	23
2.1. Clasificación de los delitos que atentan contra la libertad sexual	32
2.1.1 Por el momento de su descubrimiento:	33
2.1.2 Por la estructura del acto	36
2.1.3 Por la forma en que se produce el resultado.....	37
2.1.4 Por la duración del momento consumativo	37
2.1.5 Por sus efectos	37
2.2. Definición del delito de violación	39
2.3. Elementos constitutivos de la Violación	43
2.3.1. Acceso carnal.....	45
2.3.2. Consentimiento.....	46
2.3.3. Violencia.....	51
Capítulo tercero	59
Sujetos de la relación procesal	59
3.1. La Persona Procesada	61
3.2 La víctima.....	66
3.3. La Fiscalía	76
3.4. La defensa.....	80

Capítulo Cuarto	83
Medios probatorios y la flexibilidad en su valoración	83
Principio de necesidad	85
Principio de inmediación:	86
Principio de legalidad:	86
Principio de la unidad de la prueba	88
Principio de comunidad de la prueba	88
Principio de contradicción	88
Principio de pertinencia	89
Conclusiones.....	93

Tabla de cuadros

1. TIPOS DE VIOLENCIA	54
2. SUJETOS PROCESALES	61
3. LA VÍCTIMA.....	75
4. FISCALÍA	79
5. LA DEFENSA.....	82

Introducción

En el sistema penal ecuatoriano los llamados delitos sexuales, han sufrido un giro en los últimos diez años, esto se debe a los constantes cambios sociales, que se han dado en la realidad que vivimos. Uno de estos delitos, es el de violación, que ha sido concebido como un atentado contra el pudor, al honor y de manera reciente también un atentado contra la libertad sexual, sin que interese que el sujeto pasivo sea hombre o mujer.

Varias definiciones del delito de violación solamente conllevan a la relación que se puede mantener entre dos personas, pero tomando como base el acceso carnal, que es el elemento material de esta infracción, este concepto ha variado notablemente en la legislación penal ecuatoriana, toda vez que en la actualidad este tipo de delito está siendo considerado inclusive con la utilización de objetos distintos al miembro viril.

Si se toma en consideración que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, es decir, esa capacidad que dispone cada ser humano de escoger con quien mantiene relaciones, habría que preguntarse ¿cómo nuestra sociedad califica esta libertad y esta capacidad de discernir? la respuesta no constituye algo fácil de describir, en virtud de que la cosmovisión que maneja el ecuatoriano difiere mucho de otras culturas.

Basta considerar la manifestación del patriarcado que impone un mecanismo de control el femenino que se maneja en el ordenamiento social de nuestro país, para eso trasladarlo al ámbito del derecho penal y específicamente a los delitos sexuales, toda vez que existe una concepción “machista” y que se maneja desde un punto de vista “físico”, ya que el hombre corrupto, es aquel que ha atentado contra el patrimonio de alguien, o ha obtenido su fortuna de manera fraudulenta, en definitiva se califica su moralidad, “ desde la cintura para arriba”; en cambio, a una mujer se le considera como corrupta, no por el manejo de sus finanzas, ni tampoco por sus actuaciones públicas, sino por su comportamiento sexual, es decir se califica su moralidad, “ desde la cintura para abajo”.

Por ello es importante determinar cuáles son los actos procesales que se deben llevar a cabo para establecer la intervención de los sujetos partícipes de la infracción, y además que se respeten sus garantías constitucionales, a fin de evitar la impunidad del hecho o una sanción injusta.

Cabe resaltar que uno de los aspectos más importantes, tal como se ha señalado anteriormente, es la estructura jurídica de los delitos sexuales, la falta de estudio provoca que el ordenamiento jurídico sea regulado de acuerdo a su conveniencia, sin analizar sociológica y jurídicamente el tipo penal descrito, por lo tanto debe producirse un estudio completo de la problemática social y adecuar las conductas en la legislación vigente.

La separación entre el derecho y la moral no puede manifestarse de manera absoluta, porque equivaldría a establecer una diferencia entre el pecado y el delito. Las sociedades en general adecuan sus legislaciones de acuerdo a las costumbres que las rigen, este concepto no es ajeno a la configuración del delito de violación, ya que en legislaciones como la nuestra se ha redactado el concepto de violación desde un punto de vista machista, estableciendo un plan de desigualdad entre el hombre y la mujer.

Esta desigualdad se ha venido arrastrando desde hace muchos siglos y, pese a los logros que se han ido obteniendo por parte de las luchas de los movimientos feministas, hasta la actualidad se mantienen estos tratos desiguales, basta citar como ejemplo el caso que se manejó en el antiguo Tribunal Constitucional del Ecuador por el cual una oficial de policía presentó una acción de inconstitucionalidad en virtud de que había sido dada de baja porque había estado embarazada de un hombre casado, perdiendo inclusive el bebé. La sentencia en este caso fue admitir la acción planteada, bajo el análisis de que la resolución emitida por la Policía Nacional, a través de su más alto organismo, pues constituía un acto evidentemente discriminatorio ya que, de acuerdo a las estadísticas que fueron presentadas en aquel momento se demostraba que había más de un centenar de policías de estado civil casado, y que tenían en su contra demandas de alimentos producto de sus relaciones extramaritales, sin que ninguno de ellos haya sido objeto de sanción, demostrándose de esta manera un trato desigual hacia la mujer ante similares situaciones.

Actualmente existe un problema difícil de resolver pues a pesar de que el tipo penal de violación ha sido reformado, en cuanto se refiere a quienes pueden ser sujeto activo de esta infracción, el pensamiento de los operadores de justicia y de la sociedad en general se mantiene como en épocas antiguas. Por otro lado, los medios probatorios se reducen a las pruebas materiales, documentales y testimoniales, sobre la base de que

la violación es un delito de resultados materiales, sin que se permita practicar otro tipo de pruebas que ayuden a establecer la comisión o no de una infracción.

No basta con el endurecimiento de las penas, para pretender disminuir o eliminar las conductas típicas, el problema va más allá, desde la formación de la niñez, y esto se ve reflejado no solo en las actividades deportivas, económicas, sociales, etc..., sino también en su desarrollo cultural, lo que queda plasmado en las leyes que regulan el convivir diario, pero se debe aclarar que esta concepción no es de tipo social, sino por el contrario estructural, debido a que el sistema socio-jurídico del Ecuador, es el que impide un desarrollo global de sus componentes. El afán no es enfrentar este inconveniente, sino por el contrario, fomentar un pleno conocimiento de cómo debería prevenirse, sancionarse o a su vez rehabilitarse a quienes participan en el delito de violación, sea como agresor o víctima.

Ahora bien, al tomar como punto de partida que en nuestra legislación se contempla los denominados delitos que atentan contra la integridad sexual, lo cual motiva que este estudio debe centrarse en el tema de la libertad sexual, como bien jurídico protegido; de la violación, como tipo penal; y, de los sujetos activos y pasivos como partícipes de la infracción. Generalmente este tipo de infracciones se producen sin la presencia de testigos, por ello la prueba debe actuarse en legal y debida forma, y sobre todo debe haber flexibilidad en la misma, respetando todos los preceptos procesales que se deben evacuar para estos casos, para apreciar mejor los hechos.

Es por ello que el presente estudio se dividirá en cuatro capítulos, el primero de los cuales permitirá conocer como se ha desarrollado la historia de la violencia sexual y cuales son las consideraciones sociológicas y jurídicas que han permitido el desarrollo de las normas que sancionan las infracciones que atentan contra la libertad sexual.

En el segundo y tercer capítulo, se determinará cuáles son los elementos constitutivos de la infracción, determinando que clase de delitos atentan contra la libertad sexual, además se tratará de definir correctamente este tipo penal, puesto que siendo la libertad sexual el bien jurídico protegido, cualquier persona puede ser sujeto pasivo y activo de la infracción, partiendo del hecho que se debe determinar si el consentimiento ha sido o no vulnerado.

En el capítulo cuarto se entrará a analizar los medios probatorios técnicos y científicos que permitan realizar una reconstrucción histórica de los hechos, tomando

como elemento fundamental el testimonio de la víctima puesto que esta clase de infracciones tienen como denominador común la clandestinidad y por ende no puede existir una prueba legal o tasada sino una prueba indiciaria.

Al desarrollar las conclusiones, luego de todo el estudio efectuado se podrá establecer que, de acuerdo a la definición constante en el actual art. 171 del COIP, existen dos circunstancias diferentes del tipo penal objeto de estudio, puesto que en la primera parte de la referida norma legal se establece que el sujeto activo de la violación es únicamente el hombre; y, en la segunda parte de esta norma, se determina que el sujeto activo de la infracción puede ser indistintamente un hombre o una mujer.

Es importante destacar que se realizarán entrevistas a jueces, fiscales y abogados, a fin de conocer cuál es su criterio en relación al sujeto activo de la infracción, primordialmente para que establezcan si una mujer puede haber sido o no objeto de una sanción por considerarle autora del delito objeto de esta investigación, puesto que en forma paradójica se encuentra que, a pesar de que dentro de la definición del tipo penal violación podrían ser condenados tanto hombres como mujeres, sin embargo no existe un solo caso en el Ecuador en que una mujer haya sido condenada por violar a un hombre.

Capítulo primero

Violencia sexual

1.1. Historia de la violencia sexual

Desde el momento mismo del apareamiento del ser humano en el planeta, se encuentra que, por su propia naturaleza el instinto sexual ha venido siendo modificado como parte de la evolución. Esto se ha producido en virtud de que, inicialmente se establecía que la conjunción carnal era instintiva, sin que los sentimientos formen una parte relevante de las relaciones interpersonales.

En un comienzo el ser humano no consideraba a una relación sexual como un acto por el cual dos personas de sexo diferente podían compaginar y mantener un vínculo personal y sexual basado en el consentimiento que cada uno de ellos podría brindar, es más, la libertad sexual no aparecía como un bien que pueda ser objeto de protección, puesto que ésta se la practicaba sin considerar la esfera del consentimiento. No se consideraba que la concepción era producto de la unión del óvulo con el espermatozoide sino que se producía como resultado del querer de los Dioses o por la intervención de fuerzas sobrenaturales.

El comportamiento sexual se ha ido condicionando a las exigencias de la vida social, es más, la evolución sexual del hombre siempre ha presupuestado su vida social. Así ha sucedido tanto el hombre como la mujer son el resultado del desarrollo histórico que, se concreta en la capacidad que tiene el ser humano para poder desprenderse de su medio geográfico así como también de unirse en diferentes formas de asociación, que le otorgan la facultad de proveerse de medios que permitan su subsistencia.

Todos los cambios evolutivos dentro de la esfera sexual operaron en el ámbito que limitan el sistema de perfeccionamiento y de fijación de la pareja, hasta desembocar en la formación de la familia monogámica, que no aparece por mero accidente, sino que se sustenta en profundas razones biológicas, ya que la aptitud de enamorarse, de unirse sexualmente con un solo compañero de sexo opuesto y formar el vínculo conyugal más o menos permanente, se encuentra dentro de estos cambios evolutivos de la esfera

sexual, según lo indica Luis Abarca Galeas, en su obra *Los Delitos Sexuales en el Código Penal y Jurisprudencia en el Ecuador*.¹

Uno de los aspectos fundamentales para que el hombre se diferencie de los animales, es su proceso evolutivo, es el trabajo, conforme lo señala Federico Engels.

El trabajo es la fuente de toda riqueza, afirman los especialistas en Economía Política. Lo es, en efecto, a la par que la naturaleza proveedora de los materiales que el convierte en riqueza. Pero el trabajo es muchísimo más que eso. Es la condición básica y fundamental de toda la vida humana. Y lo es a tal grado, que hasta cierto punto, debemos decir que el trabajo ha creado el propio hombre².

Con el apareamiento del trabajo, el hombre va modificando sus intereses, puesto que no solamente se preocupa de mantener relaciones sino que su búsqueda radica en prolongar las riquezas obtenidas, para lo cual necesita establecer una unión con una sola persona y así identificar plenamente a los herederos de sus tierras.

La mujer ha sido objeto de agresión, discriminación y sumisión, tomando de inicio básicamente la estructura corporal de la misma. Este hecho se ha mantenido a lo largo de los siglos, inclusive hasta la actualidad, puesto que inicialmente se consideraba que la mujer había sido creada por el ser Supremo únicamente para la prolongación de la humanidad, sin que tenga derecho a goce alguno, peor a una decisión acerca de su propio cuerpo, lo cual toma un giro diferente con el apareamiento de los movimientos feministas que le dan un nuevo carácter al rol de la mujer dentro de la sociedad. Temas como la fidelidad, la concepción, el aborto, el matrimonio, la unión libre, la familia, etc., dejan de ser un Tabú para entrar a la discusión a nivel mundial, obviamente respetando las culturas de cada nación y la concepción religiosa de cada país, basta señalar que en muchas naciones especialmente islámicas, el adulterio cometido por una mujer conlleva a la sanción de pena de muerte, mientras que en otras latitudes del mundo como la nuestra el adulterio es una causal de divorcio, tal como lo indica la *Ley Reformatoria del Código Civil*³ en el Ecuador.

No se puede dejar de lado muchos logros que ha obtenido la mujer en relación con el principio de igualdad, tal como lo manifiesta Luis López Guerra, en *Género y*

¹ Luis Abarca Galeas, *Los Delitos Sexuales en el Código Penal y Jurisprudencia en el Ecuador* (Quito: Edicentro, 1994), 19-20

² Federico Engels, *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre* (Bogotá: Cupido, 2001), 3

³ Ecuador, Ley Reformatoria al Código Civil, en *Registro Oficial, Segundo Suplemento*, No. 526 (19 de junio de 2015), art. 11.

*Derecho Constitucional*⁴, esta evolución ha determinado cambios de trato, respecto al sexo femenino, puesto que en los inicios del constitucionalismo y durante los siglos XIX y XX, la diferencia de sexo incluía causas aceptadas universalmente como el derecho al voto, la dirección de la comunidad, el acceso a cargos, etc., esta realidad, tal como lo hemos dicho, se ha ido modificando hasta el punto de tratar de llegar a obtener una igualdad formal y material.

Al analizar la influencia que ha ejercido la religión en el marco de las relaciones personales, podemos indicar que ha jugado un papel preponderante, puesto que las sociedades se rigen por convicciones morales pero por sobre todo por creencias religiosas.

Adrián Marcelo Tenca⁵, sostiene que la trilogía sexo, moral y religión, ha marcado el desarrollo de la codificaciones actuales en las legislaciones del mundo, en virtud de que entre pecado y delito, no ha existido una separación, puesto que una conducta moral puede estar o no enmarcada en una conducta penal, pero toda conducta penal debe estar enmarcado en el tema moral.

⁴ Luis López Guerra, “Constitución y Género”. En Fernando Flores Giménez, coord., *Género y Derecho Constitucional*, 18. Quito: Corporación Editora Nacional, 2003

⁵ Moral y derecho. El peligro de su confusión.- La distinción entre moral y derecho, entre delito y pecado, entre lo ético y lo prohibido le costó al hombre siglos de oscuridad, en los cuales la noción de daño social como presupuesto de la punibilidad no estuvo presente.

La Edad Moderna importó en la práctica, mediante el movimiento conocido como la Ilustración, la difusión de ideas renovadoras que comenzaron a deslindar, primero tímidamente y luego con inusitada fuerza, los antagonismos mencionados.

Así, MONTESQUIEU, VOLTAIRE, ROUSSEAU y, principalmente, BECCARIA sentaron presupuestos que a la postre importarían la concepción de una nueva sociedad, al dar origen a lo que en el terreno del derecho penal se conoce en la actualidad como “derecho penal liberal”.

No obstante hubo un bien jurídico que siguió (y sigue) generando particularidades dificultades: aquel que tiene sexo como protagonista.

En este sentido, el derecho penal ha confundido a menudo el fin ético –social (según el análisis que desarrollaremos) como un claro fin moralizante, y semejante dislate ha operado no solo a nivel legislativo sino también doctrinal.

Muchos códigos, proyectos son una muestra cabal de ello, como se ejemplifica a continuación.

El Código de 1921 los denominaba “delitos contra la honestidad”; el proyecto Peco, “Delitos contra las buenas costumbres”; el proyecto Soler, “delitos contra el pudor y la moralidad sexual”; MAGGIORE los llamaba “delitos contra la moralidad pública y las buenas costumbres”, y CARRARA, “Delitos con que se ofenden el pudor individual”.

La confusión reinante quizás haya sido involuntariamente resumida por MAGGIORE, al definir el concepto de buenas costumbres como aquella parte de la moralidad pública que se refiere a las relaciones sexuales. La costumbre se distingue de la moralidad, en cuanto se refiere más a la actividad externa que a la intimidad del querer y del sentir. Así, el autor italiano concluía en que las buenas costumbres son el uso recto de las relaciones carnales, opuesto a toda práctica viciosa (mala costumbre, desvergüenza). Adrián Marcelo Tenca, *Delitos Sexuales Abuso sexual. Corrupción y prostitución Rufianería. Publicaciones y exhibiciones obscenas. Trata de personas. Rapto. Avenimiento.*, (Buenos Aires: Astrea, 2009), 5

Esto evidencia que no todos los actos que pueden ser considerados como pecaminosos deben ser típicos, antijurídicos y culpables, como por ejemplo dar un beso en la boca a una persona que no mantiene una relación socialmente aceptada, puede ser considerado como contrario a la moral y atentatorio a la religión, provocando inclusive que esta actitud condene a quienes la realizan, a los avernos del infierno, pero la misma no comporta ningún acto que se encuentre previamente establecido en la ley como infracción, por lo que no se lo puede considerar como una conducta penalmente relevante que establezca un juicio de reproche.

Una conducta tiene que afectar algún bien jurídicamente protegido, tal como la libertad, la vida, el ambiente, la seguridad pública, etc., en el presente estudio interesa la libertad sexual, entendiéndose ésta como aquella capacidad que tiene una persona para escoger libremente con quien mantiene relaciones sexuales en forma voluntaria.

Todo el proceso que sigue a una conducta típica, se conoce como *iter criminis*, [camino del delito], en virtud de que el hecho delictivo es un fenómeno complejo, que atraviesa, en muchos casos, una fase de ideación, preparación y ejecución. Es así que retomando el tema de la moral puede decirse que, para considerar un acto pecaminoso como delictivo, éste tiene que formar parte del ordenamiento penal de un Estado y, debe tener la característica que debe estar tipificado como infracción, basado en el principio de *nullum crime nullum pena sine lege* [No hay delito ni pena sin Ley].

De allí que si el comportamiento sexual es típico, como el caso de una violación, un abuso sexual, un estupro, etc., es evidente que trasgrede el orden sexual permanentemente protegido y en consecuencia entran en vigencia los mecanismos de defensa social de carácter penal, tendientes a aplicar al infractor medidas coercitivas y reeducativas para lograr su rehabilitación social e impedir que vuelva a delinquir.

Al respecto, Edgar Alberto Donna, en *Derecho Penal*⁶, afirma que:

La integridad sexual no es otra cosa que la libertad sexual de la persona mayor de 18 años, y el libre desarrollo sexual de los menores de esa edad, teniendo en cuenta que nadie puede introducirse en la esfera sexual ajena, sin la voluntad de la otra persona, con capacidad para consentir, y menos aún con quien no lo puede hacer.

6 Edgardo Donna, *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. (Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores, 2007), 508.

1.2 Acercamientos sociológicos y jurídicos de la violencia sexual

Como se ha señalado, la historia en la violencia sexual tiene sus diversas etapas, sin embargo, en el desarrollo de la humanidad desde sus inicios hasta la actualidad la discriminación de los sectores vulnerables como el de las mujeres, los niños, los ancianos y los discapacitados, se ha plasmado en violencia sexual.

Susana Gamba⁷, indica que muchas organizaciones internacionales se han preocupado de estos temas y han desarrollado una protección a los derechos fundamentales, entre ellos la libertad sexual que, como se señaló, consiste en la capacidad que tiene una persona para disponer de su cuerpo según su propio interés.

A lo largo de la historia se han creado y suscrito una serie de Tratados y Convenios Internacionales⁸, de los que el Ecuador también forma parte, sumándose a ello una serie de leyes y normativa nacional que prohíbe cualquier tipo de discriminación, sin embargo ésta continúa, sobre todo aquella de índole sexual.

Al hablar de la discriminación de la mujer, tenemos que señalar que a diferencia de la concepción de sexo, cuyo concepto se basa en el cuerpo y la naturaleza, la categoría de género nos sirve para establecer características de las personas de uno u otro sexo. Se debe diferenciar claramente que unas son las diferencias biológicas y otras las culturales; es por ello, que al hablar de una discriminación no solo involucra a la mujer de manera individual, sino que lo hace a la sociedad en su conjunto.

Acerca del género, Laqueur sostiene que forma parte del orden de las cosas, mientras que el sexo, aunque no sea enteramente convencional tampoco es sólidamente corporal. En el Renacimiento, el sexo y género están atrapados en círculos de significados. Se refiere al poder de imaginación y de las mujeres para provocarla.

⁷ Susana Gamba, *Mujeres, violencia, MERCOSUR y después...Nudos críticos respecto a la legislación en la región*, Buenos Aires, edit. 1999, con relación a los tratados internacionales y organizaciones mundiales que hacen referencia a la erradicación de la discriminación, señala: que al hablar de los cambios que se han producido a nivel de la legislación mundial, nos estamos refiriendo en mayor grado a los tratados internacionales de derechos humanos y su aplicación como norma constitucional en los diversos países, especialmente con las mujeres, quienes a pesar de sus logros todavía son objeto de discriminación por influencia de valores normativos y religiosos que no permiten una interpretación valorativa de las normas.

⁸ Conferencia de Viena (1993), Conferencia de El Cairo (1994), Conferencia de Beijing (1995). Se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, se incluyeron delitos relacionados con violencia basada en el género y sexo Convención Belem do Pará (1994). Estatuto de la Corte Penal Internacional (1998) y se dio impulso al protocolo facultativo de la Convención de la Mujer Protocolo Facultativo CETFDCM (1999). La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Pacto de Derechos Económicos y Sociales. Convención de la Mujer (1976).

Puesto que se decía que algunas mujeres tenían el poder de matar con sus miradas a los hombres que las habían enojado.

Acerca de los límites del sexo y las distinciones de género, Thomas Laqueur señala a la corte de Francisco I, Rey de Francia, a mediados del siglo XVI, como un escenario cultural de fuerte base de género, en aquella corte. Diana, Ninfa de Fontainebleau, fue situada en el acceso al palacio, para ser el objeto de atención masculina y de la mirada del rey. Los hombres para divertirse hacían blasones (escudos de armas) acerca de las partes de las mujeres, construcciones ideológicas del cuerpo femenino⁹.

La discriminación ha iniciado desde el núcleo mismo de la sociedad, esto es, la familia, teniendo como su centro geográfico la casa, lugar en el que se producen los mayores actos de violencia, entre ellos la violación. El Estado no se ha preocupado de proteger a la mujer de manera integral, basta mencionar que en el Ecuador, recién se ha implementado medidas como, la afiliación social obligatoria para las amas de casa, en la búsqueda de obtener una igualdad real a favor de los titulares de derecho que se encuentren en una situación de desigualdad.¹⁰

Esta violencia que inicia dentro del hogar, luego se ve trasladada en el entorno social, cuando una persona forma una nueva familia, o a su vez cuando ingresa a laborar en cualquier actividad sea esta profesional o no. La violencia familiar se produce dentro de un vínculo de parentesco o afectivo anterior o actual.

Hay varios tipos de violencia, conforme lo señala Lucy Blacio, en la *Revista Ensayos Penales Sala Penal*¹¹, que a saber son:

- 1.- Violencia física, ésta se traduce en las acciones de carácter corporal que se realiza en la víctima, la misma que puede llegar desde atentados contra su integridad personal, en el caso de lesiones, pasando por una vulneración a su integridad sexual, en el caso de una violación, hasta llegar a provocar inclusive la muerte de la víctima.
- 2.- Violencia psicológica, este tipo de violencia tiene como objetivo disminuir la autoestima de la víctima y provocar en ella una afectación de tal punto que cause un perjuicio en la salud mental del sujeto pasivo de la infracción, con actos que pretendan

⁹ Diana Vasco Yáñez, “Imaginario de Belleza Femenina de las Estudiantes de Comunicación Social y Periodismo en dos Universidades de Quito”, *Universidad Andina Simón Bolívar*, (2014): 19, <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3851/1/T1364-MC-Vasco-imaginarios.pdf>>

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derechos”, cap. primero, “Principios de aplicación de los derechos”, art. 11 num. 2 ([Quito]: Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, sf.): 4.

¹¹ Lucy Blacio Pereira, “La violencia contra la mujer, una realidad”, *Corte Nacional de Justicia: Revista ensayos penales sala penal*, No. 1 (febrero 2013): 8-11.

obtener un aislamiento de la mujer de un grupo familiar o social que pueda defenderla. Estos actos pueden consistir en amenazas, chantajes, humillación, aislamiento, vigilancia, hostigamiento, control de sus creencias, decisiones o acciones con el único propósito de ridiculizar, menospreciar y denigrar a quien sufre este tipo de violencia.

En nuestra legislación y luego de un largo proceso de lucha del movimiento de mujeres del Ecuador, conforme lo afirma Lucy Blacio, se logró que el ordenamiento jurídico considere a la violencia contra la mujer como una infracción, la cual debía estar tipificada y sancionada en algún cuerpo legal, es por ello que el 11 de diciembre de 1995 se publica la Ley Contra la Mujer y la Familia, la cual empieza a proteger a la víctima de estas agresiones, estableciendo un trato procesal diferente al resto de infracciones que se juzgaba en la justicia penal ordinaria.

Este hecho no fue suficiente puesto que al tratarse de una violencia que se produce en la esfera de la intimidad, la víctima y el agresor mantienen un contacto permanente, lo que provoca la reconciliación de pareja, luego se produce nuevamente un episodio de violencia más grave que el inicial, configurando de esta manera el ciclo de violencia. Es por ello, que el asambleísta actual, entendiendo que la violencia contra la mujer no abarca solamente el maltrato físico sino también el psicológico, creó un tipo penal específico a fin de castigar la violencia psicológica que pueda producirse, dependiendo el daño que se ocasione para la determinación de la correspondiente sanción, conforme se establece en los artículos 155 a 159 del Código Orgánico Integral Penal.¹²

El inconveniente que se encuentra en esta conducta penalmente relevante, es que en la actualidad se está confundiendo los problemas que surgen a nivel de pareja, con el delito de violencia psicológica a la mujer, lo cual ha motivado la presentación de cientos de denuncias sin que previamente se haya analizado el entorno familiar, social y psicológico de quien se considera como víctima, lo cual ha motivado un cúmulo de causas que no permiten desarrollar la estructura judicial del Estado de manera adecuada, impidiendo de esta manera una investigación prolija de aquellos casos que realmente constituyen delitos de violencia contra la mujer o contra cualquier miembro del núcleo familiar.

¹² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 155 a 159. En adelante se cita este Código como *COIP*.

3.- Violencia sexual, ésta tiene lugar cuando el sujeto activo de la infracción llega a obtener una relación sexual atentando contra la voluntad del sujeto pasivo de la misma, quien no consciente el mantenimiento de esta actividad en forma voluntaria.

La violación sexual es un tipo de violencia sexual, diferenciándose una de la otra en que la primera se configura con el contacto sexual entre el sujeto activo y pasivo de la infracción mientras que en la segunda no necesariamente tiene que haber la conjunción carnal sino que se refiere a todo acto que atente contra la voluntad del sujeto pasivo del delito sin que necesariamente exista una unión sexual.

Se debe aclarar que estos tipos de violencia no solo se producen dentro del núcleo familiar, sino que también se los realiza dentro del contexto social en el que se desenvuelve, es por ello que la violencia contra la mujer se considera no solo como un atentado a los derechos humanos, sino también a sus libertades, limitando total o parcialmente el ejercicio de sus derechos.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, “Belem Do Pará”, en su art. 1 define a la violencia contra la mujer como “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”¹³. Nótese que en la mencionada disposición, no solo que se incluye a los tres tipos de violencia más comunes que se producen en contra de las mujeres, sino que además se refiere que, las mismas pueden llevarse a cabo en los ámbitos público y privado, es decir, ampliando la esfera más allá del entorno del hogar, conforme lo señala Ana Elena Badilla, en *Género y Derecho Constitucional*¹⁴.

Es importante establecer que también existe la violencia patrimonial, que se traduce en aquella concepción que la mujer está creada para la organización del hogar, la crianza de los hijos, sin que por esta actividad pueda obtener un ingreso, sino que por el contrario el hombre debe proveer una cantidad de dinero suficiente que no le permita a la mujer trabajar, y por ende no pueda desarrollarse profesional ni personalmente.

Aquí surge un cuestionamiento: ¿Cómo evitar esta discriminación hasta llegar a una igualdad real?. En el marco jurídico actual, se han creado mecanismos para tratar de

¹³ Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Belem Do Pará (1994)

¹⁴ Ana Elena Badilla, “La igualdad de género en el sistema interamericano de derechos humanos” En Fernando Flores Giménez, coord., *Género y Derecho Constitucional*. (Quito: Corporación Editora Nacional, 2003, 86).

erradicarla, contemplando dentro de sus principios jurídicos la participación bajo el principio de paridad y alternabilidad en las candidaturas de elección popular, estableciendo la obligación del Estado por establecer medidas para el cumplimiento de este principio, como se lo prescribe en el Art. 65 de la Constitución de la República del Ecuador.¹⁵

Sin embargo de lo señalado y, pese a que la normativa nacional establece la participación alternada y secuencial para las candidaturas de elección popular, durante los últimos comicios electorales realizados en febrero de 2014, no se dio cumplimiento a tal disposición, pues los resultados finales que corresponden a los votos de la ciudadanía no obtuvo como resultado una designación equitativa entre hombres y mujeres. “Según el Consejo Nacional Electoral (CNE), el 25.7 % de autoridades electas en los últimos comicios seccionales son mujeres, frente a un 74,3% que son hombres. El nivel de participación de mujeres que alcanzaron algún nivel de gobierno en relación a los comicios electorales del 2009 registra un incremento del 2% [...]”¹⁶. Por otro lado, la conformación de la Asamblea Nacional Legislativa, arroja los siguientes resultados: Asambleístas mujeres = 58 (42,34%); Asambleístas hombres = 79 (57,66%)¹⁷, esta información nos permite determinar que, se pretende obtener una participación de la mujer aplicando los mismos principios de paridad y alternabilidad señalados en líneas precedentes, pese a lo cual se mantiene todavía una hegemonía del hombre en los órganos de poder.

Pese a que estos tipos de discriminación, reflejados en muchos casos con circunstancias de violencia, han sido mermados en gran medida, y aun cuando la mujer ha obtenido logros importantes, en cuanto se refiere a la igualdad de género y no discriminación, todavía no se ha podido detener la violencia que existe en su contra, de manera especial en los países de América Latina, como ejemplo de ello han surgido una serie de delitos que agravan los episodios de violencia, creando en los Estados la necesidad de tipificar nuevos delitos como el femicidio, en el caso de Ecuador, para

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derechos”, cap. quinto, “Derechos de Participación”, art. 65 ([Quito]: Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, sf): 24.

¹⁶ <http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818767243&umt=participacion_de_mujeres_en_niveles_de_gobierno_aumentaron_en_las_ultimas_elecciones>

¹⁷ Asamblea Nacional Legislativa < <http://www.asambleanacional.gob.ec/es/pleno-asambleistas>>

penalizar los delitos perpetrados contra la mujer, como su desaparición y muerte por el simple hecho de serlo¹⁸.

El Estatuto Penal de la Corte Penal Internacional [Estatuto de Roma], aprobado en 1998, define explícitamente, por primera vez en el derecho internacional humanitario, la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y otras formas de violencia sexual como crímenes contra la humanidad y como crímenes de guerra.

Lo expresado no demuestra sino que, a lo largo de la historia de la humanidad, la violencia sexual ha sido un hecho constante y permanente, que la religión ha jugado un papel determinante en la concepción de lo que se considera malo o bueno, y que además, esto último ha contribuido a la formación de diversas legislaciones quienes adecuan los tipos penales de acuerdo al desarrollo de sus culturas.

Gayne Villagómez Weir establece que la violencia descrita no solamente se realiza a las personas adultas sino que también se la efectúa en contra de menores. La violación también es resultado de la relaciones de poder, en definitiva es un acto de poder en el que el sujeto activo se aprovecha de las ventajas que puedan darse en lugares como centros de reclusión, conventos, internados, lugares cerrados, etc., en donde la víctima tiene pocas posibilidades de ejercer actos de defensa. La misma autora, indica que este poder no es subjetivo, que se trata de un acto real que se exterioriza, se expresa y se construye como el resultado de procesos colectivos de grupos o sectores, además el empoderamiento es un proceso social e individual en donde el poder patriarcal surge de procesos sociales históricos y la agresión sexual es una de sus caras, conforme lo dice Nuria Varela en *Feminismo para Principiantes*, donde indica:

El patriarcado ha mantenido a las mujeres apartadas del poder. El poder no se tiene, se ejerce: no es una esencia, es una red de relaciones. El poder nunca es de los individuos, sino de los grupos. Desde esta perspectiva, el patriarcado no es otra cosa que un sistema de pactos interclasistas entre los varones. Y el espacio natural donde se realizan los pactos patriarcales es la política.¹⁹

¹⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 141. En adelante se cita este Código como COIP.

¹⁹ Nuria Varela, "Feminismo para principiantes", (Barcelona, 2005), 53, citado por Villagómez Weir, Gayne, "La violencia sexual contra la Niñez y adolescencia desde una perspectiva de género". En Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, *Derechos y Garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, 418. Quito, 2010.

No se puede dejar de señalar que la discriminación de la cual ha sido objeto la mujer se produce desde los inicios de la sociedad, pese a esto, sus luchas permanentes a través de los movimientos sociales han permitido que se trate de obtener la igualdad en varios campos, como el político, el social, el económico, el judicial, etc., sin embargo de aquello, en la actualidad se mantienen rezagos de discriminación y abuso.

Este estudio pretende no solo referirse a la mujer como sujeto pasivo de la violencia sexual, sino también a quienes forman parte de los grupos vulnerables como niños, ancianos, discapacitados, etc., e inclusive el hombre, todos como sujetos pasivos del tipo penal de violación.

Se debe tomar en consideración que el elemento central de este estudio, son las reformas que se han dado en nuestra legislación penal al delito de violación y saber quiénes son los sujetos de la relación procesal, quiénes pueden ser los sujetos activos de la infracción, cuáles son los medios probatorios que deben utilizarse y, finalmente qué reformas podrían plantearse en torno al tema de los llamados “delitos contra la libertad sexual”.

Capítulo segundo

Delito de violación

2. El delito de violación: los elementos constitutivos del tipo

Este capítulo va a determinar cuáles son los elementos que forman parte del tipo penal de la violación, es decir se va a realizar un estudio de lo concerniente al acceso carnal y a la introducción, para determinar si el sujeto activo y pasivo de la infracción puede ser indistintamente un hombre o una mujer, o a su vez si puede ser exclusivamente el hombre, se determinará adicionalmente el bien jurídico protegido, y las circunstancias en las que puede producirse el hecho delictivo.

En la actual legislación el delito de violación se encuentra ubicado en el, capítulo segundo “Delitos contra los derechos de libertad”, sección cuarta “Delitos contra la integridad sexual y reproductiva”, del Código Orgánico Integral Penal, esta expresión fue modificada, ya que anteriormente en el Código Penal, este delito formaba parte de aquellos que se encontraban determinados en el título octavo denominado “De los delitos sexuales”, expresión totalmente impropia porque miraba la naturaleza del delito y no como debía ser, al bien jurídico tutelado, pues era como si se denominara a los delitos contra la salud o contra la vida como “delitos de sangre”.

En el Código Penal del año 2000, sus títulos adoptaban como denominación el grupo o familia que cada delito recogía, es decir la del bien jurídico que se protege o ataque, así se establecen delitos: contra la seguridad del Estado, contra las garantías constitucionales y la igualdad racial, contra la seguridad pública, contra las personas, contra la honra, contra el estado civil, contra la propiedad.

Tomando las definiciones y los elementos del delito de violación, que van a ser analizados posteriormente, en la legislación ecuatoriana se había expresado que el sujeto activo de la misma solo podía ser un hombre, esto antes de las varias reformas realizadas al Código Penal que regía en el país desde 1938, así lo ratifica Walter Sempertegui Pesantez²⁰, al referirse a los sujetos activo y pasivo.

²⁰ “[...] Ciertos tratadistas señalan como sujetos activos a las mujeres en el instante de emplear la fuerza para mantener relaciones sexuales con un hombre, pero creemos que esto no es posible ya que el hombre

Los cambios permanentes que se han ido realizando en la legislación penal del Ecuador, se han establecido de acuerdo a la evolución de la sociedad, pero siempre partiendo de un concepto por el cual el hombre podía ser el único sujeto activo en la ejecución del delito, puesto que al utilizarse los términos acceso carnal o introducción, se entiende que fisiológicamente el hombre es el único que puede penetrar en los conductos vía vaginal, anal o *contra natura*; y, vía oral o *fellatio in ore*; por lo que, esta actividad no puede ser sustituida.

También existen tesis en contrario, esto es, que la mujer puede ser sujeto activo de la infracción, así lo señalan Carrara, Gómez y Jiménez Huerta, en la obra *El Delito Sexual, el Aborto*²¹, de Jorge Enrique Valencia, cuando indican que ésta puede llegar a tener acceso carnal con el hombre mediante intimidación. Tesis que no se está de acuerdo, en virtud de que la mujer no puede acceder carnalmente al varón. Se puede citar como ejemplos de esta concepción la manipulación que ejecuta una mujer a fin de llegar a obtener la erección, así como la utilización de afrodisíacos, una actuación sobre el sentimiento moral del hombre, o cuando se mantiene una relación sexual abusivo con un menor de edad, lo cual en el concepto no cambia el hecho de que aún en estos ejemplos el varón siempre accederá a la mujer, en virtud de que es el único que está dotado para efectuar la penetración.

Análisis del sujeto activo y pasivo de la infracción

Con las reformas que se han efectuado, también han variado los conceptos de violación ya que no solamente puede existir un acceso carnal, penetración, cópula, coito, yacimiento, introducción, etc., términos estos que son sinónimos de una relación de carácter sexual, sino que ahora se debe tomar en cuenta la utilización de otros objetos

necesita ciertas circunstancias para lograr erección y permitir la introducción del miembro viril en los genitales de la mujer, en el instante en que el hombre logra la erección por cualquier situación, no existe manifestación, ya que en la mayoría de los casos experimentará placer y además no existirá ningún daño en su integridad personal, tampoco causa ningún impacto en la sociedad.. Sujeto pasivo de la violación carnal puede ser tanto el hombre como una mujer [...] en esta clase de delito es aquel que sufre en una persona el ultraje físico y soporta la total agresividad y violencia de quien lo posee, sea normal o anormal [...]”. Sempertegui Pesantez, Walter *Violación a Menores de edad en el Ecuador* (Quito: Mawsecrear 1994), 34-35

²¹ Jorge Enrique Valencia “Acceso carnal violento”. En Fernando Quiceno Álvarez, *El delito Sexual, el aborto estudios de derecho penal especial*. (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 1999,79)

distintos a los órganos sexuales²². Esta nueva concepción del tipo penal, aparece desde 1998, cuando se realiza un agregado al Art. 512 del Código Penal, y se determina que a más de las circunstancias propias de la violación, se debe tomar en consideración que la

²² Art. 512: “Es violación el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, en los casos siguientes:

Cuando la víctima fuere menor de doce años;

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

Cuando se usare fuerza o intimidación.”

Ecuador, *Código Penal*, en Registro Oficial No. 365 (21 de Julio de 1998), art. 512. En adelante se cita este Código como CP.

“Art. 8.- Cámbiese el texto del artículo 512 por el siguiente:

“Violación es el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal, con personas de uno u otro sexo, en los siguientes casos:

1.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años;

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

3.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación.”

Art. 9.- A continuación del artículo 512 reformado, agréguese un artículo innumerado que diga:

“Art... Se aplicaran las mismas penas del artículo anterior, en caso de agresión sexual, consistente en la introducción de objetos distintos al miembro viril por vía vaginal o anal, realizado en las mismas circunstancias del artículo 512“

Reformado por el Art. 8 de la Ley 106, R.O., 365, 21-VII-98 y sustituido el primer inciso por el Art. 14 de la Ley 2005-2, R.O. 45, 23-VI-2005.

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

1.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años;

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

3.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación. “Régimen Penal Ecuatoriano, Ediciones Legales EDLE S.A., Quito, 2006, p.445

Código Orgánico Integral Penal Art. 171.

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

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.

2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.

3. Cuando la víctima sea menor de catorce años;

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

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.

2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.

3. La víctima es menor de diez años.

4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.

5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo.

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

agresión sexual puede producirse con la introducción de objetos distintos al órgano sexual. Esta afirmación provoca una confusión en cuanto se refiere a los elementos constitutivos del tipo, puesto que por un lado se habla de acceso carnal, lo cual implica necesariamente la utilización del miembro viril y por otro lado se habla de una agresión sexual con otros elementos distintos.

El legislador quiso proteger a las víctimas de una agresión sexual que no necesariamente se refiera a la introducción de un miembro viril, sino que pudieron haber sido atentadas en su integridad sexual con botellas, palos u otros objetos; sin embargo, no fue una reforma técnicamente elaborada, pues no se establecía si el sujeto activo del delito utilizaba sus dedos que delito cometía, convirtiendo así a esta conducta en atípica.

Esta reforma no establecía como uno de los elementos constitutivos de la infracción la utilización de los dedos, por lo que de acuerdo al principio de legalidad, no podía sancionarse una conducta de esta naturaleza, lo cual determinaba que muchos casos queden en la impunidad.

El análisis descrito tiene relación a que la reforma constante en el Registro Oficial No. 365 de julio de 1998, se utiliza la frase “introducción de objetos distintos al miembro viril”, entendiéndose por objeto, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, como una cosa, sin que por tanto pueda aplicarse este concepto a la utilización de una parte del cuerpo humano que no sea el miembro viril.

Posteriormente se sustituye la Ley 106 de 1998, por el Art. 14 de la Ley 2005-2 publicada en el Registro oficial N° 45 del 23 de junio del 2005 en donde se establecen varios elementos adicionales que conforman el tipo penal analizado, y se determinan dos tipos de violación a saber:

1.- El que tiene como sujeto activo únicamente al hombre, puesto que refiere que la violación es el acceso carnal con introducción total o parcial del miembro viril, ya se ha determinado que al utilizar estas dos expresiones acceso carnal e introducción, se refieren únicamente al hombre puesto que, anatómicamente está dotado de un órgano que permite realizar dicha actividad, por el contrario la mujer no puede cumplir con esta función debido a que su cuerpo está formado por cavidades.

Conforme lo analiza Adrián Marcelo Tenca:

“el término “acceso carnal” plantea un problema conceptual que debe resolverse desde una mira teleológica. En este sentido, se señala que las acciones de contenido sexual pueden clasificarse conforme el grado de compromiso físico o espiritual que estas importen. La Ley ha tomado algunas decisiones expresas y parece no haber discusión en la doctrina acerca de que el término utilizado tiene sus equivalentes en el de cópula, coita, concúbiteo, conjunción o unión sexual. [...] Para que haya acceso carnal, cópula, coito, concúbiteo, conjunción o unión sexual, es necesaria la intervención de dos personas y que una de ellas introduzca el pene en el cuerpo de la otra. Si ello no sucede, sería contrario al uso común del lenguaje que ha habido cópula”²³.

Además de aquello en la reforma analizada se establece las vías por las cuales se puede producir esta infracción, y se determina que esta puede ser por la vía oral, anal o vaginal. Esta es una nueva concepción del delito de violación, antes inclusive a la reforma de 1998, puesto que allí no se consideraba a la relación por vía oral o anal para el establecimiento del tipo penal ya que se definía a la violación únicamente como el acceso carnal con persona de uno u otro sexo.

Al hablar de la introducción del miembro viril, por la vía oral, se recoge conceptos que pueden establecerse desde el punto de vista histórico, gramatical, lógico o teleológico, para determinar si el acceso carnal realizado por vía oral constituye un abuso deshonesto o a su vez se configura el delito de violación.

Al respecto existen varias posiciones como aquella establecida por Tejedor, citado por Tenca, en la cual se considera como sodomía las relaciones contra natura y la costumbre, y que según el derecho canónico es de dos clases: “perfecta y una altera imperfecta, *prior esi concubitus cum masculino, faemise cum faeminae, sive mares inter se caent in vase praepottero sive in ore, sive faemine anteriore vase utantur, aut posteriori. Posterior est concubitus viri cum faemina aetras naturale*” (bula de Pio IV, 1568).²⁴

Este señalamiento indica que la sodomía básicamente se establece con las relaciones que puedan mantener dos personas independientemente de su sexo, vía oral o vía anal, en la que el hombre y la mujer podían ser los sujetos pasivos de la infracción. Esta acepción de sodomía nuevamente traslada a la influencia que tiene la religión dentro de la legislación penal, y por sobre todas las cosas a la conjunción que existe

²³ Tenca, “Delitos sexuales abuso sexual”, 65.

²⁴ “Perfecta una, imperfecta la otra. La primera es el concúbiteo del varón con el varón, de la mujer con la mujer, ya sea que los varones se unan entre sí por el orificio contra natura o por la boca, ya sea que las mujeres usen el orificio anterior o posterior. La segunda es el concúbiteo del varón con la mujer fuera del orificio natural”. Tenca, “Delitos sexuales abuso sexual”, 73.

entre la moral y el derecho. En definitiva se establecía que la mujer puede ser sujeto pasivo de la infracción por vía vaginal o anal, mientras el hombre podía ser sujeto pasivo de la sodomía por vía anal.

Pandolfi, al ser citado por Tenca en *Delitos Sexuales*²⁵, señala que no puede existir violación por la vía oral en virtud de que la boca carece de glándulas terminales nerviosas erógenas y además porque esta cavidad puede ser abierta únicamente por la voluntad del sujeto pasivo, por lo tanto para este tipo de relación no basta con la apertura de la boca sino que la víctima tiene que succionar, corriendo inclusive peligro el sujeto activo de la infracción, puesto que la víctima tendría un medio de defensa que sería su dentadura este criterio es compartido por Fontan Balestra pues considera que el coito oral no se diferencia de otra penetración *contra natura*.

Establecer que la boca no es una zona erógena, en virtud de que en el cuerpo existen ciertas zonas eróticas que intervienen en la estimulación, y que pueden considerarse a las mismas en los órganos genitales, es desconocer que estos son los únicos órganos de carácter sexual puesto que cuando se estimula la boca, los senos o cualquier otra parte del cuerpo se activa el sistema nervioso en su totalidad.

El problema radica en determinar si efectivamente *la fellatio in ore* constituye o no un acceso carnal, debiendo destacar que para Sebastián Soler, según lo cita Luis Fernando Tocora en *El Delito Sexual, el Aborto*²⁶, “Acceso carnal es una enérgica expresión que significa penetración sexual. Se produce, pues, cuando el órgano genital entra en el cuerpo, ya sea por vía normal o anormal”.

Por su parte Edgar Alberto Donna, en *Derecho Penal*, al citar a Eusebio Gómez²⁷, indica que:

La doctrina y la jurisprudencia no se habían puesto de acuerdo sobre el punto. Una primera posición afirmaba que la introducción del miembro masculino por vía bucal no encuadraba dentro de la figura de violación sino, por el contrario, en la de abuso deshonesto. Así por ejemplo, se había dicho, por parte de la jurisprudencia que: La fellatio in ore o coito oral no configura el delito de violación sino el de abuso deshonesto. El acceso carnal, fórmula

²⁵ Pandolfi, “Delitos contra la integridad sexual”, 48-49, en Tenca, *Delitos Sexuales Abuso sexual. Corrupción y prostitución Rufianería. Publicaciones y exhibiciones obscenas. Trata de personas. Rapto. Avenimiento*, (Buenos Aires: Astrea, 2009), 83.

²⁶ Luis Fernando Tocora. “La Violación”. En Fernando Quiceno Álvarez, *El delito Sexual, el aborto estudios de derecho penal especial*, (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 1999), 56.

²⁷ Eusebio Gómez, “Tratado de Derecho Penal”, 249, citado por Donna, Edgardo Alberto, “*Derecho Penal Parte Especial*. Tomo I. (Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores), 575.

empleada por nuestra ley, no puede ser tan distinto que admita a través de una interpretación jurídica confundir la función orgánica genital, posible en forma normal a través de la receptividad vaginal y en forma anormal por la anal, pero nunca por la bucal²⁸.

Si se efectúa un análisis extremadamente fino, partiendo de estos conceptos se podría señalar que los orificios nasales y los orificios auriculares también se considerarían como zonas que permitan un acceso carnal y por ende permitan la introducción de un órgano genital.

Francisco Muñoz Conde en *Derecho Penal Parte Especial*²⁹, afirma que la utilización del término acceso carnal determina que, en una relación sexual intervengan los órganos genitales sin necesidad que se produzca la penetración. Si se parte de este concepto, no habría inconveniente en que el sujeto activo de la infracción indistintamente podría ser un hombre o una mujer cuando no existe introducción de objetos distintos al miembro viril, el problema radica en que de acuerdo a la reforma analizada no solo que se habla de acceso carnal, sino que se utiliza la conjunción “con”, introducción total o parcial del miembro viril, por tanto al hablar de una relación sexual con coito bucal esta únicamente se puede producir del varón hacia la mujer.

Continuando con el análisis del tipo penal descrito, se encuentra que también se refiere al acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril por la vía anal, o lo que se conoce *contra natura*, que según Alejandro Basile en la obra *Fundamentos de Medicina Legal deontología y bioética*³⁰, esta es una forma delictiva que puede realizarse tanto en varones como en mujeres, es posible que dentro de estos casos exista una violencia extrema del sujeto activo de la infracción lo cual puede provocar un desgarramiento de la mucosa rectal próximo al rafe ano-genital, tanto más si es una relación no consentida, en donde existirá en todos los casos, lesiones de mayor o menor jerarquía.

Como se señala anteriormente, las relaciones sexuales que se producen por una cavidad distinta a la vaginal, son consideradas como una sodomía, en las cuales el sujeto pasivo de la infracción puede ser indistintamente un hombre o una mujer.

²⁸ Cám. Nac. Crim., sal IV, 2-8-83, c 27.523, “Boletín de Jurisprudencia”, 1983, y otras, en Donna, *Derecho Penal Parte Especial*. 575.

²⁹ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, (Valencia: Tirantlo Blanch, 2007), 219.

³⁰ Basile, Alejandro *Fundamentos de Medicina Legal deontología y bioética*, (Buenos Aires: El Ateneo, 2001), 163.

Finalmente esta definición de violación establece que se puede producir vía vaginal, sin que por el momento se requiera de un mayor análisis, porque evidentemente el sujeto pasivo en este caso únicamente corresponde a una mujer. Lo que se analizará posteriormente, al hablar de la víctima y de los medios probatorios es la discusión que se mantiene en la doctrina, en torno al hecho de que un solo hombre pueda violar a una mujer que pueda resistirse de manera ordinaria.

2.- En la misma reforma, se establece otro concepto de violación, cuando se determina que esta puede producirse con la introducción de objetos distintos al miembro viril por vía vaginal o anal, pero se le da el carácter de agresión sexual siempre y cuando se encuentre con las mismas circunstancias del art. 512 del Código Penal.

Si se desglosa esta definición, se encuentra evidentemente que al no referirse al miembro viril, el sujeto activo de la infracción puede ser indistintamente un hombre o una mujer es decir, se encuentra una combinación indistinta para esta agresión sexual, así: hombre-mujer, mujer-hombre, hombre-hombre, mujer-mujer.

Al hablar de agresión sexual, se debe entender que se refiere a las acciones que se utilizan con violencia e intimidación, nótese que en esta disposición analizada, y tal como se viene sosteniendo a lo largo de este estudio, inicialmente se utiliza el término objetos, sin que se defina o individualice el tipo de objetos puesto que podría considerarse por ejemplo a los dedos o la lengua como un objeto, mas al establecer que la interpretación de la ley en materia penal es restrictiva, respetando el sentido literal de la norma,³¹ no se puede realizar una analogía para crear infracciones penales.

Otro hecho que debe resaltarse, es que al hablar de objetos distintos al miembro viril, el tipo penal permite únicamente la introducción por vía vaginal o anal, descartando la vía oral o bocal con lo que se establece una contradicción respecto a la utilización de objetos distintos al miembro viril. Se puede aclarar este tema con dos ejemplos:

1. En el caso de que una mujer introduzca a un hombre un objeto por el ano, en contra de su voluntad, evidentemente se va a producir el delito de violación. Si esta misma mujer introduce el objeto por la boca del varón en contra de su voluntad no se va a producir violación.

³¹ COIP, art. 13

2. Si una mujer introduce su lengua en el ano de un hombre, en contra de su voluntad, nos encontraríamos nuevamente frente a un delito de violación; pero si esa misma mujer introduce su lengua en la boca de un hombre, en contra de su voluntad, no comete el delito de violación.

Evidentemente existe una contraposición de criterios, puesto que al utilizarse la frase “acceso carnal con introducción parcial o total del miembro viril” siempre se va a referir al hombre como sujeto activo de la infracción, puesto que anatómicamente es el único que puede realizar tal acto. La mujer por el contrario no puede realizar esta actividad, debido a que fisiológicamente no posee un miembro viril.

Cabe preguntarse ¿Qué sucede en el caso de que una mujer realice una manipulación al hombre para alterar su consentimiento? o, ¿si una mujer utiliza elementos exógenos tales como viagra o una sustancia psicotrópica sin aceptación de un hombre para provocar una relación sexual sin que medie de por medio la voluntad del hombre? En los casos planteados, se puede establecer que la mujer no se convierte en sujeto activo de la infracción, porque ella termina igualmente siendo introducida, sin importar la forma que se llegó a producir la erección del miembro viril.

En referencia al sujeto activo, Edgar Alberto Donna³² señala que el hombre es el único que puede penetrar, por tanto la mujer en este caso no puede ser sujeto activo de la infracción, pero además indica que al utilizar el término acceso carnal, siempre se referirá al hombre como aquel que es el único que puede realizar este acto, criterio que no lo compartimos en su parte final, en virtud de que acceso carnal se puede tomar como la conjunción o unión de los órganos sexuales masculino y femenino.

Para solucionar este vacío legal, es evidente que debería eliminarse la frase acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, debiendo considerar la frase conjunción carnal entre dos personas por medio de la cual introduzca o se haga introducir el miembro viril por vía vaginal, anal o bucal.

³² Donna, *Derecho Penal parte especial*, 578, nos señala, Autor material del hecho, en principio, solo puede ser el hombre, porque es el único que puede penetrar. Consecuente con esta idea sujeto activo solo puede ser un hombre, ya que es el que posee, como es obvio, el miembro viril, que sirve para la penetración. En el caso de la mujer el tema para por la imposibilidad de acceder carnalmente a otra persona, esto es, la incapacidad de penetrarla, aunque Núñez afirma que esto sería posible en el caso de una deformación del órgano sexual de la mujer (clítoris hipertrofiado). Insistimos, mientras el legislador insista en utilizar la palabra “acceso carnal”. De manera que cuando un hombre o mujer es penetrado por objetos, el tipo se desplaza al párrafo anterior de “sometimiento sexual gravemente Ultrajante para la víctima”

Los conceptos descritos se encuentran recogidos de manera casi textual en la reforma producida al art. 8 de la Ley 106, Registro Oficial N°365, del 21 de julio de 1998 y que fuera sustituido por el art. 14 de la Ley 105 publicada en el Registro Oficial N°45 del 23 de junio de 2005, así como en el actual Código Orgánico Integral Penal, puesto que nuevamente refiere dos definiciones del delito de violación. En la primera mantiene los términos acceso carnal e introducción total o parcial del miembro viril, por las tres vías, esto es oral, anal o vaginal; en la segunda definición, también se refiere a la introducción por vía vaginal o anal de objetos distintos del miembro viril, pero añadiendo como elementos constitutivos del tipo penal la palabra dedos u órganos, ratificando el concepto de que el delito de violación en el Ecuador se ha dividido con dos circunstancias específicas, por lo que en la primera descritas el único sujeto activo de la infracción es el hombre, y en la segunda el sujeto activo de la infracción indistintamente puede ser un hombre o una mujer.

2.1. Clasificación de los delitos que atentan contra la libertad sexual

Antes de señalar los delitos que atentan contra la integridad sexual se debe indicar que esta clase de infracciones se las ha definido como los actos positivos de lubricidad que se ejecutan en el cuerpo del sujeto pasivo, o que a su vez a este se los hace ejecutar, poniendo en peligro su libertad o seguridad sexual.³³

Al hablar de los delitos que atentan contra la libertad sexual, no solo que se proteja a su integridad sexual es decir el respeto a la decisión de una persona para utilizar libremente su cuerpo como a bien tuviera. Esta decisión implica un desarrollo físico y psicológico que abarca el concepto de integridad, como un ejercicio de la sexualidad que se asienta sobre la libertad de un individuo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Fernández Ortega y Otros Vs. México*, en la sentencia de 30 de agosto de 2010, párrafo 118 al hablar de la violencia contra la mujer señala que ésta no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres”, que “trasciende todos los sectores de la sociedad independientemente de su clase, raza o

³³ Francisco Gonzales de la Vega, “De los delitos sexuales en general”, En Quiceno *El delito Sexual, el aborto estudios de derecho penal especial*, 8.

grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, nivel educacional, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases³⁴.

Pero también se tiene por otro lado que existe la “indemnidad sexual”, esto es una protección de la víctima, especialmente de los niños que va más allá de aquella capacidad que pueda tener una persona para escoger con libertad con quien y en qué momento puede mantener relaciones de carácter sexual, y esto se debe a que los menores llámense niños o adolescentes son protegidos tanto por la Constitución como por los tratados internacionales, en virtud de una falta de madurez física y mental que determina como consecuencia una necesidad de protección y cuidado especiales en contra de toda forma de perjuicio o abuso físico, mental o sexual.

Se reconoce el principio del interés superior del niño lo cual implica que el desarrollo del niño y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de las normas y aplicación de éstas en todas las órdenes relativas a la vida del niño.³⁵

Esta protección a la indemnidad sexual se establece porque los menores de edad no se encuentran en condiciones de asumir sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad en acto sexual debido al estado de madurez que presentan sus esferas intelectual, voluctiva y afectiva.³⁶

Es preciso que se señale que al delito de violación y en general a los delitos que atentan contra la libertad sexual, se los ha clasificado de varias maneras, debiendo señalar que se encuentra una adecuada clasificación en el texto denominado, Régimen Penal Ecuatoriano³⁷, en el cual de acuerdo con sus consecuencias procesales se lo ha hecho, de la siguiente manera:

2.1.1 Por el momento de su descubrimiento:

- **Flagrantes.-** El Código Integral Penal define lo que es un delito flagrante y señala que este se debe producir en presencia de una o varias personas, además que se lo debe descubrir inmediatamente de su comisión, siempre y cuando

³⁴ Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 4, *Caso Fernández Ortega y Otros Vs. México*, 30 de agosto de 2010.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002, párrafos 42 y 56.

³⁶ Ecuador. Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, [Sentencia condenatoria en contra de N.N en juicio penal por violación], 28, 23 de agosto de 2013.

³⁷ Ecuador. Régimen Penal Ecuatoriano, Tomo III

exista una persecución ininterrumpida o se hallare al autor del delito con armas, instrumentos, con huellas o documentos relativos a la infracción que se ha cometido.³⁸

- No flagrantes.- Cuando no reúne los requisitos enunciados para el delito flagrante.

Al hablar de la flagrancia se debe tomar en consideración que esta se refiere a una persona cuando es sorprendida en el acto propiamente dicho, sin embargo la doctrina clasifica a la misma en flagrancia propiamente dicha, cuasi flagrancia y flagrancia presunta.

1. La flagrancia propiamente dicha consiste cuando el autor es sorprendido en el momento de la comisión del hecho o inmediatamente después de haberlo cometido, y en los casos de tentativa debe entenderse al momento mismo de iniciada el acto.
2. La cuasi flagrancia consiste en que después de producido el hecho los partícipes son perseguidos ya sea por la fuerza pública, ofendido o por el clamor popular, lo cual implica que el delincuente se ha alejado del lugar de los hechos por lo que la persecución debe ser inmediatamente después aunque haya pasado un cierto período de tiempo sin que pueda excederse de las veinticuatro horas.
3. La flagrancia presunta, que consiste cuando una persona tiene objetos o rastros que hagan presumir que ha participado en la comisión de una infracción esta aprensión es subjetiva y queda a criterio del aprehensor para luego ser valorado para el juez.³⁹

Tratándose de los delitos que atentan contra la libertad sexual, es muy poco probable que se produzca un delito flagrante en virtud de que esta clase de infracciones se comenten en la clandestinidad sin la presencia de testigos, porque de ser así estaríamos frente a alguna parafilia.

Sin embargo en el caso de que se llegue a una aprehensión en delito flagrante, debe tomarse en consideración recoger los elementos de convicción que más tarde se convertirán en prueba respetando los derechos de la víctima,⁴⁰ recogiendo las muestras

³⁸ COIP, art. 527.

³⁹ Edgardo Donna. *Derecho Penal Parte Especial*. Tomo 2-A. (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007), 166.

⁴⁰ COIP, art. 11.

que permitan establecer la existencia de un hecho presumiblemente punible,⁴¹ cuidando que las actuaciones se cumplan de acuerdo a la Constitución de la República y a las leyes ordinarias.⁴²

Al momento de efectuarse el examen deberá establecerse el objetivo del mismo, practicarse una valoración psicológica a la víctima en base a un interrogatorio técnicamente dirigido a fin de establecer la credibilidad de la víctima, evitando la revictimización de quien sufrió una agresión sexual, debe realizarse un examen a la vestimenta, un examen físico general, un examen genital, un examen del himen para establecer la probable existencia de desgarros, además debe practicarse un examen anal y oral, debe efectuarse un examen al agresor. En caso de estado de inconciencia o privación del sentido debe efectuarse un estudio psicopatológico forense para saber el estado de inconciencia de la víctima, efectuarse exámenes de laboratorio, todo lo cual debe estar plasmado en un informe que cumpla con lo señalado en el artículo 511 del Código Orgánico Integral Penal.

En el mencionado cuerpo legal se establece una clasificación de los delitos que atentan contra la integridad sexual que podríamos dividirlos de la siguiente manera:

1. El acoso sexual (art.166 COIP);
2. El estupro (art. 167 COIP);
3. El abuso sexual simple (art. 170 COIP);
4. La violación (art.171 COIP).

Un segundo grupo que se refiere a la corrupción de niños, niñas y adolescentes,⁴³

Un tercer grupo que se refiere:

1. Diversas formas de explotación sexual (art. 100 COIP),⁴⁴

⁴¹ *Ibíd.*, art. 463

⁴² *Ibíd.*, art. 456 y 459.

⁴³ “Corrupción de menores: es la venta o entrega a menores de 14 años, objetos, libros, escritos, imágenes visuales o auditivas “obscenas”; que puedan afectar su integridad, incitar a la ebriedad o la práctica de actos obscenos; o, facilitarles la entrada a prostíbulos o lugares como cines o teatros que brinden espectáculos obscenos”. Villagómez Weir, Gayne, “La violencia sexual contra la Niñez y adolescencia desde una perspectiva de género”. En Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, *Derechos y Garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral.* (Quito, 2010, 418).

⁴⁴ “La explotación sexual de niños, niñas y adolescentes son delitos sexuales en que se busca el lucro o la ganancia. Consiste en la utilización o exposición sexual de niños, niñas y adolescentes, a cambio de dinero, regalos, diversión y promesa de pago, entre otros.

La explotación sexual se puede realizar de diferentes formas:

2. Prostitución forzada (art. 101),
3. Turismo Sexual (art. 102)
4. Un cuarto grupo tiene relación a delitos atinentes a la pornografía entre ellos:
5. Pornografía con utilización de niños, niñas o adolescentes. (art.103 COIP);
6. Distribución de materiales pornográfico a niños, niñas y adolescentes. (art.168).

Un quinto grupo referente a la utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual (art.172), y;

Un sexto grupo con la utilización de medios electrónicos, los que tenemos:

1. El contacto con finalidad sexual con menores de 18 años por medios electrónicos (art. 173 COIP);
2. La oferta de servicios sexuales con menores de 18 años por medios electrónicos (art. 174).

2.1.2 Por la estructura del acto

1. Delitos simples.- se lesiona sólo un bien jurídico;
2. Delitos complejos.- hay varios hechos que lesionan dos o más bienes jurídicamente protegidos⁴⁵.

En caso del delito de violación puede ser un delito simple cuando se comete la ejecución de este acto como un solo hecho, y puede ser complejo cuando la ejecución implica varios hechos simultáneos, como la violación y el atentado contra el pudor

-
- Pornografía: es la producción, publicación o venta de imágenes pornográficas a través de cualquier medio electrónico o audiovisual (internet, DVD, CD, fotos, filmaciones, etc.) en que participen personas menores de edad en actividades sexuales o que demuestre sus órganos genitales.
 - La utilización de niños, niñas y adolescentes en espectáculos que impliquen la exhibición total o parcial de su cuerpo con fines sexuales.
 - Turismo sexual: organizar, ofrecer, promover y/o comprar actividades turísticas que impliquen servicios sexuales de un niño, niñas o adolescente.
 - Trata con fines sexuales: es la captación, traslado, acogida o entrega de una persona para que sea utilizada sexualmente. Cuando la víctima es un niño, niña o adolescente la pena aumenta.
 - Venta de niños, niñas o adolescentes: es cuando una persona es entregada a otra por medio de la venta y compra.
 - Explotación sexual conocida como “prostitución infantil”: promover o facilitar las relaciones sexuales con un niño, niña o adolescente a cambio de dinero o cualquier compensación. Ibid.,413.

⁴⁵ Ecuador. Régimen Penal Ecuatoriano, Tomo III.

(abuso sexual), la violación y las lesiones, la violación y el incesto, la violación y el rapto; y la violación y la muerte lo cual conlleva a la realización de un concurso de delitos.

2.1.3 Por la forma en que se produce el resultado

- Delitos formales o de simple actividad: de acuerdo con la tipicidad del delito, su ejecución exige un acto que incluye en sí mismo un resultado, como por ejemplo el delito de injurias.
- Delitos materiales: la tipicidad del delito exige que el acto humano produzca un resultado simultáneo o posterior⁴⁶.

2.1.4 Por la duración del momento consumativo

- Instantáneos: el delito se consuma en un solo momento, más o menos breve. En el caso del delito de violación cuando se produce la unión carnal.
- Permanentes: la consumación del delito perdura en un tiempo más o menos largo.
- Continuados: estos delitos se integran con varios actos ocurridos a lo largo del tiempo, cada uno de los cuales por sí solo constituye un delito. En el delito de violación, cada vez se hace más notoria la presentación de denuncias en las que se hace constar que la víctima ha sido objeto de esta infracción durante varios años, sin que se la haya denunciado, lo cual dificulta el proceso investigativo, toda vez que sus resultados no pueden ser objeto de análisis científico.
- Habituales: se componen de varios actos ocurridos a lo largo del tiempo, sin embargo cada uno de ellos por sí solo no es un delito.

2.1.5 Por sus efectos

- Delito de daño: la lesión jurídica consiste en un daño efectivo que afecta a un bien jurídico concreto, cuyo titular es una persona natural o jurídica determinada.
- Delito de peligro: el daño produce una amenaza general y pone en riesgo bienes jurídicos cuyo titular es la comunidad en general⁴⁷.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ *Ibíd.*

Celestino Porte Petit, en su obra *Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación*, clasifica al mismo en:

En orden a la conducta

- Un delito de acción: porque dada la naturaleza del tipo se requiere de la conjunción carnal, lo cual puede llevarse por un hacer, es decir no puede existir una acción omisiva pues no se puede llevar a cabo la cópula no haciendo;
- Unisubsistente o plurisubsistente: es decir, “que se consuma con la realización de uno solo o en varios actos”⁴⁸

En orden al resultado

- De mera conducta: porque el tipo se integra cuando el elemento objetivo por la realización de la cópula violenta.
- Instantáneo: porque tan pronto se consuma, desaparezca o se agota la consumación.
- De lesión: porque al realizarse la cópula violenta se lesiona el bien jurídico protegido por la ley.

En orden al tipo

- Fundamental o básico: en cuanto a la primera parte del art. 171 del COIP;
- Complementado cualificado de violación: en cuanto a la circunstancia determinadas en la segunda parte de misma norma legal.
- Autónomo o independiente: porque tiene existencia por si solo.
- Con medios legalmente limitados.
- Alternativamente formada por los medios: en virtud de que puede realizarse por medio de la vis compulsiva o la vis absoluta en contra de un hombre o una mujer.
- Normal: al no contener elementos normativos ni subjetivos.

Los delitos contra la libertad sexual han sufrido una serie de transformaciones, en cuanto se refiere a la forma de concebirlo como un acto típico, y por ello es importante en primer término definir el delito de violación, a más de aquello, examinar

⁴⁸ Celestino Porte Petit Candaudap, *Ensayo dogmático sobre el delito de violación*. (Texas: Porrúa, 1985, 21-29).

las reformas que se han dado en materia penal tanto de la definición de este delito como de los sujetos de la relación procesal, es decir del sujeto activo, del sujeto pasivo, y de la Fiscalía, para finalmente referirnos a los medios probatorios.

2.2. Definición del delito de violación

Al referirse a este punto, es preciso señalar que de manera general no existe problema cuando el sujeto activo de la infracción es un hombre, pero ¿qué sucede cuando el sujeto activo es una mujer?, muchos tratadistas han señalado varias definiciones del delito de violación, estableciendo quienes pueden ser los sujetos tanto activos como pasivos de la infracción, cuáles son los elementos constitutivos del tipo penal, en qué circunstancias puede cometerse la misma, y finalmente las circunstancias que podrían agravar la conducta de quien comete este delito.

Vale la pena señalar que la doctrina ha planteado una discusión interesante, tiene relación a la imposibilidad que pueda darse para que un solo hombre pueda violar sexualmente a una mujer que pudiera ordinariamente resistirse, puesto que se considera que con la fuerza de las piernas y la movilidad del cuerpo puede impedir la realización del coito, en la misma forma en que es imposible que se envaine una espada que es empuñada por otro y que es puesta por el en movimiento.⁴⁹

En legislación actualmente, define al Delito de Violación en el art. 171 del Código Orgánico Integral Penal.

Esta definición, recoge muchos conceptos tradicionales de lo que es un delito que atenta contra la libertad sexual, pues se utiliza la frase “acceso carnal con introducción total o parcial del miembro viril”, la cual confirma que el sujeto activo de la infracción puede ser únicamente el hombre, más no la mujer.

Se ha analizado a lo largo de este estudio que existen varias posiciones que establecen que la mujer puede ser autora del delito de violación en el caso de que ésta

⁴⁹ “Reflejado esa idea hay un relato de Cervantes, en su célebre obra del Quijote: “Un día llega una mujer ante el Juez trayendo un hombre tras de sí.- “Juez”, grita ella, “hazme justicia; este hombre me violó”. El juez, después de un momento de reflexión, dice al acusado: “Dale tu bolsa a esta mujer”. El hombre por temor a un castigo más severo, se apresura a obedecer. “Ahora”- dice el Juez al hombre-“quítale la bolsa”. Y como a pesar de todos sus esfuerzos, el inculpado no lograra arrebatarse la bolsa, el Juez sentenció: “Mujer si hubieses defendido tu honra como defendiste tu bolsa, no habrías tenido necesidad de presentarte ante mí. Devuélvele su bolsa”. Gonzales de la Vega Francisco, “De los delitos sexuales en general”, En Quiceno *El delito Sexual, el aborto estudios de derecho penal especial*, 57.

obligara a un hombre a penetrarla anal o vaginalmente.⁵⁰ Para el caso del Ecuador se considera por parte de algunos autores entre ellos el Doctor Ernesto Albán, que al haberse agregado en el tipo penal la palabra “introducción” se la debería interpretar en un doble alcance: introducir o hacer introducir lo cual daría lugar a la denominada violación inversa.⁵¹

Este criterio evidentemente no se comparte porque se está realizando una interpretación extensiva al tipo penal, sin olvidar varios considerandos importantes como aquel que el hombre para poder mantener una relación de carácter sexual necesita de una erección, la cual evidencia un consentimiento del mismo por lo que se elimina uno de los elementos objetivos del tipo. La discusión se puede centrar cuando existan elementos extraños y que sean desconocidos por el hombre previo a una relación sexual, como puede ser la utilización de sustancias químicas o alucinógenas que provoquen una erección involuntaria de aquel que se pretende considerar como sujeto pasivo de la infracción, pese a lo cual la mujer siempre va ser la persona que va hacer accedida carnalmente, no olvidemos que la unión sexual ha sido definida de varias maneras, como un acceso carnal, coito, conjunción carnal, unión sexual, etc., buscando en definitiva que se determina que la violación se produce únicamente cuando hay la unión carnal de los órganos sexuales masculino o femenino por las vías anales, vaginales o bucales.

Para tener un concepto claro y preciso de lo que es violación y, luego que se aplique a nuestra legislación, y determinar si en verdad la tipicidad actual es adecuada o no, debemos citar los conceptos emitidos por varios autores.

Maggiore, señala: “El delito de violación carnal, consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencias o amenazas”⁵².

Fotan Balestra, considera en su concepción más amplia a la violación como “El acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta”⁵³

⁵⁰ Tenca, 93-94 citado por Donna, *Derecho Penal Parte Especial*, Tomo I, Buenos Aires, 580,

⁵¹ Albán Ernesto, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte Especial*, Tomo II, 1ra. Ed. (Quito: Ediciones Legales), 834.

⁵² Maggiore, “Derecho Penal”, (Bogotá, 1955), en Celestino Porte Petit, *Ensayo dogmático sobre el delito de violación*, 12.

⁵³ *Ibíd.*

Luis Fernando Tocora define acceso carnal: “es la penetración del miembro masculino de una persona en alguna de las cavidades de otro. Esas cavidades pueden ser la vagina, el ano y la boca. También se utilizan las palabras cópula, ayuntamiento, concúbito, entre otras para designar el acceso.

Los elementos son en consecuencia: a) acceso carnal, b) violencia, c) nexo causal.⁵⁴”

Adrián Marcelo Tenca, señala: La violación es el acceso carnal obtenido contra la voluntad del sujeto pasivo.”⁵⁵.

Antonio Camaño Rosa, señala: “Comete violación el que compele a una persona del mismo o de distinto sexo, con violencias o amenazas a sufrir la conjunción carnal, aunque el acto no llegara a consumarse”.⁵⁶

Raúl Goldstein, señala: “violación es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta. Así, por ejemplo, cuando la víctima fuere menor de doce años; cuando la persona ofendida se hallare privada de razón o de sentido o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir o cuando se usare para ello la fuerza o intimidación. La acción típica consiste en tener acceso carnal. Acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta. El acceso carnal es la penetración sexual, y se produce cuando el órgano genital entre en el cuerpo”.⁵⁷

De las definiciones enunciadas, se puede llegar a la conclusión que para que exista violación necesariamente debe haber un acceso carnal, en el que la falta de consentimiento es un elemento indispensable para la producción del acto delictivo, en virtud en que la voluntad de la víctima desaparece sea por *la vis compulsiva o por la vis absoluta*, y en diferentes circunstancias pudiendo ser entre ellas la edad, la privación de la razón o del sentido, la utilización de medios coercitivos.

Si se analiza cada uno de los conceptos enunciados, y se los compara con el concepto establecido en nuestra legislación, específicamente en el Código Orgánico Integral Penal, se puede concluir que existe un denominador común y, es que para que se produzca este hecho delictivo necesariamente debe darse la penetración del miembro

⁵⁴ Tocora, “La Violación”, En Quiceno *El delito Sexual, el aborto estudios de derecho penal especial*, 55.

⁵⁵ A. Tenca, 61.

⁵⁶ Antonio Camaño Rosa, “Delitos Sexuales”, En Quiceno, *El delito Sexual, el aborto estudios de derecho penal especial*, 103.

⁵⁷ Raúl Goldstein, “*Diccionario de Derecho Penal y Criminología*”, 2da. ed., 664.

viril del hombre, en la cavidad de la mujer, o a su vez el acceso carnal con introducción del hombre, en una mujer o en otro hombre, por la vía anal *contra natura*, o por la vía oral *fellatio in ore*.

Por otro lado, se tiene que la violación se puede llevar a cabo con la introducción de instrumentos o cuerpos extraños diversos al miembro viril, en cuyo caso el agente de la infracción puede ser indistintamente un hombre o una mujer, lo que no está claro en esta segunda definición del delito de violación, cuales son los órganos diferentes a los dedos que pueden ser introducidos en la víctima.

La pregunta es ¿aparte de la lengua, que otro órgano puede utilizar una persona para perpetrar este hecho delictivo? ¿Al agregarse la palabra órganos, el legislador pretendió ampliar el instrumento por el cual se pretende la comisión de la infracción. Esta incorporación corresponde a un estudio técnico y científico?

Desde 1998 la introducción vía oral del miembro viril se convierte en una violación pues se considera que este acto atenta contra la libertad sexual, como bien jurídico protegido. Entorno a esta reforma se encuentran dos dificultades:

1. Que al hablar de acceso carnal con introducción del miembro viril, elimina la posibilidad de que una mujer pueda ser sujeto activo de la infracción. Esta concepción puede ser objeto de críticas, por quienes sustenten el criterio de que al agregarse la frase “introducción” se entendería que no solamente se produce el acto delictivo por quien introduce el miembro, sino también por quien se hace introducir, criterio que no compartimos porque se está efectuando una interpretación de la norma obviando lo señalado en el Código Orgánico Integral Penal.⁵⁸, por lo que debería aclararse en este concepto que quien provoca una introducción del miembro viril con la utilización de cualquier elemento (sin que se refiera a objetos distintos del miembro viril) pero que tenga como propósito la vulneración del consentimiento, también debe ser considerado como sujeto activo de la infracción.
2. Se establece un caso específico en este concepto, que radica en el hecho de que la introducción del miembro viril por vía bucal, es considerado como una agresión sexual agravada, que no es otra cosa que la violación. El sujeto pasivo de la infracción en este caso puede ser indistintamente hombre o

⁵⁸ COIP, art. 13

mujer, pero el sujeto activo únicamente puede ser el hombre. Entonces se debe formular la siguiente pregunta ¿si el bien jurídicamente protegido es la libertad sexual, o la indemnidad sexual (en caso de los menores) qué tipo penal se produce cuando el órgano sexual femenino es colocado en la boca de una persona sea esta hombre o mujer, sin su consentimiento?

La norma es clara cuando refiere que la introducción será del miembro viril por la vía bucal, pero en la pregunta que se plantea, una mujer puede perfectamente utilizar instrumentos, llámese arma blanca, amenazas, etc., para que el sujeto pasivo de la infracción introduzca en el órgano sexual femenino su lengua, por lo que evidentemente el agente provocador es quien va a ser introducido, sin embargo por lo cual esta acción no ha sido descrita como infracción dentro de nuestra legislación.

De todo lo manifestado, se puede definir al delito de violación como la unión carnal entre personas, violentando la libertad sexual de una de ellas, con la intervención de varios factores, los mismos que pueden ser endógenos o exógenos, siempre que éstos vulneren el consentimiento de la víctima.

2.3. Elementos constitutivos de la Violación

Como se conoce el delito es un acto humano que comprende por una parte el movimiento corporal de la acción ejecutada [acción] o de la acción esperada [omisión] y de otra el resultado [daño] producido o la potencialidad que se produzca [peligro]. Para que este resultado dañoso pueda ser imputable se necesita que exista una relación de causalidad entre la conducta humana y el resultado.⁵⁹

Al hablar del autor de un hecho, necesariamente nos estamos refiriendo a aquel sujeto a quien se le puede imputar un hecho, como suyo, que lo realiza y que puede señalarse que le pertenece; en este sentido se lo puede considerar como autor inicialmente a quien realice el acto por sí solo.

Sobre esta base a entrado en discusión a quien se le puede considerar como autor de un hecho delictivo, por lo que los conceptos de autoría, autoría inmediata, coautoría, inducción y complicidad deben ser analizados para entender su alcance.

⁵⁹Luis Jiménez de Asúa, *Teoría del Delito* (México D.F: Jurídica Universitaria, 2009), 56.

Edgar Alberto Donna al hablar del autor refiere varias teorías a saber: la teoría unitaria de autor, la autoría diferenciadora de autor dentro de la cual tenemos la teoría subjetiva y la formal objetiva, la teoría objetivo materiales y la del dominio del hecho.⁶⁰

En la teoría unitaria del autor Edgardo Donna señala que no existe ninguna diferenciación entre los distintos partícipes del delito “considerando autores a todos los intervinientes que aporten una contribución causal a la realización del tipo, con independencia de la importancia que haya tenido su colaboración en el marco de tal suceso”.⁶¹

En las teorías diferenciadores por el contrario encontramos la teoría subjetiva que establece que será el “autor quien actúe con animus auctoris, y el partícipe el que lo haga animus socii”, en virtud de la cual todos los individuos que realicen algún aporte en el hecho son sus causantes⁶².

En la teoría del dolo, el partícipe quiere el resultado solo si el autor lo quiere, y si el autor no lo quiere tampoco él. La decisión de si el resultado se va producir o no debe dejársela a criterio del autor.⁶³

En la teoría del interés que fuere defendida por Feuerbach y Henke, autor es quien tiene el animus auctoris y es quien persigue un interés propio del hecho, mientras que partícipe es quien tiene el animus socii, actúa en base a un interés ajeno. Lo que equivale a decir que el autor es quien obra con voluntad independientemente del aporte que realice en el exterior, sin depender de la voluntad de otra persona.⁶⁴

Al hablar de la teoría del dominio del hecho Donna manifiesta que “autor es quien comete el delito por sí mismo poniendo el concreto proceso de realización de la lesión típica o, en caso de ser varias las personas, aquel que en un proceso de atribución a un sujeto libre, sobre un curso de conductas objetivas, tiene el dominio de los hechos, siempre dentro de la idea de conductas externas y libres”.⁶⁵

Para el estudio se debe establecer que la violación es un delito de resultado, es decir que producido el evento se produce en el cambio del mundo exterior, por la acción que se realiza, se perfecciona con el acceso carnal entre el sujeto activo y pasivo de la

⁶⁰ Edgardo Donna, *La Autoría y la participación criminal*. (Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni Editores, 2009), 9-12.

⁶¹ *Ibíd.*, 14

⁶² *Ibíd.*, 18

⁶³ *Ibíd.*, 19

⁶⁴ *Ibíd.*, 19-20

⁶⁵ *Ibíd.*, 43

infracción, esta conjunción sexual debe ser ilícita, por lo que al hablar específicamente de los elementos de la violación, establece que estos son los siguientes: el acceso carnal, el uso de violencia física [fuerza], el uso de la intimidación [coacción moral], la falta de consentimiento, la imposibilidad de resistencia de la víctima y por último la edad del sujeto pasivo de la infracción.

Con respecto a los elementos del delito de violación, varios tratadistas se han pronunciado, y señalan lo siguiente:

- Ranieri, expresa que son el sujeto activo, la conducta criminosa, el objeto material, el evento y el dolo genérico.⁶⁶
- Cuello Calón, se refiere al hecho de yacimiento, sea ilícito y la voluntad de yacer.⁶⁷

Dentro de los elementos, se establece que el primero se refiere al acceso carnal. Luego la conjunción carnal se configura únicamente cuando se utiliza violencia o amenaza, o además cuando se abusa de la incapacidad que tiene la víctima para consentir o resistir el acto sexual, además tiene a quienes intervienen dentro de la perpetración de esta infracción, esto es el sujeto activo y pasivo de la infracción y finalmente la edad de la víctima, que actualmente en nuestra legislación se habla de que la misma es menor de 14 años.

2.3.1. Acceso carnal

Es un término que se utiliza en varias legislaciones, siendo sinónimo de aproximación sexual, conjunción carnal, yacer, cópula, etc., la característica principal para que el acceso carnal se convierta en elemento material de la violación es que este se realice con violencia o fraude, en virtud de que el mismo es una función normal que se produce entre dos personas.

Al señalar el término normal se entiende que este se produce por el acoplamiento físico entre dos personas de diferente sexo, conociendo a este acceso carnal como coito vaginal.

Pero también existe el denominado acceso carnal anormal, que tiene relación a la cópula que se puede producir entre el sujeto activo de la infracción, y el sujeto pasivo,

⁶⁶ Ranieri, Derecho Penal II, (1952), 52, citado por Petit, *Ensayo dogmático sobre el delito de violación*, 13.

⁶⁷ *Ibíd.*

por vía anal o por vía oral, debiendo analizar si este tipo de relación se produjo con consentimiento o vulnerando el mismo.

Cuando se ha referido que el acceso carnal se produce por la vía normal, responde al criterio doctrinario conocido como noción restringida, y cuando hablamos del acceso carnal anormal, nos referimos a la corriente doctrinaria como noción lata o extensa.

- La Noción restringida, determina que el acceso carnal es solamente la introducción del genital masculino en el genital femenino, vale decir coito vaginal o bucal⁶⁸;
- La Noción lata o extensa, dice entre otras cosas que es el hecho en virtud del cual el órgano genital de una persona, sujeto activo o pasivo, es introducido en el cuerpo de otra por la vía normal o anormal, en forma tal que haga posible el coito o un equivalente anormal de él.⁶⁹

Como se ha venido sosteniendo en este estudio el acceso carnal constituye una actividad fisiológica que por sí solo no puede ser objeto de sanción alguna, sin embargo este adquiere el carácter de infracción cuando se produce el mismo con medios coercitivos que vulneren el consentimiento de uno de los intervinientes del acto sexual (sujeto pasivo) y que puede producirse por la vía vaginal, por la vía anal o por la vía bucal, entendiéndose que por cualquiera de las tres vías señaladas hablamos de que efectivamente existe un acceso carnal y por lo tanto puede ser objeto de investigación y sanción en caso de verificarse la ausencia de la voluntad.

2.3.2. Consentimiento

Al hablar del consentimiento en materia de delitos sexuales, se refiere a la ausencia de voluntad que tiene la víctima, para mantener una relación de carácter sexual.

Este consentimiento puede ser vulnerado por varios factores, uno de ellos puede ser la edad, otro puede ser la inmadurez o incapacidad mental de la persona ofendida.

⁶⁸ Antonio Bascuñan Valdez, *El Delito de abusos deshonestos*, Editorial Jurídica de Chile, (Santiago, 1961, 78).

⁶⁹ MANFREDINI, Mario Trattato di diritto penale, Milano, Vallardi, (1934), 13, citado por Petit, *Ensayo dogmático sobre el delito de violación*, 13.

Un problema a tratar es aquel que se refiere al consentimiento que puede proporcionar la víctima en los ilícitos que atentan contra la libertad y el honor sexual, especialmente en los cuales la víctima de manera libre y voluntaria permite que se le acceda carnalmente, puesto que puede ser que no existan actos de violencia para consumir el hecho delictivo.

El Código Orgánico Integral Penal señala que en los delitos que atentan contra la libertad sexual, el consentimiento dado por la víctima menor de 18 años es irrelevante,⁷⁰ lo cual constituye un error en virtud de que no solamente existe la violación como un tipo penal establecido en la ley, sino que también existe otras figuras como el estupro en la cual el elemento básico para la comisión de la infracción es mantener una relación sexual con una persona mayor de 14 años y menor de 18 años, debiendo partir del hecho que esta relación sexual es voluntaria, puesto que si la misma se produciría vulnerando el consentimiento de la víctima estaríamos frente a otro tipo penal.

Sobre este tema Claus Roxin, señala que el acuerdo tiene el efecto excluyente del tipo, en consideración especialmente de aquellos tipos en los cuales la acción típica presupone conceptualmente un actuar contra o sin la voluntad del lesionado especialmente en los delitos de coacción⁷¹.

Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma en su obra *Derechos y Garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, se refiere a la violación propiamente dicha, hasta antes de la reforma del 21 de julio de 1998⁷² la edad que se consideraba como adecuada para que una persona pueda decidir libremente de acuerdo de su cuerpo, y con quien pueda

⁷⁰ COIP, art. 175 num.5

⁷¹ Claus Roxin, *La Teoría del Delito en la discusión actual*. (Lima: Ed. Jurídica Grijley, 2007), 261.

⁷² Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de la protección integral, varios autores, nos menciona: la autonomía plena no se reconoce a las personas menores de 18 años, pero de acuerdo a nuestra legislación, y a los instrumentos internacionales estudiados la autonomía se alcanza progresivamente en medida de la edad y madurez hasta que se adquiere totalmente al cumplir la mayoría de edad.

De acuerdo con Landsdown, el ejercicio de la autonomía requiere el cumplimiento de tres condiciones: la capacidad, el deseo y la oportunidad. Esto nos lleva además a recordar que el principio opera en dos sentidos: para no negar el ejercicio de mayores competencias cuando las condiciones se dan; pero también para impedir que sean expuestos a situaciones a las que no están preparados, adultizándolos prematuramente, o en aquellas situaciones en las que no quieren intervenir. Pero tenemos recordar que “el cumplimiento de los derechos del niño no puede depender de su capacidad de ejercer la autonomía o del hecho que hayan alcanzado una edad determinada. Todos los derechos del niño se aplican a todos los niños, p.475 Farith Simon Campaña, “Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia (De las legislaciones integrales al “Estado constitucional de derechos”). Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación”.

mantener relaciones sexuales era de 12 años, esta edad fue modificada tomando en consideración la aplicación de varios conceptos tales como el desarrollo físico y psicológico que pueda tener un menor.

La Constitución de la República protege a los menores, por cuanto busca un desarrollo armónico e integral, así como pretende que los menores puedan ejercer plenamente sus derechos.⁷³

Esta protección se encuentra desarrollada también en el pacto internacional de derechos civiles y políticos⁷⁴ así también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica donde se establece que todo niño tiene derecho a una protección por parte de la familia, la sociedad y el Estado.⁷⁵

En la Convención sobre los Derechos del Niño, se reconoce la falta de madurez física y mental de los niños y se establece como consecuencia la necesidad de una protección y cuidado de cualquier forma de explotación, poniendo como relevancia al interés superior del niño entendiéndose al mismo como la protección de los derechos del niño que prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlo.⁷⁶

El Estado busca la protección de los menores en virtud de la indefensión en que se puede encontrar la víctima que ha sido sujeto pasivo de la infracción. Sobre este tema la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-544/03 nos menciona:

Las autoridades judiciales que intervengan en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos. En efecto, en la mayoría de estos casos, los responsables del abuso sexual son personas allegadas al menor, aun con vínculos de parentesco, lo cual dificulta enormemente la investigación de ilícito. Es usual asimismo que la víctima se encuentra bajo enormes presiones psicológicas y familiares al momento de rendir testimonio contra el agresor. De tal suerte que constituiría acto de discriminación cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato

⁷³ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derechos”, cap. tercero, “Derechos de las personas y grupos de atención prioritaria”, art. 44 ([Quito]: Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, sf.): 13.

⁷⁴ Pacto Internacional de derechos civiles y político, (1966) art. 10.

⁷⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, (1969) art. 19.

⁷⁶ Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño”. En Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, *Derechos y Garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*, (Quito, 2010, 85-106).

que regularmente se le acuerda a un adulto, omite realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria, profiera frases o expresiones lesivas a la dignidad del menor o lo intimide o coaccione de cualquier manera para que declare en algún u otro sentido o para que no lo haga. Tales prácticas vulneran gravemente la Constitución y comprometen la responsabilidad penal y disciplinaria del funcionario que las cometa. En este orden de ideas, el interés superior del niño conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud pasiva frente al menor víctima de delitos sexuales en el curso de un proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria.⁷⁷

En el ámbito puramente de los delitos sexuales, se denomina al consentimiento como la ausencia de voluntad, y señala que es la resistencia, o sea los medios de defensa que la víctima debe operar para no sufrir en el acto sexual en contra de su voluntad, es un requisito que ofrece problemas en su valoración.

La violación no solamente se produce en contra de menores de edad, tal como lo hemos analizado en líneas anteriores, y en donde se protege no solo a la libertad sexual sino que el bien jurídico protegido va más allá y se habla de una protección a la indemnidad sexual, pues este concepto abarca mucho más allá de la libre decisión que pueda tener un menor sobre su cuerpo, toda vez que un niño no mantiene una madurez física y psicológica apropiada, lo cual impide que este pueda ser libre en sus decisiones sobre todo en el desarrollo sexual.

El ámbito en el que se producen este tipo de actos, generalmente es el familiar, en el cual habitualmente existe una relación de poder entre el sujeto activo y la víctima, por lo que se requiere que dentro del desarrollo sexual del menor se evite conversaciones inapropiadas sobre sexualidad, hacer chistes sobre sexo, interrogar a los adolescentes acerca de sus experiencias sexuales, no emplear calificativos despectivos de connotación sexual, ya que si bien puede ser saludable y necesaria la educación sexual, informándole sobre lo que es su cuerpo, no es menos cierto que traspasar esta línea subjetiva de trato puede convertirse en un abuso sexual⁷⁸.

Hemos señalado que el consentimiento, es el derecho que tiene que ser respetado por quien pretende mantener una relación de carácter sexual, y se ha analizado como los menores de edad pueden ser vulnerados en su consentimiento, en unos casos con la utilización de la *vis compulsiva* y en otros con la *vis absoluta*, pero también se indicó

⁷⁷ Colombia, Corte Constitucional, <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-078-10.htm>>

⁷⁸ Gayne Villagómez Weir, “La violencia sexual contra la Niñez y adolescencia desde una perspectiva de género”. En Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma, *Derechos y Garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*. (Quito, 2010, 410).

que la relación puede ser sin vulnerar el consentimiento de la misma, pero que en ocasiones resulta un hecho irrelevante debido a su edad.

Otro sujeto pasivo dentro de la infracción, puede ser la mujer que mantiene un vínculo sentimental llámese cónyuge [dentro del matrimonio] o concubina [al hablar de una relación de hecho], en donde existe el denominado débito conyugal que es el pacto por el cual llegan dos personas para mantener una relación sexual en cualquier momento.

Tenca sostiene que el bien jurídico protegido se refiere a la libertad sexual y entendería que aquel se refiere al libre consentimiento del sujeto pasivo de la infracción, sin que ninguna circunstancia pueda vulnerar esta capacidad de decisión, aunque algunos autores sostienen la tesis de que la violación no podría darse en el matrimonio, podría concurrir el delito de lesiones si se produjere algún daño ejerciendo la violencia, entre ellos tenemos a Moreno, Carrera, Núñez, quienes sostienen que por el débito conyugal no podría existir violación puesto que el marido tiene derecho a exigirle a su esposa una relación de carácter sexual y que la violencia no podría constituir una violación. A este concepto Soler añade que solo existe una salvedad, la cual radica en que la violación se produciría únicamente cuando la relación sea *contra natura*⁷⁹, tesis que no la compartimos por los razonamientos expuestos.

El Artículo 175.5 del COIP, refiere que en los delitos sexuales el consentimiento dado por una persona menor de 18 años, resulta irrelevante; sin embargo, al hablar específicamente del delito de estupro, se encuentra que el tipo penal se configura cuando la víctima es mayor de 14 años y menor de 18, teniendo como elemento constitutivo del delito el acceso carnal pero con consentimiento de la víctima. Se plantea la siguiente hipótesis ¿Qué sucede en el caso en que una menor de 17 años haya formado una relación de pareja, sea en matrimonio o de unión de hecho, con libre consentimiento, pero aparece una tercera persona con quien mantiene un vínculo también sentimental en base a ofrecimientos que se pueden producir. Si esta tercera persona logra un acceso carnal voluntario con la mujer enunciada al inicio de este ejemplo será que comete el delito de estupro?

Considera que para resolver un problema relativo al consentimiento no basta analizar únicamente la edad del sujeto pasivo de la infracción sino que deben

⁷⁹ Tenca, 10.

considerarse todos los factores que rodean a la misma, este tema será desarrollado al momento que entremos a estudiar la prueba en este tipo de delitos.

Un tercer elemento que dentro del consentimiento, es cuando se produce la relación sexual con una prostituta, en virtud de que previo al acto sexual aparece un contrato entre el hombre y la persona que ejerce su trabajo sexual, que a criterio de algunos autores dicho acto no configura el delito de violación, en virtud de que si el prostíbulo se encuentra funcionando con la reglamentación vigente, el cliente al pagar por un servicio no puede vulnerar el consentimiento de la víctima, que está viciado, puesto que al momento que ingresa a laborar en un centro de tolerancia, conoce que mantendrá relaciones sexuales con gente a quien no ha visto anteriormente.

Se percibe que la trilogía señalada al inicio de este estudio es decir sexo, pecado y religión influye notablemente en las legislaciones de los países, puesto que la moral y el derecho están tan íntimamente ligados, que en el caso específico de una prostituta el sujeto activo de la infracción puede alegar que no existiría vulneración del consentimiento debido a que su trabajo consiste en mantener relaciones sexuales a cambio de dinero, y en segundo lugar porque no existiría una calidad moral u honestidad conforme lo han señalado varios cuerpos legales especialmente en la antigüedad, tal es el caso del Código argentino de 1886, “donde se castigaba con orden creciente de gravedad de violación de una prostituta, de una mujer honrada, de una mujer casada, y menor de 12 años⁸⁰”.

En el concepto que el hecho de que una mujer labore dentro de un centro de tolerancia, no determina que la misma necesariamente deba mantener una relación sexual si voluntariamente no lo quiere hacer, puesto que la capacidad que ella tiene para escoger sobre la utilización de su cuerpo no puede ser vulnerada por su actividad laboral, tanto más que inclusive en este trabajo ya que corre el riesgo de adquirir una enfermedad de transmisión sexual por lo que es libre de escoger con quien y cuando mantener una relación sexual.

2.3.3. Violencia

La característica de la violación, es la utilización de la violencia o fuerza física, y de la intimidación. “Hay violencia cuando se aplica vis absoluta, o cuando se emplea

⁸⁰ *Ibíd.* 8.

violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia oponga la víctima mayor será la energía física que aplicará el delincuente”.⁸¹

Este desplazamiento de energía tiene por objetivo que la víctima doblegue su resistencia, o impida que esta ejerza actos que permitan defender su integridad.

Cuando se producen esta clase de infracciones el examen médico legal ginecológico, así como el examen psicológico de la víctima y la recolección de pruebas va a establecer a ciencia cierta la utilización de la fuerza para llegar a obtener el acceso carnal.

La víctima en muchos casos puede ejercer actos de defensa, por lo que se pueden obtener muestras de restos humanos en sus uñas cuando trata de protegerse del agresor, también se encontrará signos de forzamiento a nivel de las muñecas y a nivel de las extremidades inferiores llámese muslos o rodillas. Al hablar del himen en esta clase de infracciones no necesariamente se encontrará una lesión a nivel himeneal, puesto que encontramos en este una gran variedad de formas y estructuras, por lo que un diagnóstico médico no es simple, ya que por este concepto se puede llegar a obtener resultados que no correspondan a la realidad.

El autor Luis Alberto Kvitko define al himen como “un tabique incompleto que se inserta en el límite respectivo de los conductos vaginal y bulbar su situación es horizontal estando la mujer de pie y vertical cuando esta descansa de cubito supino”⁸²

Al hablar de los desgarros himeneales, se debe partir de que este consiste en la ruptura de la membrana que llega en su base de inserción en la vagina, los bordes de los desgarros son irregulares, generalmente asimétricos, y se pueden verificar mediante el examen con lupa, colposcopio o por medio de una anatomía patológica, estos se pueden producir por diversas causas a saber:

1. Cópula.- que es la primera causa de producción.
2. Introducción de objetos.- la ruptura del himen dependerá del instrumento utilizado y la violencia de la maniobra producida.
3. Yatrogenia.- esta lesión refiere a la que se produce al momento de realizar un examen ginecológico practicado por un médico.

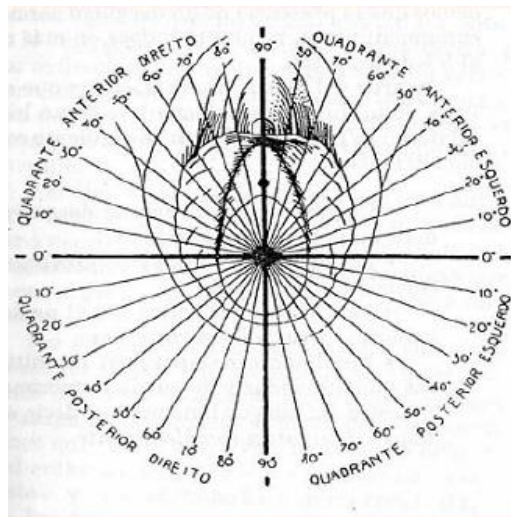
⁸¹ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, (Valencia: Tirantlo Blanch, 2007), 216.

⁸² Luis Alberto Kvitko, *El Himen estudio médico legal* (Quito: Oni Grupo Editoriales, 2015), 23.

4. Accidente.- se produce generalmente cuando la mujer se cae sobre un objeto duro.
5. Heteromasturbación.- esta lesión se produce por la acción de uno o más dedos que se introducen en la vagina, en caso de un abuso sexual.
6. Automasturbación.- no se considera que esta maniobra pueda dañar el himen de una niña, en razón de que es una fricción sobre el clítoris y los pequeños labios y rara vez con la introducción de los dedos en la vagina.
7. Cirugía.- es cuando el paciente se somete a una intervención quirúrgica.

El desgarro produce una hemorragia, cuya intensidad depende de la gravedad del mismo, su ubicación se la realiza en base a cuadrantes horarios, depende mucho de la configuración del himen, del espesor del tabique y de la resistencia que pueda ofrecer⁸³.

1. UBICACIÓN DE LOS DESGARROS



ESQUEMA PARA LA LOCALIZACIÓN DE LEESIONES HIMENEALES
SEGUN OSCAR FREIRE (Brasil)⁸⁴

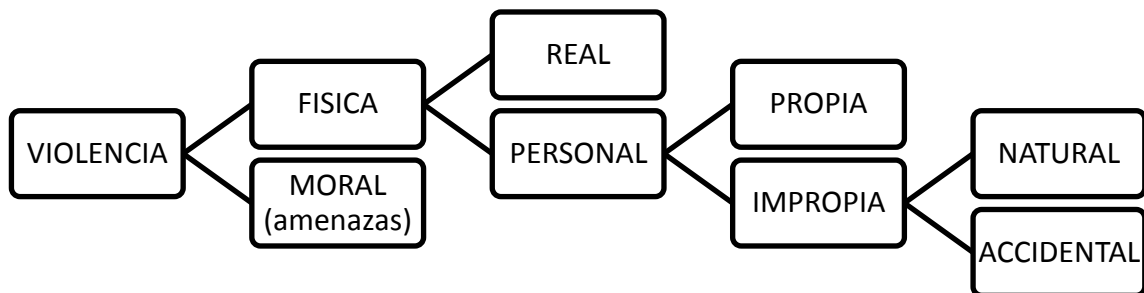
La violencia física, se divide en real y personal, y esta última en propia e impropia, subdividiéndose la impropia en natural y accidental.

Lo mencionado en las líneas precedentes, se puede resumir en el siguiente cuadro:

⁸³ Leo Julio Lencioni, *Los Delitos Sexuales manual de investigación pericial para médicos y abogados* (México: Trilias, 2002), 95-96.

⁸⁴ *Ibíd.* 70.

1. TIPOS DE VIOLENCIA



Elaborado por: Julio César Vasco

Al señalar a la violencia como uno de los elementos del delito, y al haber explicado de manera somera las lesiones que se pueden producir a nivel genital y extragenital en la víctima, es importante destacar que el uso de la coacción física no necesariamente puede verificarse con la presencia del desfloramiento, desgarré o de lesiones corporales, puesto que lo único que interesa es que el empleo de la misma provoque la realización de la cópula sin la voluntad de la víctima.

Una posición en contrario respecto a este tema es aquella que señala la imposibilidad de que una mujer pueda ser objeto de violación por un solo hombre cuando esta tenga una capacidad ordinaria de resistencia, que impida la realización del coito, y se ha puesto como ejemplo el relato de Cervantes en la obra de El Quijote, criterio que no se comparte toda vez que el empleo de la fuerza constituye un elemento indispensable para vulnerar el consentimiento de la víctima.

Al hablar de fuerza no solamente se refiere a la física, sino también a la fuerza moral o intimidación, en la cual no obtendremos ninguna huella corporal de violencia, puesto que la misma constituye una amenaza acerca de un mal futuro que impide a la víctima ejercer actos de defensa en contra de su agresor. Esta violencia moral o intimidación conocida como vis compulsiva indica que la amenaza debe tener una cierta gravedad y debe guardar relación con la agresión sexual, se puede citar como ejemplos el hecho de que un hombre adulto amenaza a una joven que va a avisar a sus padres que ella pasó la tarde con su novio, ante lo cual la chica para evitar este acto accede a mantener una relación sexual, o el caso de un profesor que amenaza a una menor a

reprobarle en la materia que dicta, lo cual provocaría una pérdida de año, en ambos casos podría constituirse un delito de violación en virtud de que existe una relación de causalidad entre la acción y el resultado.

Debe medirse la gravedad del mal que puede producirse, toda vez que este mal debe dejar a una persona en una situación de tal indefensión que impida que la víctima pueda ejercer actos de resistencia a la conjunción carnal⁸⁵.

En cuanto se refiere a la intimidación como el medio empleado para obtener el acceso carnal, y de acuerdo a los medios probatorios que se presenten, no existiría un mayor problema en determinar quién es el sujeto activo de la infracción. El inconveniente surge cuando este medio es utilizado por una mujer para obligar a mantener relaciones sexuales con un hombre mediante la utilización de la amenaza de un mal eminente, en virtud de que el hombre requiere necesariamente de una erección, es decir el deseo de mantener una relación sexual, por lo que esta actividad fisiológica está ligada a la condición psicológica del hombre quien al momento de poder llevar a cabo el acto sexual sin haber consumido ninguna sustancia psicotrópica o de cualquier índole que alteren su fisiología, en nuestro concepto no podría señalarse que la amenaza o intimidación podría darse en el hombre para ser sujeto pasivo de la infracción, a más de las consideraciones ya expuestas.

2.3.4. Imposibilidad de resistir de la Víctima

La víctima puede ser una persona que debido a ciertas circunstancias no puede resistir el ataque del agresor entre ellas el Art. 171 del COIP, recogiendo la concepción que se mantuvo desde el año 1938, establece tres casos específicos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón.
2. Cuando la víctima se halle privada del sentido.
3. Cuando sufra de alguna enfermedad, o discapacidad.

Al hablar de la privación de la razón, se debe entender que la víctima “padece de una perturbación mental en tal condición que le impide dirigir su propia conducta y darse cuenta de la naturaleza del acto”⁸⁶.

⁸⁵ Francisco Muñoz Conde, *Derecho Penal Parte Especial*, (Valencia: Tirantlo Blanch, 2007), 216

⁸⁶ Ecuador. Régimen Penal Ecuatoriano, Tomo 3, (Quito. Ediciones Legales, 2014), 836.

Esta perturbación mental determina que la víctima no percibe la realidad tal y como se produce, por lo tanto el consentimiento que pueda brindar sería irrelevante, en virtud de que el acceso carnal no se produciría con una aceptación directa de la misma. En este tipo de casos el problema surge cuando el sujeto activo de la infracción desconoce la situación psicológica de la víctima, creyendo que el acto sexual se realiza en forma normal.

Al hablar de la privación del sentido debe indicarse que este “debe entender como una situación temporal, transitoria, que puede deberse a enfermedad, golpes, administración de bebidas alcohólicas, drogas, somníferos, y aun podría darse en el sueño natural, aun cuando esta posibilidad ha sido discutida en la doctrina”⁸⁷.

Esta situación generalmente se produce en el sueño, tal como se ha indicado con la utilización de sustancias que pueden provocar en la víctima estados de coma, epilépticos, crepusculares, de delirium, etc., que no necesariamente deben ser provocados por el sujeto activo de la infracción, pero que si son aprovechados por el mismo. Al referirse de la embriaguez debe señalarse que esta no necesariamente puede provocar el estado de inconciencia de la víctima, puesto que la misma puede consentir la ingesta de alcohol hasta el punto en que tenga una noción de la realidad, lo cual no constituye un acto penado por la ley.

En cambio, si con esa misma ingesta se provoca una pérdida de conciencia sea de manera voluntaria o involuntaria, y es de pleno conocimiento de quien mantiene una relación sexual, en este momento que se configura el delito de violación puesto que la víctima no estuvo con un conocimiento pleno para decidir o no la realización de la conjunción carnal.

La utilización de narcóticos por el contrario determina que el sujeto activo de la infracción actúe sobre seguro con el resultado que pretende obtener, puesto que la sustancia puede ser suministrada a la víctima en líquidos, a través de una inyección, en alimentos, etc., lo cual establece que el objetivo principal es vulnerar no solo una resistencia física sino además eliminar completamente la capacidad de la víctima de recordar inclusive el acto al que fuere sometida.

⁸⁷ *Ibíd.*, 86.

La ebriedad alcohólica y la cocaínica, pueden provocar la disminución de la resistencia de la víctima, sin que de manera general provoque la pérdida de la conciencia

Dentro de este tipo de casos en los que se puede cometer el delito de violación existe también a la hipnosis definida como “el estado provocado artificialmente que, por lo común se parece al sueño, aunque fisiológicamente se distingue de él, y se caracteriza por el aumento de sugestionabilidad, a favor de la cual se pueden provocar ciertas anormalidades sensoriales, motoras y de memoria”⁸⁸, esta definición ha conllevado a que existan criterios divididos en la doctrina científica, puesto que la mayoría coincide en señalar que no puede existir una violación mediante hipnosis, por cuanto la víctima se despierta si no estaba dispuesta a consentir tal acto⁸⁹.

En el criterio, si se podría producir una violación cuando una persona se encuentra en una situación de hipnosis, toda vez que sus capacidades volitivas y cognitivas están disminuidas aunque no eliminadas, sin embargo no puede tener una resistencia cabal en torno a una situación de vulnerabilidad a la que se somete.

En este caso la indefensión que se provoca debido a la enfermedad o discapacidad que pueda tener la víctima, es muy general puesto que trata de señalar casos en los cuales el sujeto activo de la infracción aproveche la falta de defensa del sujeto pasivo y pueda tener un acceso directo, manejando la posibilidad inclusive de la inexistencia de huellas o vestigios que pueda dejar el cometimiento de esta infracción, estas discapacidades pueden ser causadas por inhibiciones o paralizaciones de la psicomotricidad, es decir del movimiento corporal, que determina que no pueda existir una capacidad de resistencia física aunque el nivel de conciencia no pueda verse afectado. Es por ello que el tipo penal es sancionado en su máxima expresión cuando el sujeto activo de la infracción esté al cuidado o custodia de la víctima, o cuando a su vez como consecuencia del acto provoque una grave enfermedad a la misma, a más de las circunstancias agravantes generales y específicas establecidas en los artículos 47 y 48 del COIP.

⁸⁸ Goldstein, “*Diccionario de Derecho Penal y Criminología*”, 382.

⁸⁹ Alejandro Basile, *Fundamentos de Medicina Legal deontología y bioética*, (Buenos Aires: El Ateneo, 2001), 165.

2.3.5. Edad del Sujeto Pasivo

En lo que tiene relación a la edad del sujeto pasivo de la infracción, debe partir del hecho señalado en líneas anteriores, esto es que el niño, no desarrolla sus capacidades fisiológicas y psicológicas de manera adecuada, hasta una determinada edad, que le permitan decidir acerca de la forma en que dispone de su cuerpo.

El límite mínimo para llegar a considerar a una persona con esta capacidad, no solo depende del desarrollo psicofisiológico, sino que además existen factores individuales y sociales que establecen la gravedad del acto sexual, en consideración a que la víctima forma parte de un grupo vulnerable. Hay que señalar que, antes de la reforma de 1998, la edad que fue tomada en cuenta en nuestra legislación era la de 12 años, pero a partir del referido año se ha partido como base para el mantenimiento de una relación sexual los 14 años.

En este tipo de infracciones, en verdad el consentimiento de la víctima resulta irrelevante, el problema que puede aparecer es cuando el agresor desconozca efectivamente que la víctima no tenía la edad que aparentaba pudiendo producirse en este momento un error de tipo excluyente de dolo, tal como señala Claus Roxin, cuando indica que en el derecho alemán, son punibles las acciones sexuales contra niños menores de 14 años, que sin embargo cuando el autor de este delito, al cometer este hecho considera de mayor edad a la víctima constituye un error de tipo excluyente de dolo aun cuando alguien le haya comunicado anteriormente cuál era la edad verdadera de la víctima, aunque él no lo haya recordado al momento de los hechos. Incluso si no se hubiese hecho ninguna representación de la edad, le falta todavía el conocimiento de una circunstancia fáctica para configurar el tipo penal⁹⁰.

En consecuencia, se debe concluir que la razón de la incriminación del acceso carnal con personas menores de 14 años de edad, no reside en una supuesta incapacidad del menor de esta edad para dar su consentimiento para el acceso carnal, puesto que nuestra ley penal no reconoce a ningún menor esta capacidad.

⁹⁰ Claus Roxin, *La teoría del delito en la discusión actual*. Trad. por Manuel A. Abanto Vásquez. (Lima: Grijley, 2007), 200.

Capítulo tercero

Sujetos de la relación procesal

Se debe entender por “sujetos procesales a aquellas personas que de manera principal, o accesoria, intervienen en la constitución y desarrollo del proceso penal por ser titulares de una determinada potestad, o por tener que cumplir ciertas funciones particulares y eventuales referidas a un concreto objeto procesal”.⁹¹

Con lo señalado “es evidente que los sujetos de la relación procesal pueden clasificar en principales y accesorios, además en públicos y privados”⁹², conforme lo señala Clariá Olmedo. Entre los sujetos procesales principales se encuentra al juez, al tribunal, al fiscal y al justiciable, en cambio que al hablar de los accesorios tenemos al secretario, a los testigos, a los peritos, etc. En cambio, cuando se señala que los sujetos pueden ser públicos se está refiriendo al juez o al fiscal y cuando se refiere a los privados indicamos que son los acusadores que determinan un interés particular.

Al hablar de los sujetos de la relación procesal se está refiriendo a quienes realizan una actividad que se considera indispensable para que pueda realizarse el proceso penal, en virtud de que son titulares de determinadas potestades, además de que deben cumplir ciertas funciones, y sin cuya actuación puede devenir en un proceso nulo.

Estos sujetos adquieren tal importancia. De su intervención depende la validez dentro de la razón jurídica procesal.

Para el año de 1983 el Ecuador se encontraba dentro del sistema inquisitivo en donde se tenía como sujetos de la relación procesal al Juez, quien tenía la obligación no solo de instruir el sumario correspondiente, sino que además asumía una función de investigador, lo cual lo convertía en el principal sujeto de la relación procesal; también intervenía directamente la policía nacional como un órgano de investigación que se encargaba no solo de elaborar informes, sino también de emitir conclusiones que en ciertas ocasiones no solo que establecían la existencia de un hecho presuntamente punible, sino que además endilgaban las presuntas responsabilidades penales sobre los

⁹¹ Jorge Zabala Baquerizo, *Tratado de Derecho procesal penal*, Tomo II, (Guayaquil: Edino, 2004), 311.

⁹² Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, citado por Zabala, *Tratado de Derecho procesal penal*, 2 Tomo, (Guayaquil: Edino, 2004), 311.

investigados, a tal punto que prácticamente se convertían en jueces y con sus informes establecían casi sentencias anticipadas. Los otros sujetos dentro de la relación procesal eran el sindicado, el ofendido y el fiscal, debiendo destacarse que la fiscalía, denominada en aquella época como Ministerio Público, no tenía un papel preponderante al momento de la resolución del caso, en virtud de que sus pronunciamientos podían o no ser acogidos por el juzgador ya que se trataban de simples opiniones⁹³.

Al ingresar al sistema penal acusatorio, en el año 2000, el Juez penal deja de considerarse como una parte procesal, pues desde aquella época se elimina la facultad de dictar el inicio de la investigación, y por el contrario se encuentra que los sujetos procesales son el Ministerio Público, el ofendido, el imputado y el defensor público. Posteriormente en el Registro Oficial 555-S⁹⁴, del 24 de marzo de 2009 se encuentra que la denominación de Ministerio Público, cambia por el de Fiscalía y además, los sujetos procesales desde aquel momento pasan a ser en primer lugar la Fiscalía como hemos dicho, en segundo lugar el ofendido, en tercer lugar el procesado y finalmente el defensor público.

Esta clasificación cambia radicalmente en el actual COIP, pues aquí se establece que los sujetos procesales dentro del proceso penal son: la persona procesada, la víctima, la Fiscalía y finalmente la defensa⁹⁵.

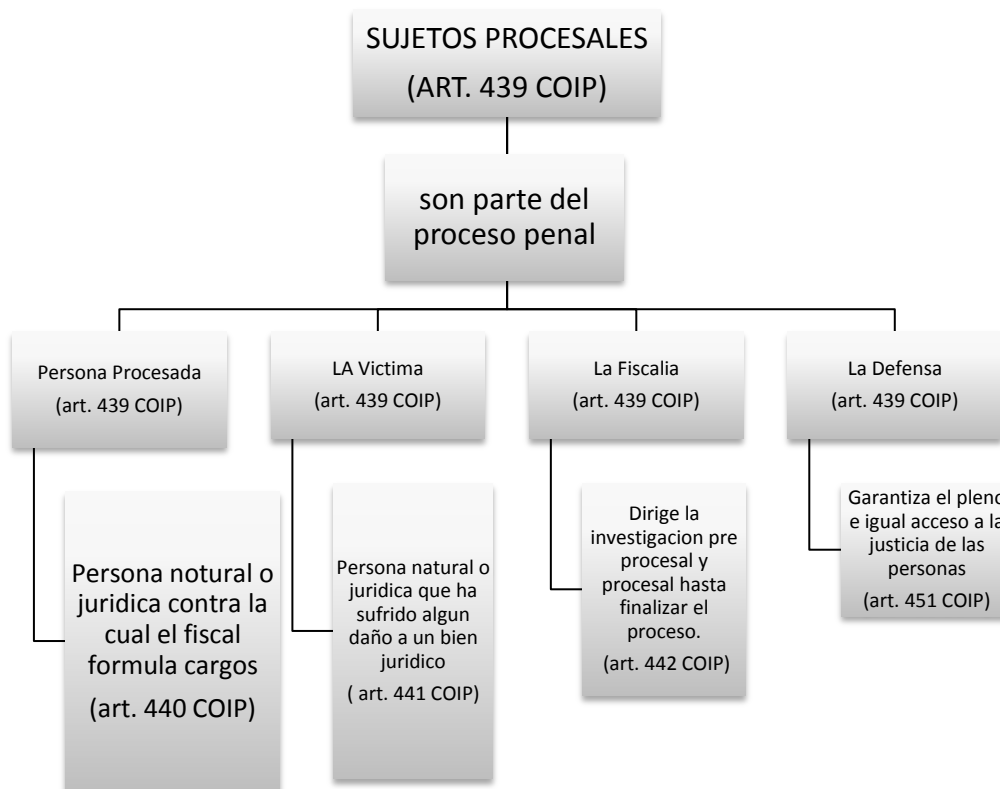
Este estudio se centrará en la actual clasificación que se ha establecido, realizando una comparación con aquellas que se citaron.

⁹³ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Según el Código Orgánico Integral Penal*. Tomo I. (Quito: Ediciones Legales EDLE, 2014), 217-218.

⁹⁴ Ecuador, *Ley s/n*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 555 (Quito, 24 de marzo de 2009).

⁹⁵ COIP, art. 439.

2. SUJETOS PROCESALES



Fuente: Código Orgánico Integral Penal

Elaboración: Manual Práctico Legal Ecuatoriano⁹⁶

3.1. La Persona Procesada

Dentro del sistema penal, se considera como procesado a la persona que se constituye como sujeto activo de la infracción.

Sujeto activo de la infracción penal

Es la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos, aún en los casos de asociación criminal, las penas recaen sólo en sus miembros integrantes. Solo en

⁹⁶ *Manual Práctico Legal Ecuatoriano* [2015], Tomo I, Corporación Myl, Ediciones Legales, 365.

la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena”⁹⁷.

Es preciso señalar que el Código Orgánico Penal, determina como procesado a la persona sea esta natural o jurídica contra quien el Fiscal formule cargos, es decir cuando ya inicia el proceso penal como tal, mientras se desarrolla la etapa o fase de indagación previa, se denomina sospechoso.

Para establecer esta denominación, el Código Integral Penal establece que es necesario que la Fiscalía, luego del proceso investigativo correspondiente, establezca una presunta participación obteniendo elementos de cargo y descargo, que le permitan al fiscal contar con elementos de convicción suficientes para deducir una imputación⁹⁸.

La referida denominación se la mantiene hasta el momento mismo que dura la instrucción fiscal, y se emite el correspondiente auto de llamamiento a juicio, manteniéndose esta denominación hasta el momento que se emite la correspondiente sentencia.⁹⁹

La innovación actual radica en que el procesado no solamente puede ser una persona natural, sino también la persona jurídica, estableciéndose de esta manera que puede ser responsable por la comisión de los delitos para beneficio propio o de sus asociados, en vista de que la empresa como agrupación de personas se ha convertido en una figura central, por medio de la cual se ha perpetrado delitos a nivel nacional e internacional.

Los delitos en los cuales, pueden participar las personas jurídicas relacionados con el medio ambiente, el terrorismo, blanqueo de capitales, la criminalidad organizada, el tráfico de drogas, los fraudes mediante medios informáticos, fraudes bancarios¹⁰⁰.

Como se puede observar dentro de esta clasificación no se incluyen delitos que atenten contra la libertad sexual, en virtud de que no en todos los casos las personas jurídicas pueden ser sujetos activos de la infracción, y al hablar específicamente de la violación, este es un delito de mano propia en el cual solamente se puede producir con la conjunción carnal de dos personas, siendo la característica esencial que sean seres

⁹⁷Jorge Machicado, "Sujeto Del Delito", 2010, <<http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/sujeto-del-delito.html>>

⁹⁸ COIP, art. 590-91

⁹⁹ Ibíd., arts. 608 y 621

¹⁰⁰ Paulina Araujo Granda, *La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador: la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral penal* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2014), 63.

humanos, pues al hablar de una participación por ejemplo de un socio, accionista o gerente de una persona jurídica, éste deberá responder por sus actos en forma individual.

Un tema polémico, es aquel que se refiere al establecimiento de una sanción para un menor de 18 años que este en conflicto con la ley penal, en virtud de que la norma aplicable es el código de la niñez y adolescencia, en donde no hablamos de persona procesada, sino de un niño o adolescente en conflicto con la ley, aquí se establecen medidas socioeducativas que permitan una reinserción social de quien comete una infracción.

Si se examina la casuística en nuestro país se encontrara que es muy común la existencia de casos de delitos de violación de adolescentes en contra de adolescentes, adolescentes en contra de niños, y adolescentes en contra de mayores, llegando en un altísimo porcentaje a la realización de procedimientos abreviados, con lo cual se produce una resolución que de cierta manera vulnera los derechos de la víctima, pues la sanción que se impone resulta mínima en comparación del daño causado¹⁰¹.

Para el presente estudio, una vez analizada la teoría de que la mujer puede o no constituirse como sujeto activo de la infracción o del delito de violación por las consideraciones ya expuestas, es preciso señalar que la normativa legal vigente en materia penal determina como sujetos activos del delito de violación quien introduzca parcial o totalmente el miembro viril, por la vía oral, vaginal o anal, o quien introduzca dedos, objetos, órganos distintos al señalado.

El tipo penal señala además como sujetos activos: el/ la tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima, el ascendiente, descendiente o colateral, hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y quien se encuentre bajo el cuidado de la víctima por cualquier motivo¹⁰².

Se debe recordar que al analizar las reformas que se han producido en nuestra legislación desde 1998 hasta la actualidad, se había manifestado que el sujeto activo de la infracción, que al mismo tiempo es el sujeto pasivo dentro del proceso, lo que se conoce como procesado, puede ser indistintamente un hombre o una mujer, cuando esta relación

¹⁰¹ Ecuador, Registro Oficial No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 370-390.

¹⁰² *COIP*, art. 171 numeral 4.

no consentida se produce con la introducción de objetos distintos al miembro viril, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril; y, puede ser únicamente un hombre cuando el acceso carnal se produce con la introducción del miembro viril por vía vaginal, anal o bucal.

La posición dentro de este último punto se la mantiene, por las siguientes consideraciones:

Al hablar de acceso carnal con introducción del miembro viril por vía oral, anal o vaginal, el hombre es el único que puede constituirse en sujeto activo de la infracción, en virtud de que fisiológicamente el hombre es el único apto para realizar el acto sexual, sin que la mujer pueda constituirse como sujeto activo de la infracción a pesar de que realice maniobras tales como la masturbación, o realice actos como suministrar algún producto químico o de cualquier naturaleza que provoque una reacción fisiológica que no dependa de la voluntad del sujeto pasivo de la infracción, la mujer siempre terminará siendo la introducida.

Aunque existen posiciones doctrinarias que establecen lo contrario como por ejemplo Celestino Porte Petit, quien recogiendo los conceptos de Antolisei Carrara¹⁰³,

¹⁰³ “Sujeto activo de la figura criminosa en examen puede ser un individuo de uno o de otro sexo: Si normalmente la violencia carnal se consuma de un hombre sobre una mujer, es hipotizable el caso inverso” (Manuale di diritto penale, Parte Speciale, I, p. 360, Milano, 1954).

Cuello Calón: “Sujeto de este delito puede ser cualquiera, no sólo un hombre, sino también una mujer cuando obre en concepto de inductora o cooperadora”. (Derecho Penal, II, pp. 549-550, 9º ed. Barcelona, 1955)

Gómez: “Sujeto activo de la violación puede ser no solamente un hombre, sino también una mujer, porque no es absurda la suposición de que una mujer, procure tener contacto carnal con un hombre mediante intimidación. Tampoco debe excluirse la posibilidad de violencia física de la mujer sobre el hombre, con el fin expuesto”. (Leyes penales anotadas, II, p. 267-268, Buenos Aires, 1953)

Manfredini: “Sujeto activo en la figura del delito de violación es cualquiera. Cualquiera es tanto un hombre como una mujer: la locución genérica de la ley no consiente ninguna limitación, ni, por otra parte, subsiste imposibilidad de violencia de mujer sobre hombre; por tanto, sujeto activo puede ser tanto un hombre cuanto una mujer” (Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, p. 128, Milano, 1934). A continuación agrega: “Nosotros, ya lo dijimos, no encontramos una imposibilidad en la hipótesis de la violación de una mujer sobre un varón, ya que la coacción puede efectuarse no sólo físicamente (por ejemplo, por administración de afrodisíacos que pongan en condiciones de no poder evitar la relación carnal), sino también psíquicamente: como, por ejemplo, actuando sobre el sentimiento moral del deber de abstinencia, que puede coexistir con un orgasmo venéreo. Se anularía por una forma de imposición cualquiera, el poder de inhibición ético-psicológica, sin que se torne imposible el mecanismo de la función” (Delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, p. 128, Milano, 1934). Cfr.: del mismo autor: Manuale di Diritto Penale, p. 425, Roma, 1931.

Manzini: “Sujeto activo del delito previsto en el artículo 519 puede ser cualquiera”, (Trattato di Diritto penale italiano, VII, p. 250, Torino, 1946).

Ranieri: “Sujeto activo puede ser únicamente quien tiene la posibilidad de unirse carnalmente. Pero sujeto activo puede ser sea un hombre sea una mujer” (Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale, III, pp. 52-53, Padova, 1952). Cfr. Manual de Derecho Penal, V, p. 79. Ed. Temis Bogotá. 1975.

Citados por Petit, “Ensayo dogmático sobre el delito de violación”, 33-34.

Cuello Calón, Fontan Balestra, Gómez, Gonzalo Blanco, Marggiore, Mancini, Manfredini, Manzini, Ranieri, Soler, quienes consideran que la mujer puede ser sujeto activo de la violación mediante la violencia física, pudiendo llegar al coito con el hombre, venciendo los obstáculos fisiológicos para a erección del hombre, a tal punto que este no pueda ofrecer resistencia en la maniobra a él realizada.¹⁰⁴

Con respecto a este criterio es posible citar dos ejemplos concretos:

1. Un muchacho de 21 años, inocente y por añadidura discapacitado mental, es sorprendido por tres muchachas mientras dormía. Una lo aferró de los brazos, otra de las piernas, y la tercera, mediante maniobras manuales, obtuvo la erección e introdujo el pene en su vulva hasta llegar a la eyaculación.
2. La prensa norteamericana ha relatado que en Texas un camionero fue detenido en una carretera por tres mujeres, con el pretexto de que les ayudase a cambiar una llanta. Amenazándolo con un revolver, lo desvistieron, lo amarraron y lo obligaron a poseerlas en un bosque cercano.

Si se analizara de manera exhaustiva estos ejemplos se encontrara con la absoluta certeza de que si bien es cierto se ha vulnerado el consentimiento de la víctima, no es menos cierto que quien termina siendo introducida es la mujer, por lo que para clarificar nuestra posición respecto a quien puede o no ser sujeto activo de la infracción debe señalarse que en nuestra legislación se declara como sujeto activo solamente al hombre, ya que si se habla de violación, ésta consiste en introducir el miembro viril en los genitales o recto de una mujer, o ano de un hombre, según consta en la primera parte del artículo 171 del COIP, debiendo ser reformada esta estructura que se da al tipo penal de violación, puesto que debería considerarse a la misma no dentro del concepto “acceso carnal con introducción total o parcial del miembro viril”, sino que debería establecerse como la conjunción carnal de dos personas ya sea introduciendo o haciéndose introducir el miembro viril, por la vía vaginal, anal o bucal, solo así podríamos considerar tanto al hombre como a la mujer como sujetos activos del delito, y pasivos dentro del proceso.

¹⁰⁴ Petit, “*Ensayo dogmático sobre el delito de violación*”, 36

3.2 La víctima

La intervención de la víctima como parte o sujeto procesal, constituye una innovación en materia penal, ya que el COIP incluye derechos propios de la víctima entre ellos el de poder intervenir dentro del proceso o dejar de hacerlo en cualquier momento, la no revictimización, su protección entre otros.

Esta denominación guarda relación con la acepción de ofendido que se determinaba en el Código de Procedimiento Penal, se debe considerar que la figura de la víctima ha pasado a un plano principal a nivel mundial, estableciendo una preocupación primordial acerca del papel que desempeña en la realización del acto penal, en virtud de que inicialmente ésta desempeñaba el papel de vengador en la ofensa inferida al individuo o a sus parientes. Desde el punto de vista penal de Zabala Baquerizo Jorge en la obra *“Tratado de Derecho Procesal Penal”* la víctima “es toda persona que ha recibido de manera directa o indirecta la lesión en un bien jurídico el cual es su titular”¹⁰⁵.

Hasta antes del apareamiento del ofendido, como sujeto de la relación procesal, no se efectuaba un estudio del papel que desempeñaba el mismo dentro del desarrollo de una conducta criminal, porque únicamente se establecía que aquella persona que recibía un agravio directo podría ser considerado como el sujeto pasivo de la infracción, sin embargo debemos diferenciar que con la realización de un acto delictivo no solamente se produce un daño al titular del bien jurídico lesionado sino que también se puede extender hacia otras personas que no son las ofendidas, pero si pueden ser las agraviadas.

El artículo 68 del Código de Procedimiento Penal establecía que el ofendido era el directamente afectado por la comisión de la infracción, incluyendo dentro de este punto a sus familiares por consanguinidad y afinidad. Tratándose de las relaciones parentales; también se refería a los socios de una sociedad cometidos por quienes lo administren o controlen, pudiendo observar que solamente se considera como ofendidos a los socios, dejando de lado a los parientes de los mismos y a los cónyuges, añadiéndose además que estos serán considerados ofendidos únicamente cuando los delitos afecten a una sociedad, lo que equivale a decir que el agravio no lo recibe

¹⁰⁵ Jorge Zabala Baquerizo, *Tratado de Derecho procesal Penal*, 2 Tomo, (Guayaquil: Edino, 2004), 340-341.

directamente el socio, sino que se considera como ofendido a la sociedad; además se encuentran las personas jurídicas de cualquier clase ya que no existe una especificidad en la norma pudiendo presentar la acción quien ejerza la representación legal. Aquí se debe señalar una diferencia en cuanto se refiere a los socios como ofendidos dentro de la infracción puesto que en el primer caso estos son quienes reciben la ofensa por parte de quien la administra o lo controla, en cambio en el segundo es la persona jurídica la que recibe la ofensa.¹⁰⁶

También se considera a cualquier persona que tenga un interés directo en los delitos que afecten un interés colectivo o difuso, lo cual conlleva a establecer que estos derechos colectivos tienen una especie de ofendidos especiales, porque al cometerse un delito de esta naturaleza afecta a todos en general y a cada uno de los integrantes de una colectividad en particular, pudiendo aparecer en este tipo de infracción que se refiere al medio ambiente, a los derechos de consumidores, etc.

Por último aparecen los pueblos y comunidades indígenas, dentro de los delitos que afecten a dicha comunidad, entendiéndose que quien debe presentarse como ofendida es la comunidad a través de sus representantes pero de manera colectiva, no así sus miembros de manera particular.

“La victimología es una parte de la criminología que estudia a la víctima no como el efecto de una realización de una conducta delictiva, sino como una de las causas principales, que produce la comisión de una infracción”.¹⁰⁷

En la actual norma tenemos el artículo 441 del COIP que establece que a las personas se las puede considerar como víctimas, eliminando de la legislación la palabra ofendido para señalar a la víctima como aquella “persona natural o jurídica que sufre, como resultado del cometimiento de un delito, la afectación o daño, físico o moral, material o psicológico”,¹⁰⁸ pero no solamente una víctima puede sufrir un daño físico o corporal, pero también un daño económico.

¹⁰⁶ Ecuador, Código de Procedimiento Penal, en Registro Oficial Suplemento No. 555, (Quito, 24 de marzo de 2009), art. 68, en adelante como *CPP*.

¹⁰⁷ Goldstein, “*Diccionario de Derecho Penal y Criminología*”, 662.

¹⁰⁸ Johnny Ayuardo Salcedo, “El derecho de las víctimas en la Constitución y el Nuevo Sistema Penal Integral Vigente”, *Corte Nacional de Justicia: Revista ensayos penales sala penal*, No. 1 (febrero 2013): 4.

De acuerdo a la norma descrita, se consideran como víctimas a las siguientes personas:

1. Personas naturales y jurídicas, que sean sujetos de derechos ya sea de manera directa o indirecta como consecuencia de una infracción.
2. Se mantiene al socio o accionista de una compañía, que haya sido afectado por infracciones cometidas por sus administradores, cambiando el concepto de dichas infracciones hayan afectado a la sociedad, estableciendo que estos pueden presentarse de manera directa como ofendidos.
3. También se mantiene respecto a la anterior clasificación a las personas jurídicas, como sujeto pasivo de la infracción, añadiéndose en este punto al Estado y a las personas jurídicas del sector público o privado, determinando una individualización concreta y no genérica como se hacía anteriormente.
4. También se mantiene dentro de la clasificación a las personas que tenga un interés directo en los intereses colectivos o difusos, las comunidades, pueblos y nacionalidades en aquellas infracciones que afecten colectivamente a los miembros del grupo.
5. La innovación del código aparece cuando encontramos que no solamente quien recibe un agravio directo de la infracción, puede ser el ofendido sino aquellas personas que de manera indirecta se ve afectado por la misma a quien se considera como agraviado, y así lo establece los numerales 3 y 4 del art. 441 del COIP cuando señala que pueden ser ofendidos las siguientes personas:
 - a) La o el cónyuge o pareja en unión libre, inclusive en parejas del mismo sexo.
 - b) Los ascendientes o descendientes en segundo de consanguinidad o el primero en afinidad.
 - c) Quienes compartan el hogar de la persona agresora o agredida en los casos de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, integridad personal o de violencia contra la mujer o núcleo familiar.

Como se puede apreciar se cambia la consideración de la víctima especialmente cuando se refiere a la mujer, determinándose el vínculo existente entre el agresor y la víctima, fenómeno que ha sido abordado desde varias posturas y que demuestra que la violencia sexual acarreada desde los orígenes mismo de la humanidad- que fuera descrita al inicio de este trabajo-, establece una aparente condición de inferioridad de la

mujer que tiene que ser protegida por el Estado para tratar de llegar a una protección integral de la víctima.

Otra característica que diferencia al COIP, con el Código de Procedimiento Penal con lo que se refiere a las víctimas en general y las víctimas de los delitos que atentan contra su integridad sexual, son los derechos que gozan, puesto que hasta antes de la publicación del COIP teníamos el artículo 69 del código de procedimiento penal que refería como derechos los siguientes¹⁰⁹:

1. Sujetos a intervenir en el proceso penal como acusador. Este derecho más que constituir una ventaja para la víctima, consideramos que era una especie de discriminación, en virtud de que quien había sufrido un daño, podía presentar la correspondiente denuncia, o a su vez hacer conocer a la fiscalía (o Ministerio Público) para que se proceda con el inicio de la investigación, pero una vez que se recababan los elementos suficientes para realizar una imputación, la víctima de una infracción solamente podía comparecer a las audiencias, y a participar dentro del proceso penal, cuando se presentaba como acusador particular, si poder realizar ninguna diligencia sino cumplía con este requisito. Solamente podía comparecer a la audiencia de juzgamiento a rendir su testimonio pero no a participar activamente en el desarrollo de la misma. Esta como vamos a apreciar en líneas posteriores a sufrido un cambio radical, en el que la víctima goza de derechos sin impedimentos de ninguna a naturaleza.
2. A ser informado por la Fiscalía General del Estado, de la indagación pre procesal y la instrucción. Con respecto a este punto no olvidemos que la consecuencia de no presentar una acusación particular es su no participación procesal, por lo tanto esta norma se convertía en una quimera ya que la fiscalía no podía informar por escrito a la víctima sino únicamente lo podía realizar de manera oral.
3. A ser informado del resultado del proceso, derecho esto que guarda relación con las dos anteriores puesto que este informe puede ser por escrito sino que únicamente se lo hace de manera oral pues la víctima debe conocer el avance de la investigación y los resultados finales.

¹⁰⁹ CPP, art. 69

4. A presentar al fiscal superior quejas respecto a las actuaciones del fiscal instructor. Este derecho, consideramos que si bien es cierto que debía defender una correcta actuación del representante de la fiscalía (Ministerio Público), no es menos cierto que no se debió haber incluido como norma procesal ya que a nuestro criterio se trata de un tema eminentemente administrativo, y que debe ser objeto de un control disciplinario, a pesar de que en la norma se diga que esta queja podrá presentarse por la falta de información, la una inadecuada actuación, o cuando la fiscalía ponga en riesgo la conservación de vestigios, evidencia, u otros medios probatorios, todo lo cual concluye evidentemente que se trataba de una actuación sin objetividad que acarrea una violación del art. 195 de la Constitución de la República¹¹⁰.
5. A solicitar al juez penal que en un término prudencial el fiscal determine o no el inicio de la correspondiente instrucción, o el archivo de la misma. Para lo cual se establecía un requisito de procedibilidad puesto que previo a realizar dicho requerimiento se debía formular una queja al fiscal que cursaba la investigación, y siempre y cuando la misma no hubiere sido resuelta en 15 días, lo cual provocaba obviamente un impedimento para que la víctima pueda ejercer sus derechos de una manera directa, violentando al art. 66.23 de la Constitución de la República¹¹¹.
6. A que se proteja su persona e intimidad, dotándosele de la facultad que tiene para exigir a la policía, fiscalía, jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales se adopte las medidas necesarias, sin que esto provoque una disminución de derechos de la persona procesada. Esta protección no solo se mantiene en el COIP sino que se la amplía a sus familiares y a los testigos que puedan conocer de un hecho delictivo.
7. A reclamar una indemnización civil, luego de haberse dictado una sentencia condenatoria ejecutoriada, a pesar de que no haya presentado acusación particular. Este derecho que se le dio al ofendido establece una reparación al daño causado sin embargo se limitaba a una indemnización de carácter civil, lo

¹¹⁰ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derechos”, cap. quinto, “Principios de aplicación de los derechos”, art. 195 ([Quito]: Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, sf.): 4.

¹¹¹ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derechos”, cap. quinto, “Principios de aplicación de los derechos”, art. 66.23 ([Quito]: Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, sf.): 4.

cual hacia parecer a la víctima en muchos casos como una persona que únicamente buscaba un resarcimiento económico sin importarle las consecuencias que podía devenir de la comisión de un infracción y que no necesariamente conllevaban un pago en dinero, en lo que tiene relación a la presentación de la acusación particular, esta no era un requisito indispensable para iniciar la acción civil, luego de emitida la sentencia condenatoria correspondiente hecho que se mantiene hasta la actualidad pero con alcances mayores lo vamos a realizar.

Se ha indicado que el art. 441 del COIP nos enumeraba las personas por las cuales se las considera como víctimas, este mismo cuerpo legal nos indica en el art. 11 cuales son los derechos que goza la víctima, y que difiere sustancialmente con aquellos que gozaba el ofendido en el Código de Procedimiento Penal, que han sido descritos en los párrafos anteriores. Estos derechos según el Doctor Johnny Aylluardo son los siguientes:

- A decidir a participar en el proceso.

La participación dentro de un cuaderno penal por parte de la víctima, ha ido variando por el transcurso de los años, así como la sociedad ha ido evolucionando.

Hasta antes de la vigencia del COIP, y a decir de Ricardo Vaca Andrade en, *Derecho Procesal Ecuatoriano*¹¹², la participación del ofendido dentro del proceso se había polarizado en dos posiciones extremas, la una como figura central del proceso acusatorio y la otra como un elemento olvidado dentro del sistema inquisitivo. Su intervención se producía en base al interés que mantenía la víctima de participar o no dentro del proceso, lo cual se producía por múltiples factores entre uno de ellos la desconfianza de la administración de justicia, lo cual se traducía en una ausencia dentro del proceso.

Se debe distinguir que la víctima comparecía a juicio a través de una acusación particular, la cual le ligaba al expediente desde el momento en el cual era aceptada a trámite por parte del juez que conocía la causa. También se debe distinguir que existía dos tipos de acusaciones particulares: una que se presentaba y se presenta en los delitos de acción pública según los artículos 52 a 57 del *Código de Procedimiento Penal*¹¹³, y

¹¹² Vaca, “*Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Según el Código Orgánico Integral Penal*”, 232.

¹¹³ CPP, art 52-7.

actualmente en los artículos 432 a 438 del *COIP*¹¹⁴, que según Walter Guerrero Vivanco en su obra "*Derecho Procesal Penal*"¹¹⁵, "es una declaración de conocimiento y de voluntad, por medio de la cual, la persona facultada por la ley, pone en conocimiento del juez la perpetración de la infracción y se presenta como parte en el proceso penal, con el objeto de ejercer la pretensión penal y civil correspondiente".

Sin embargo se debe conocer que la acusación particular también se puede presentar en los delitos de trámite especial o comúnmente conocidos como los delitos de acción privada conforme constaba en el numeral 2 del art. 57 del *Código de Procedimiento Penal*¹¹⁶, cuyos requisitos constaban en el art. 371 del mismo cuerpo legal y que actualmente aparecen en el art. 647 del *COIP*¹¹⁷, esta acusación según Zabala Baquerizo en "*Tratado de Derecho Procesal Penal Tomo 2*"¹¹⁸,

Es una declaración de conocimiento y una manifestación de voluntad que hace el ofendido, a través de una querrela, que tiene por objeto una infracción cuyo ejercicio de acción es privado, por la que ejerce el derecho de estimular al órgano jurisdiccional penal para que inicie el proceso penal en el cual será parte activa necesaria, exhibiendo las pretensiones punitiva y de resarcimiento de perjuicios.

Lo que equivale a decir que en uno u otro caso, la víctima daba acción al aparato estatal con la presentación de la querrela, debiendo destacarse que en los delitos de acción pública no era un requisito indispensable para inicio del juicio la presentación de la acusación particular, pues esta tenía como base una denuncia verbal o escrita, un parte policial, etc., en cambio para la presentación en los delitos de acción privada, la querrela constituye un requisito de procedibilidad con el cual no se puede dar origen a esta clase de enjuiciamiento.

Con el Código Orgánico Integral Penal la víctima puede o no comparecer a juicio, no tiene la obligación de proponer acusación articular ni participar en el proceso penal, teniendo además la facultad de dejar de hacerlo el momento que lo considere necesario.

¹¹⁴ *COIP*, art 432-438.

¹¹⁵ Walter Guerrero Vivanco; *Derecho Procesal Penal II la acción penal* (Quito: Pudeleco, 1996), 176.

¹¹⁶ *CPP*, art 57.

¹¹⁷ *COIP*, art. 371.

¹¹⁸ Jorge Zabala, "*Tratado de Derecho procesal penal*", 213.

También aparece dentro de este concepto el respeto a la intimidad que goza la víctima, incluyendo dentro de este derecho sus familiares, es decir protegiendo al entorno que le rodea especialmente en el caso de los delitos que atentan contra la integridad sexual y reproductiva. Dentro de este marco se encuentra el derecho que tiene a su no revictimización, protegiéndosele de todo tipo de amenaza o cualquier forma de intimidación que se pueda realizar en su contra, de manera especial en la obtención de la prueba y su correspondiente valoración.

- **Como titular de derechos materiales e inmateriales**

Los mecanismos para determinar una reparación integral tiene relación a los daños que ha sufrido la víctima entre ellos el reconocimiento a la verdad, la restitución, la indemnización, las medidas de satisfacción y garantías de no repetición que forman la denominada figura de reparación integral que conforme Gladys Terán Sierra manifiesta al citar *la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Loayza Tamayo vs. Perú*, donde señala: “supone determinar cómo se puede restituir a la persona afectada en sus derechos fundamentales; cómo puede el derecho restablecer la situación, no solo patrimonialmente, sino que integralmente, mirando a la persona como un todo”¹¹⁹.

Lo manifestado llega a determinar que en la actualidad no basta con dictar una sentencia que castigue el presunto delito cometido sino además la víctima tiene que ser resarcida en sus derechos materiales e inmateriales.

- **Como víctima del Estado**

Este derecho tiene relación a las infracciones que sean cometidas por el Estado, o por sus representantes, en virtud el cual la víctima tiene que favorecerse de una reparación integral en los mismos términos en líneas precedentes en los cuales se involucre el Estado como responsable del tipo penal ocasionado y, de manera especial al referir a los delitos de integridad sexual que no solamente se establezca una sanción en contra de quienes hayan perpetrado el ilícito sino que además se puedan establecer políticas estatales que permitan una reparación íntegra.

- **Como sujeto de derechos fundamentales y a la dignidad, honor e intimidad**

¹¹⁹ Gladys Terán Sierra, “La violencia contra la mujer, una realidad”, *Corte Nacional de Justicia: Revista ensayos penales sala penal*, No. 1 (febrero 2013), pág. 21

Se ha referido entre estos derechos a la dignidad, al honor y a la intimidad, en tratándose de los delitos que atentan contra la libertad sexual, existe el derecho que tiene la víctima a que se tomen medidas que eviten su revictimización, entre ellas que los exámenes médicos legales ginecológicos sean efectuados por personas de su mismo sexo, o que en el caso de los menores se adecue todo un sistema de protección que evite una vulneración de su integridad física.

- **Al principio de igualdad y discriminación positiva**

En materia de igualdad ante la ley, conforme lo señala Judith Salgado, en *Género y Derecho Constitucional*¹²⁰, la Constitución establece que todas las personas deben ser consideradas iguales y gozar de los mismos derechos, sin discriminación de ninguna naturaleza en razón de su nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, religión, afiliación política, posición económica, orientación sexual, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole, lo cual significa que dicha norma reconoce una igualdad en la diversidad.

La aplicación de estas medidas tiene relación no solo a la reparación que tiene derecho una víctima sino que además hace alusión a que ésta debe ser tratada con igualdad en los procesos de investigación y en la valoración de la prueba que se llegue a presentar.

- **A las garantías del debido proceso**¹²¹

Lo que tiene relación al derecho de la víctima en general, y en los delitos que atentan contra la integridad sexual, se debe indicar que el Estado tiene la obligación de proporcionar una defensa técnica adecuada a través de la Fiscalía, porque como señala Ricardo Vaca Andrade en *Derecho Procesal Ecuatoriano*¹²², “se parte del supuesto de que la persecución de los delitos, así como su castigo (ius puniendi), deben corresponderle exclusivamente a la sociedad, representada por los órganos estatales”, sin que esto obste con la asistencia permanente de una defensa sea pública o de carácter privado, puesto que se le debe hacer conocer sus derechos desde el inicio del proceso hasta la culminación del mismo incluida la reparación integral.

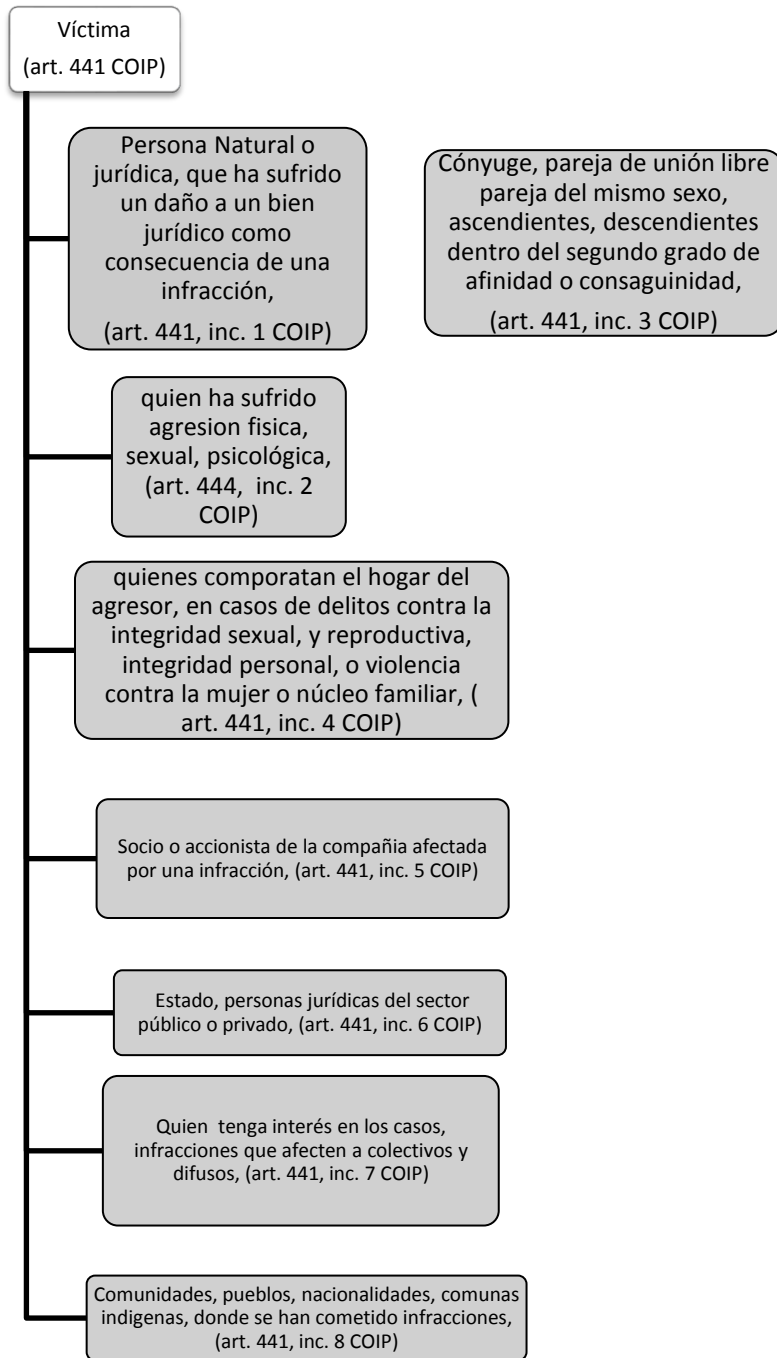
¹²⁰ Judith, Salgado “Derechos Humanos y Género en el marco Constitucional Ecuatoriano” En Fernando Flores Giménez, coord., *Género y Derecho Constitucional*. (Quito: Corporación Editora Nacional, 2003), 86.

¹²¹ Johnny Ayluardo Salcedo, “El derecho de las víctimas en la Constitución y el Nuevo Sistema Penal Integral Vigente” *Corte Nacional de Justicia: Revista ensayos penales sala penal*, No. 1 (febrero 2013): 14-15.

¹²² Vaca, “*Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Según el Código Orgánico Integral Penal*”, 232.

Lo anteriormente expresado, se resume en el siguiente cuadro conceptual:

3. LA VÍCTIMA



Fuente: Código Orgánico Integral Penal

Elaboración: Manual Práctico Legal Ecuatoriano¹²³

¹²³Manual Práctico Legal Ecuatoriano [2015], Tomo I, Corporación Myl, Ediciones Legales, 367

3.3. La Fiscalía

De acuerdo al COIP la Fiscalía es el titular del ejercicio de la acción penal¹²⁴, lo cual guarda relación con lo manifestado en el art. 195 de la Constitución de la República¹²⁵, toda vez que al encontrarnos en un sistema acusatorio oral, los roles de cada uno de los sujetos de la relación procesal se encuentran determinados en la Ley.

A la Fiscalía se le conocía con el nombre de Ministerio Público, entendiéndose al mismo, como lo indica Ricardo Vaca Andrade citando a Fenech en *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano tomo I*, “como una parte acusadora necesaria, de carácter público, encargada por el Estado, a quien representa, de pedir la actuación de la pretensión punitiva y resarcimiento, en su caso, en el proceso penal”¹²⁶.

El Ministerio Público, como antes era denominado, forma parte inclusive de la Función Judicial, pero mantiene su propia estructura orgánica y jerárquica de Fiscales, su actividad radica en conocer los delitos de carácter público, tanto para las personas sujetas a fuero, como para los ciudadanos en general.

Dentro de sus funciones encontramos que tiene la obligación de promover el ejercicio de la acción penal, tema este que ha sido objeto de discusión y debate, ya que algunos autores consideran que el fiscal no ejerce la acción penal, sino que la misma se inicia por una denuncia, o por cualquier otro medio que permite activar al órgano competente para la iniciación del proceso penal, siendo en este caso el fiscal.

Jorge Zabala Baquerizo, al referirse a este tema en *Tratado de Derecho Proceso Penal* señala que:

“Es absurdo que se diga que el fiscal se auto estimula con el fin de iniciar el proceso penal, que es el denunciante quien ejerce la acción penal en los delitos de acción pública y acción privada, y que por lo tanto la fiscalía lo que hace es conocer del hecho que puede ser una infracción y recién en ese instante activar al aparato estatal”¹²⁷.

¹²⁴ COIP, art. 410-411.

¹²⁵ Constitución de la República del Ecuador [2008], tít. II, “Derechos”, cap. primero, “Principios de aplicación de los derechos”, art. 195 ([Quito]: Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones, sf.), en adelante CRE.

¹²⁶ Vaca, “*Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Según el Código Orgánico Integral Penal*”, 219.

¹²⁷ Zabala, “*Tratado de Derecho procesal penal*”, 323.

Dentro de las atribuciones de la fiscalía, y al referirnos a la forma que llega a conocimiento de la misma un acto presumiblemente punible, se debe establecer que la fiscalía es el sujeto procesal que se encarga de la investigación, para lo cual requiere de organismos auxiliares que estén bajo su dirección, tal es el caso del Sistema Especializado Integral de Investigación de Medicina legal y Ciencias Forenses, conforme se encuentra indicada en el art. 444 del COIP.

Una vez que llega a conocimiento de la fiscalía la noticia criminis, este organismo tiene la obligación de realizar todas las diligencias necesarias para reunir los elementos de convicción de cargo y de descargo, que le permitan concluir si formula o no formula una imputación. Dentro de la investigación previa, la fiscalía debe llegar a establecer la existencia o no de un hecho presumiblemente punible, así como la identidad de quienes participen en este hecho, la identidad de la víctima, la existencia del daño causado o a su vez desestimar cada uno de estos aspectos¹²⁸.

Una vez que culmine la investigación previa, el fiscal debe considerar si ha reunido los suficientes elementos de convicción que le permitan formular cargos contra una persona¹²⁹, lo cual demuestra que la fiscalía es parte del proceso penal en todas las etapas del mismo, en virtud de que en los delitos de acción pública fiscalía tiene un interés directo puesto que al realizar una imputación y al emitir un dictamen acusatorio, presenta una posición directa entorno al hecho investigado, es decir lo que busca la fiscalía una vez que tiene los elementos es que el Estado a través de las reglas del debido proceso es conseguir una sanción por parte del juzgador.

Si se llega a establecer que la Fiscalía representa a la sociedad, y que al inicio de una investigación recaba todos los elementos necesarios con los cuales decide formular una imputación, los cuales son ratificados durante la instrucción fiscal, a tal punto que se emite un dictamen acusatorio no se encuentra una razón o sentido lógico, conforme ocurre en muchas audiencias en la República del Ecuador, que fiscalía al haber superado estos dos filtros iniciales, en la audiencia de juzgamiento con las mismas pruebas aportadas inicialmente y presentadas en dicha audiencia decida emitir un dictamen abstentivo.

¹²⁸ COIP, art. 580

¹²⁹ COIP, art. 590

Este hecho no es nada raro que se produzca, muchas ocasiones por amistad y no en pocas por actos de corrupción. Al hablar de la calidad del fiscal como acusador Ricardo Vaca Andrade *en Derecho Procesal Penal* al citar a Maier:

“La fiscalía no es un acusador que persigue y defiende el interés de su mandante a todo trance, en el caso, la persecución penal, o, si se quiere, la necesidad de que la pena opere en la realidad para lograr la seguridad común, con la finalidad exclusiva de triunfar en la sentencia final que decide el conflicto. A la fiscalía le incumbe, dice el tratadista argentino, tanto el deber de objetividad, imparcialidad en la persecución penal, como el de lealtad con el imputado y su defensa, particularmente en cuanto a sus obligaciones relativas a la información debida y prohibiciones de ocultar ciertos datos”¹³⁰.

Al estar en un sistema acusatorio, se debe comprender que el fiscal como titular de la acción penal es quien actuando con objetividad e imparcialidad emite un pronunciamiento, esta imparcialidad deja de existir al momento que fiscalía presenta un requerimiento al juzgador para formular una imputación, pero es más evidente cuando su actuación ya aparece en una audiencia de juzgamiento, por lo que el axioma “ sin acusación fiscal no hay juicio” es aplicable únicamente hasta antes de llevarse a cabo la audiencia preparatoria de juicio puesto que si fiscalía considera que no existen elementos de convicción suficientes para fundar una acusación, de acuerdo al art. 600 del COIP debe emitir un dictamen abstentivo el cual puede ser elevado en consulta al fiscal superior, tratándose en delitos sancionados con pena privativa de libertad de más de 15 años o a pedido del acusador particular, si lo hubiese.

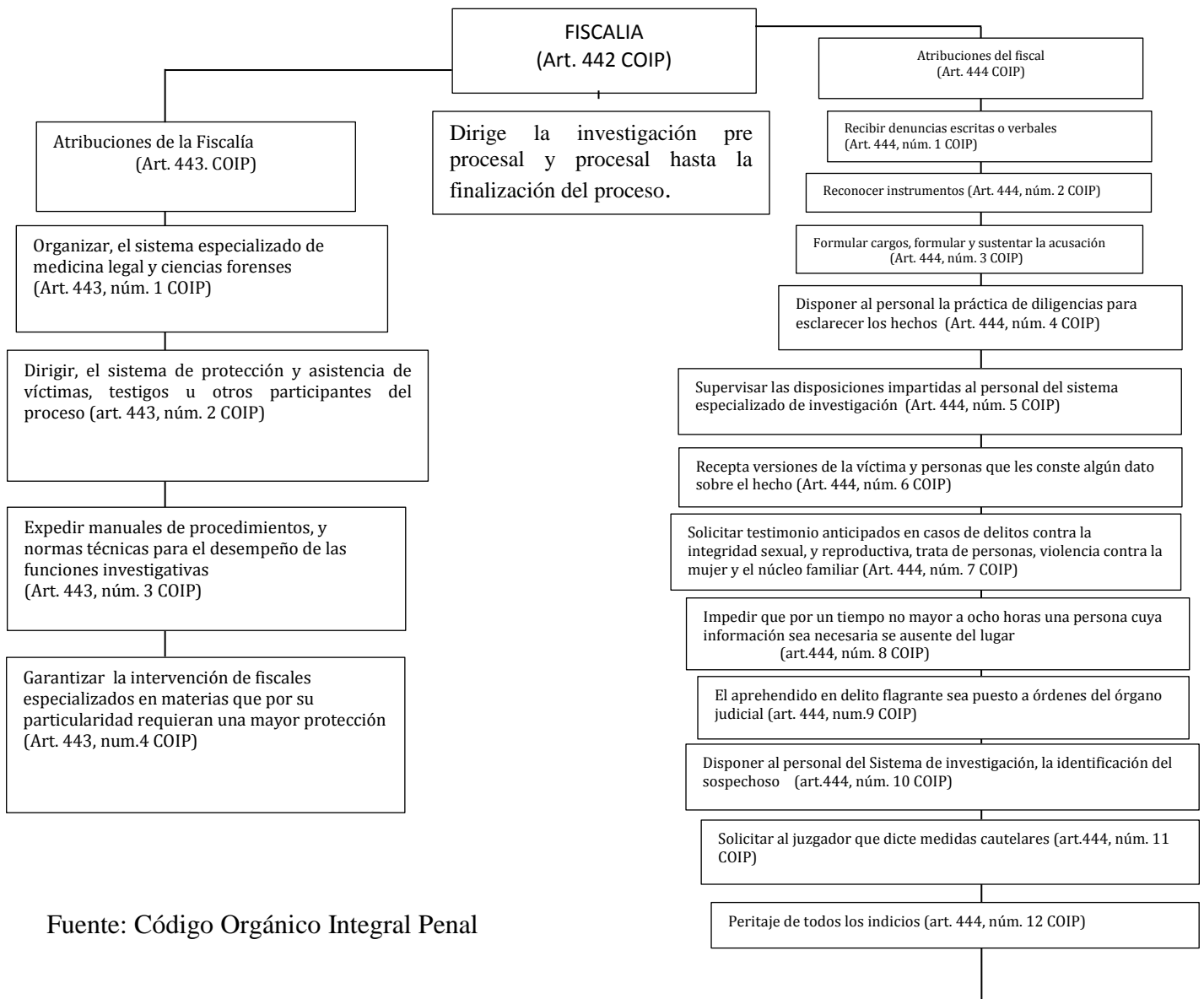
Trasladando estos conceptos procesales a los delitos que atentan contra la integridad sexual, se puede verificar que en muy pocas ocasiones fiscalía realiza una intervención objetiva e imparcial, puesto que en la legislación ecuatoriana se ha circunscrito la actuación fiscal para esta clase de delitos en diligencias específicas como el examen médico legal, valoración psicológica de la víctima, versión del sospechoso o el procesado, de ser el caso, y reconocimiento del lugar de los hechos, para formular cargos y luego presentar una acusación.

La crítica que se realiza a la actuación de la fiscalía, y de igual manera a la actuación de los operadores de justicia, en forma directa a los jueces de los Tribunales de Garantías Penales de Pichincha y la Corte Provincial de Justicia de Pichincha se

¹³⁰ Vaca, “*Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*”, 221- 222.

centra en que se ha dejado de lado el análisis de los elementos probatorios que se aportan en cada caso específico, se han resuelto las causas obviando informes técnicos periciales, lo que ha provocado que en unos casos se ratifique el estado de inocencia y en otros se condene, solamente con la “capacidad” argumentativa de cualquier profesional del derecho, por temor a represalias, o por actos de corrupción. La fiscalía como uno de los más importantes sujetos procesales debe velar no solo para que la investigación se lleve a cabo con la debida objetividad e imparcialidad sino que además debe procurar que la administración de justicia sea evidentemente técnica y jurídica, sin emitir sus pronunciamientos en base a consideraciones externas y ajenas al mundo procesal.

4. FISCALÍA



Fuente: Código Orgánico Integral Penal

3.4. La defensa

Hasta antes de la vigencia del COIP el defensor público era considerado como un sujeto de la relación procesal, entendiéndose a la defensoría pública como un órgano autónomo de la función judicial que tiene como fin garantizar el pleno acceso a la justicia por quienes por su condición económica social o cultural no puede contratar una defensa particular para el pleno ejercicio de sus derechos.

Se podría establecer inicialmente como un error al considerar al defensor público como un sujeto procesal, toda vez que este lo que hace es representar aquel ciudadano que por su condición de desigualdad, de cualquier índole, no puede ejercer su pleno derecho a la defensa. Jorge Zabala Baquerizo, *en Tratado De Derecho Procesal Penal*, señala que “el defensor del imputado no es un sujeto de la relación procesal”¹³², que es la naturaleza del proceso, en virtud de que este actúa a su nombre y en representación del mismo, dentro de esta misma obra cita a Alfredo Vélez Marinconde, indicando:

Después que se evitan exageraciones inútiles semejanzas inexactas o enfoques parciales que torturan conceptos fundamentales de derecho procesal, y anotando que se trata de una figura poliédrica, podemos concluir que el defensor es un protector autónomo de los derechos e intereses del imputado, que integran necesariamente su personalidad (salvo el caso de la autodefensa), en virtud de un interés individual y social.¹³³

Esta norma procesal contenida en el art. 74 al 77 del Código Procesal Penal, a más de definir a la defensoría pública establecía que su intervención se la realizaba exclusivamente a favor del procesado, sin que se tome en consideración a la víctima dentro de una causa. No se puede dejar de lado la consideración de que la defensa es un elemento indispensable dentro de la relación jurídica procesal que es un juicio, en virtud de que esta actividad tiene como objetivo defender los derechos del imputado dentro de una causa.

Si se realiza una comparación de la norma descrita con el actual COIP en los art. 451 y 452¹³⁴, se puede establecer que se ha cambiado el nombre del sujeto de la relación

¹³¹ *Manual Práctico Legal Ecuatoriano* [2015], Tomo I, Corporación Myl, Ediciones Legales, 367

¹³² Zabala, “*Tratado De Derecho Procesal Penal*”, 387.

¹³³ *Ibíd.*, 387.

¹³⁴ *COIP*, art. 451-452.

procesal y en lugar de hacer constar a la defensoría pública como tal, aparece únicamente la defensa, pero en términos generales se mantiene la misma definición, así como las mismas funciones que debe desempeñar.

Una innovación dentro de este capítulo consiste en que no se individualiza o circunscribe la actuación de la defensa únicamente al sospechoso, imputado o procesado, sino que deja abierta su actuación para que la víctima también pueda ser objeto de esta protección en cuanto tiene relación a una asistencia técnica jurídica gratuita. El art 76 N° 7 lit. a)¹³⁵ al hablar de las garantías básicas del debido proceso, y sobre todo del derecho que tienen las personas a la defensa determina que, nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento, norma que también tiene una correlación con el lit. g)¹³⁶ del mismo artículo que señala que es un derecho de las personas, en procedimientos judiciales ser asistido por una abogada o abogado de su elección, o por defensora o defensor público sin que se puede restringir el acceso ni la comunicación libre con la defensa.

Esta protección que se da tanto a la víctima como a la persona procesada, no es una invención actual sino que recoge normas internacionales, como es la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 8.¹³⁷, donde de manera expresa se encuentra la garantía de toda persona para recurrir ante el órgano judicial correspondiente y establecer su verdad procesal con un juez independiente e imparcial. Respecto a este tema la Corte Constitucional del Ecuador, señala:

El pleno ejercicio del derecho a la defensa es vital durante la tramitación del procedimiento, porque de ello dependerá en última instancia el resultado del mismo. Así el derecho de hallarse en el proceso impone al juez el deber de: notificar al acusado y al abogado defensor, con la suficiente antelación, y no excluirlo indebidamente en el proceso puesto que de otro modo no se garantiza el derecho a las personas a exponer sus posiciones, a ser oídas por los tribunales o a presentar sus argumentos o pruebas de defensa.¹³⁸

¹³⁵ CRE, art. 76 num. 7 lit. a).

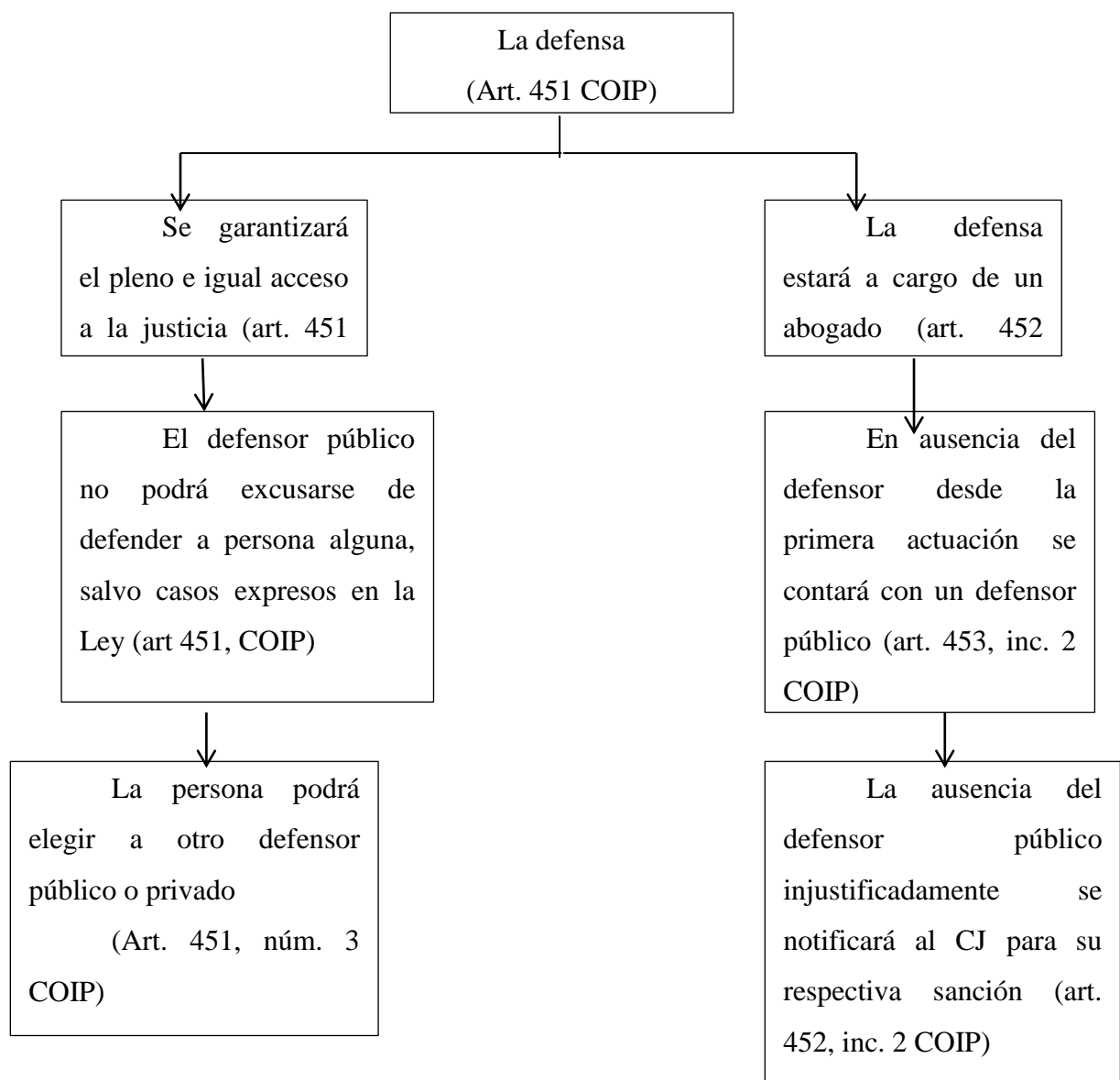
¹³⁶ CRE, art. 76N°7 lit. g).

¹³⁷ Toda persona tiene derecho a ser oídas 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 por la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter.

¹³⁸ Sentencia de la Corte Constitucional, revista ensayos penales sala penal,4

Pero esta garantía no solamente ha de proteger a quien aparece como sujeto pasivo del proceso penal, sino que además la víctima de la comisión de la infracción debe recibir una protección del Estado, con el objeto de que se puedan hacer efectivas plenamente sus garantías del debido proceso a fin de que quien ha recibido un agravio pueda conocer de manera efectiva cuáles son sus derechos, pueda recibir una protección integra en el aspecto material, legal, físico y además recibir una orientación para que pueda ejercer a través de los mecanismos legales su participación procesal que le permita obtener una reparación integral.

5. LA DEFENSA



Fuente: Código Orgánico Integral Penal

Elaboración: Manual Práctico Legal Ecuatoriano¹³⁹

Capítulo Cuarto

Medios probatorios y la flexibilidad en su valoración

En este capítulo se va a tratar cuáles son los medios probatorios que se pueden presentar en los delitos que atentan contra la integridad sexual. En primer término se debe hacer alusión a los conceptos generales de prueba, a las funciones, a la estructura, a los elementos, a los principios generales de la prueba, su relación con el conocimiento científico, el valor del tipo de prueba que se debe presentar en esta clase de infracciones, y los criterios que manejan los operadores de justicia para resolver los casos puestos en su conocimiento.

Debe existir una relación entre la prueba y el conocimiento; en el ámbito de la filosófico para la cultura griega esta ciencia busca el conocimiento. La rama de la filosofía se dividen en: Metafísica, Epistemología, Ética, Estética.

Dentro de la Epistemología o Teoría del Conocimiento, encontramos que esta rama de la filosofía nos permite acceder al pensamiento del hombre dentro del campo filosófico, además nos permite una aprehensión a través de los sentidos de lo que ocurre en el mundo exterior. Para que este conocimiento de los hechos, al cual se accede por la vía del empirismo, racionalismo e idealismo, se convierta en científico, debe reunir varias cualidades entre ellas debe ser racional, sistemático, exacto, verificable y por consiguiente falible.

En la estructura procesal penal, desde el momento mismo del conocimiento de un hecho hasta su conclusión con una sanción, o con una ratificación del estado de inocencia, se encuentra en primer lugar la existencia de elementos fácticos que son fundamentales para la defensa, dentro de un proceso estos elementos son puestos en

¹³⁹ *Manual Práctico Legal Ecuatoriano*, Tomo I, Ediciones Legales, 2015, 376

conocimiento del operador de justicia para luego proceder a su verificación, que se lo realiza a través del conocimiento científico que tiene un amplio valor dentro del manejo de la prueba. El juez debe conjugar estos hechos con los aportes científicos, por lo que el éxito de la prueba radica en las razones de convencimiento presentadas.

La prueba penal, según Tiberio Quintero Ospina, en su obra *La Prueba en Materia Penal*, “es la actividad procesal inmediatamente dirigida al objeto de obtener a certeza judicial, según el criterio de la verdad real acerca de la imputación o de otra afirmación o negación que interese a una providencia del juez”¹⁴⁰.

Según Julio Banacloche Palao, citado por Ricardo Vaca Andrade en *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano, tomo II*¹⁴¹, “la prueba es aquella actividad por la que las partes intentan convencer al Tribunal de la certeza positiva o negativa de las afirmaciones contenidas en sus respectivos escritos de alegaciones. Indudablemente, para dictar sentencia, al Tribunal no le basta con lo afirmado por las partes (es decir acusación y defensa), sino que debe constarle lo que allí se alega se ajusta a la realidad”.

En las definiciones establecidas se puede colegir que la prueba tiene dos funciones, la una es sustancial y la otra es procesal, pues se debe demostrar las afirmaciones. La pregunta fundamental que debe realizarse es, si se deben probar los hechos o las afirmaciones, situación que muchas veces se presta para una confusión, por lo que previamente se debe conocer lo que es probar, que según Tiberio Quintero en su obra *La Prueba Penal*, al citar a Sentis Melendo, “la prueba no consiste en averiguar porque la función del juez no es averiguar; esa es la función de las partes no la del juzgador; al juez puede serle necesario aclarar, clarificar algún aspecto de lo que ya está discutido, pero nunca ir en busca de esa verdad que han debido procurar traerles las partes”¹⁴².

Los hechos no se prueban, porque simplemente estos existen, lo que se debe probar son las afirmaciones que pueden referirse a esos hechos. La parte que recurre ante el juez lleva afirmaciones que no pueden contener dudas, no le pide al juez que averigüe sino que verifique lo que las partes ya han averiguado. Un ejemplo de esto, dentro del contexto de este trabajo, es que si se establece la existencia de un delito de violación, lo que se debe probar justamente esta afirmación y no el hecho en sí, puesto

¹⁴⁰ Tiberio Quintero Ospina; *La Prueba en Materia Penal* (Quito: Leyer), 1.

¹⁴¹ Vaca, “*Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*”, 284.

¹⁴² Ospina, “*La Prueba en Materia Penal*”, 2.

que con la realización del correspondiente examen médico legal-ginecológico, así como con las diferentes pericias que se pueden llevar a cabo ya se ha probado la existencia del hecho, lo que corresponde en este momento es probar las afirmaciones que se produzcan tanto de la parte que se considera ofendida como el que aparece como sospechoso.

Al hablar de la verdad, nos referimos a una acepción filosófica que tiende a establecer la conformación de la realidad a través de nuestros sentidos. Esta percepción puede darse de acuerdo a la interpretación subjetiva de cada individuo, dicha en otras palabras un mismo hecho puede ser interpretado de varias maneras por quienes lo conocen, como por tanto obtener una certeza absoluta resultaría una actividad casi imposible, así lo determina Francisco Carrara en su obra *Programa de Derecho Criminal* cuando indica: “la certeza está en nosotros; la verdad, en los hechos. Aquella nace cuando uno cree que conoce a esta; mas por la falibilidad humana, puede haber certeza donde no haya verdad y viceversa. Únicamente en Dios se unifican la una y la otra”.¹⁴³

La prueba tiene por objeto establecer la existencia de una causa punible, y la responsabilidad de quien aparece como procesado. El Código Orgánico Integral Penal en su artículo 453¹⁴⁴ establece que la prueba tiene por finalidad llevar al juzgador tanto el convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción como la responsabilidad del procesado, para ello necesita aplicarse los principios generales de la prueba los cuales son los siguientes:

Principio de necesidad

Este principio determina que el juez debe fundar su decisión judicial únicamente en base a los elementos probatorios que aporten las partes, no puede aplicar el conocimiento personal que este posea, en virtud de que su imparcialidad se vería afectada, se puede citar como ejemplo el hecho de que un juez pueda observar un accidente de tránsito, lo cual no puede servir de base para que éste emita su resolución sino que únicamente debe sujetarse al conocimiento de las pruebas que hayan presentado o aportado las partes dentro del expediente.

¹⁴³ Francesco Carrara, *Programa de Derecho Criminal*, parte general. Vol. II. Trad de José J. Ortega Guerrero, (Bogotá: Temis 1957), 22.

¹⁴⁴ *COIP*, artículo 453

Si no existe prueba, no se puede dictar sentencia condenatoria, tal como lo señala Ricardo Vaca en *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Tomo II*,¹⁴⁵ donde indica que jamás se puede dictar sentencias condenatorias sobre la base de presunciones, y peor aún sospechas, bien entendido que aquellas son de tipo subjetivo en tanto que los elementos de prueba son de tipo objetivo, provenientes del mundo externo.

Principio de inmediación:

Este hace alusión a la actuación del juez dentro de una audiencia oral, donde se presentan pruebas en las que el juzgador las aprecia directamente, su presencia es indispensable para poder resolver la cuestión puesta en su conocimiento, conforme se establece en el artículo 19 del Código Orgánico de la Función Judicial¹⁴⁶ en concordancia con el artículo 169 de la Constitución de la República¹⁴⁷ en los que se indica que las pruebas deberán ser practicadas y apreciadas directamente por el juzgador.

Principio de legalidad:

Para que una prueba pueda ser valorada, esta debe ser actuada conforme a las normas que se establece en cada procedimiento y sobre todo debe ser obtenida con sujeción a las normas procesales y constitucionales¹⁴⁸.

Debe hacerse una distinción entre lo que es una prueba ilegal de una prueba ineficaz, la primera tiene relación a la violación de normas procesales que pueden ser subsanadas dentro del mismo proceso penal, mientras que la prueba ineficaz es aquella que violenta una garantía constitucional la misma que no puede ser subsanada y por lo tanto no permite que esa prueba pueda ser introducida dentro de un proceso penal.

Es bien conocido que dentro de este análisis se debe aplicar la *teoría del fruto del árbol envenenado* la cual consiste en que si un elemento probatorio ha sido obtenido en base a una violación de una garantía constitucional, y éste a su vez sirve de base para

¹⁴⁵ Vaca, “*Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*”, 289.

¹⁴⁶ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en Registro Oficial, Suplemento No.449 (20 de octubre de 2008), art. 19.

¹⁴⁷ CRE, art., 169.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, art., 76 núm. 4.

el inicio mismo del proceso, no puede convalidárselo con posterioridad a la realización del acto y tampoco puede convalidarse los actos posteriores.

Sobre este principio procesal tenemos varios ejemplos a citar, tal es el caso de una confesión de un procesado que se pueda haber obtenido por medio de torturas, producto de lo cual se llega a conocer el autor del ilícito, así como también se llega a establecer que esta persona junto con otras han cometido otros actos delictivos diferentes del que se investigaba. Esta prueba si bien es cierta, puede llegar a establecer los dos presupuestos que son necesarios para emitir una sentencia condenatoria, esto es la existencia del hecho punible y la existencia del procesado, al haberse violado el artículo 76 literal c) de la Constitución de la República que habla sobre los derechos de libertad una persona, esta prueba es ineficaz y por tanto todos los actos posteriores que se hayan realizado carecen de validez.

En Estados Unidos tenemos la regla de la exclusión de la prueba cuando se obtiene con vulneración de derechos fundamentales [*exclusionary rule*]. Esta regla se citó por primera vez en el caso *Weeks vs United States* el cual consistía en que la policía realizó un allanamiento al domicilio del acusado pero no tenía una orden judicial. Producto del allanamiento se encontraron papeles y documentos obtenidos en el domicilio que permitían demostrar que Weeks realizaba juegos ilícitos. Esta persona solicitó al juez la devolución de los bienes que le habían sido ilegítimamente embargados por la policía, obteniendo una orden judicial en la que se le devolvían todos los documentos a excepción de aquellos que tenían relación con la acusación del juego ilícito. Al recurrir a la Corte Suprema de Justicia esta dispuso la devolución de todos los bienes por considerar que sus derechos habían sido vulnerados y además reconoció que se trataba de una acción ilegal ubicando a las partes en la misma posición en la que se encontraban antes de la supuesta comisión del acto ilícito.

Este principio se encuentra recogido en el artículo 454.6 del Código Orgánico Integral Penal¹⁴⁹, en concordancia con el artículo 76.4 de la Constitución¹⁵⁰ de la República.

¹⁴⁹ COIP, art. 454 núm. 6.

¹⁵⁰ CRE, artículo 76 núm. 4.

Principio de la unidad de la prueba

Hace alusión a que el acervo probatorio tiene que ser analizado como una unidad por parte del juez. Este principio es más aplicable al juzgador que a las partes, por lo que el juzgador debe recoger todos los elementos aportados sin discriminación alguna, los cuales deben ser valorados al momento de dictar la correspondiente resolución, por lo que la importancia de este principio la encontramos luego de que las pruebas han sido aportadas por las partes.

Principio de comunidad de la prueba

Este tiene relación al análisis que realiza el juez una vez que los sujetos procesales han aportado con la prueba, siendo este principio de vital importancia, toda vez que la prueba aportada por las partes pertenece a la proceso en su conjunto es decir que ya no le pertenece a quien la aporta y por tanto esta no puede pretender que su inclusión la beneficie exclusivamente, ya que el juez deberá establecer en su resolución por los dos principios citados esto es el de unidad y comunidad de la prueba, para señalar la existencia o no de un hecho punible sea que la prueba aportada le beneficie o no al sujeto procesal que la introdujo.

Principio de contradicción

Este refiere a que la actuación procesal, y de manera especial la introducción de pruebas sean puestos en conocimiento de las partes, con el fin de evitar la denominada prueba sorpresa, es por ello que luego de la realización de la audiencia de presentación de dictamen fiscal, las partes deben anunciar en su totalidad las pruebas materiales, documentales y testimoniales que van a ser presentadas e incorporadas en la Audiencia de Juicio, conforme se establece en el artículo 604 numeral 4 inciso segundo del COIP, en concordancia con el artículo 615 del mismo cuerpo legal¹⁵¹, existiendo una salvedad para la presentación de la prueba, conforme lo señala el artículo 617 del COIP¹⁵², en donde se establecen dos casos específicos a saber:

1. Que quien solicite la prueba justifique que no conocía su existencia, sino hasta el momento de la audiencia de juicio; y,

¹⁵¹ COIP, art. 604 núm. 4 y art. 615.

¹⁵² *Ibíd.*, art. 617

2. Que esta prueba sea relevante para el proceso.

Principio de pertinencia

Hace alusión a que la prueba que se presente a juicio debe tener una relación directa con el objeto central del hecho investigado, por lo tanto no se puede aceptar una prueba que no tenga una vinculación directa con el objeto central que va a ser juzgado. El juez sin dejar de respetar los principios de unidad y comunidad de la prueba, debe analizar al mismo tiempo si esta prueba le va a ser útil al momento de emitir una resolución o si por el contrario no tendría ningún vínculo con el tema central.

En el COIP, específicamente en el artículo 454¹⁵³ encontramos que al hablar del anuncio y práctica de la prueba se señala a los principios de libertad probatoria de exclusión y de igualdad de oportunidades para la prueba que son un complemento de todos aquellos que se han enumerado en este estudio.

Los medios de prueba en la legislación ecuatoriana son de tres clases: documental, testimonial y pericial, por lo que es importante distinguir lo que es una fuente de prueba de un medio de prueba, conforme lo señala Tiberio Quintero, en su obra *La prueba en materia penal*, quien manifiesta “fuente de prueba es todo lo que aun sin constituir por si medio o elemento de prueba [...] , puede, sin embargo suministrar indicaciones útiles para determinadas comprobaciones [...] el medio de prueba es, la prueba en sí. Es un vehículo para alcanzar un fin.”¹⁵⁴

Se puede clarificar este concepto, citando como ejemplo la diferencia que existen entre el testigo y el perito, pues el primero de los nombrados existen antes del proceso, sin embargo, el segundo aparece en el decurso del mismo, cuando el operado de justicia lo convoca para la realización de cualquier acto.

En materia de delitos que atentan contra la libertad sexual, se ha sufrido una inmejorable innovación en lo que tiene relación a los medios probatorios y la valoración de la prueba, puesto que hasta antes de la aplicación del COIP, según Bibiana Segura en *Delitos Sexuales*, indica que existe una legislación anacrónica y androcéntrica,¹⁵⁵ puesto

¹⁵³ *Ibíd.*, art. 454

¹⁵⁴ Quintero, “*La Prueba en Materia Penal*”, 15.

¹⁵⁵ Bibiana Segura, *Delitos Sexuales* 151-52, Respecto a este tema, se puede señalar que la legislación penal sigue siendo anacrónica y androcéntrica en lo tocante a delitos sexuales. Mantiene figuras que han sido claramente superadas por la realidad. Los derechos sexuales de mujeres, niños y niñas, siguen siendo

que la víctima se encontraba en una situación de desigualdad ya que su testimonio no era valorado siquiera como un elemento probatorio a su favor, siendo todo lo contrario para el sujeto activo de la infracción cuyo testimonio se consideraba como prueba a su favor, aplicándose únicamente concepción positivista extrema y en base al principio de legalidad cumplir ciertas diligencias para determinar o no la responsabilidad penal del acusado.

En la actualidad, tenemos que el testimonio de la víctima ha adquirido una trascendental importancia, porque esta clase de delitos en su gran mayoría, por no decir casi en el ciento por ciento, se producen en la clandestinidad, por lo que es imposible que existan testigos presenciales de tal acto. Situación de trascendental importancia es la declaración que rinde un menor acerca del hecho, por lo que para poder llegar a conocer qué es lo que le pudo haber sucedido, y obtener una prueba que sea eficaz y a su vez presentarla en juicio, se requiere la intervención de un profesional que a través de la entrevista psicológica pueda llegar a determinar si efectivamente hubo o no una agresión sexual en contra de un menor, evitando por un lado la revictimización del menor y por otro conociendo si se ha realizado o no una inducción a la declaración del menor. Con respecto al primer hecho, evitar la revictimización del menor, se debe tratar en lo posible de que la entrevista inicial en el primer abordaje se lo efectúe dentro de la Cámara de Gesell la cual debe estar acondicionada para que el psicólogo mantenga un contacto personal con la víctima y pueda llegar a esclarecer la verdad de los hechos acontecidos.

vulnerados al amparo de una legislación aparentemente atentatoria de las normas internacionales de protección de estos derechos.

En el procedimiento penal, la finalidad de la prueba es la de establecer tanto la existencia de la infracción penal como la responsabilidad del imputado. Corresponde a la Fiscalía General del Estado la petición y práctica de todas aquellas pruebas que se consideren necesarias para el esclarecimiento de los hechos, sin perjuicio de que dichas pruebas únicamente serán válidas en tanto se reproduzcan en el propio juicio, en ningún caso debemos confundir el concepto de prueba como aquello que lleva al juzgador a la convicción o certeza sobre cuya base dicta sentencia, con los medios probatorios que son los instrumentos que se pueden utilizar para demostrar un hecho procesal cualquiera.

Dos problemas se nos plantean en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual. El primero de ellos es la posición de la víctima, que en supuestos como el delito de violación llega incluso a ser tratada como delincuente; falta sensibilidad tanto a nivel policial como judicial con respecto a la víctima. Los interrogatorios policiales, la obtención de pruebas e incluso los reconocimientos médicos sitúan a la víctima en una situación de indefensión enorme que llegan a hacer que numerosos delitos no sean denunciados para evitar pasar por situaciones que vejan a la víctima enormemente. ¿Cómo probar una violación si la normativa no establece qué debe hacerse en el supuesto de que el presunto autor, imputado, acusado, incluso sospechoso, se negare a la obtención de fluidos corporales, lo cual requiere consentimiento expreso de la persona o requerimiento del juez a pedido del fiscal.

No se puede establecer en esta clase de infracciones la existencia de una prueba directa, que está definida como aquella que brinda la existencia de hechos al juzgador de manera directa e instantánea y no requiere de ningún tipo de raciocinio o inferencia para armar el cuadro del hecho principal que se está enjuiciando conforme se ha señalado en la Conferencia de la Prueba indiciaria en el Salvador ¹⁵⁶, en la que además se señala: “la prueba circunstancial, indirecta o indiciaria versa sobre aspectos ajenos al proceso de los que se enlaza una inferencia, que proyectará el hecho que se pretende probar. En cuanto a su valor probatorio, se estima que es incapaz de generar la convicción.”¹⁵⁷

Estos preceptos deben ser de inmediata aplicación, en virtud de que no solamente se debe considerar al testimonio del menor como un elemento probatorio fundamenta, sino que debe considerarse al testimonio de la víctima en general, de un delito que afecta contra su integridad sexual, en consideración de que por la naturaleza del acto, es decir la clandestinidad con la que se actúa, la calidad del sujeto activo que interviene, que generalmente es del círculo íntimo, sin que se pueda descartar el apareamiento de un sujeto totalmente extraño a la víctima, el testimonio llámese vía acto urgente, llámese vía entrevista psicológica en la cámara de Gesell, llámese vía versión, respetando los parámetros de no revictimización y sobre todo analizando la credibilidad del mismo, resultaría un elemento suficiente para que se emita una sentencia condenatoria.

Este tema es clarificado en la sentencia dictada por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador dentro de la causa 1025-2011¹⁵⁸ en la que señala que la primera

¹⁵⁶ Conferencia *La prueba iniciaría en el Salvador*, <<http://www.jurisprudencia.ues.edu.sv/publicaciones/Ponencias/Ponencia%20del%20Dr.%20Reinaldo%20simposio%202011.pdf>>

¹⁵⁷ *Ibíd.*

¹⁵⁸ Ecuador. Corte Nacional de Justicia, [Sentencia condenatoria en contra de N.N. en juicio penal por violación], en Gaceta Judicial, 11, La Corte Nacional de Justicia, en sentencia de casación dictada dentro de la causa No. 1025-2011, se ha pronunciado sobre el alto valor probatorio que merece la “primera información” de la víctima de abusos sexuales. Así, ha dicho que: “(...) *la doctrina y nuestra experiencia en casos similares nos permiten otorgarle credibilidad a la primera información que proporciona la víctima, donde señala al autor de la agresión sexual como su tío, quien aprovechándose de encontrar en el círculo íntimo y familiar de la menor, la obligaba a realizar actos de naturaleza sexual, violándola, sin considerar la edad de la menor y su indefensión, dejando a un lado los deberes de respeto, cuidado y protección que como familiar le debía (...)* La doctrina, en temas de carácter sexual, es reiterativa en sostener, que los delitos sexuales se cometen en la clandestinidad, en reserva y sin testigos, por ello, el primer testimonio rendido por la víctima es suficiente para arribar a una sentencia condenatoria, como lo expresa el tratadista español Manuel Miranda Estrampes, en su *Obra La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, Editorial Boch, página 184, expresando:... *‘La convicción judicial, como*

información de la víctima en materia de delitos que atentan contra la libertad sexual tiene un alto valor probatorio.

Finalmente, se debe establecer que la valoración de la prueba se da en base a la presentación de la misma, y en aplicación de las reglas de la sana crítica, sosteniendo que no se puede determinar una prueba legal o tasada, mucho menos para esta clase de infracciones, en tanto en cuanto la prueba testimonial en los delitos que atentan contra la libertad sexual, siempre que cumpla con la característica de credibilidad es prueba suficiente para obtener una sentencia de carácter condenatorio, pero no se puede dejar tampoco de lado que se debe también analizar la prueba en conjunto, esto es una adecuada valoración psicológica, un reconocimiento del lugar de los hechos que establezca el sitio exacto en el que pudo o no producirse el atentado, un examen físico a la víctima y al agresor en los casos en los que se produce una relación sexual con violencia o en menor, una prueba de ADN en los casos en los que existan restos orgánicos en la víctima, en fin, este acervo probatorio debe ser analizado en conjunto, pero, teniendo al testimonio de la víctima como un elemento primordial para la resolución del caso, tal como lo señala la Corte Suprema de Justicia de Colombia en la sentencia No. 35080 de 11 de mayo de 2011, en donde se concluye que “si se tiene claro que la víctima refirió haber sido accedida carnalmente por el ano en dos ocasiones, describiendo las circunstancias puntuales en que ello se sucedió, sin que se ponga en tela de juicio la credibilidad intrínseca de lo expresado y presentándose prueba de respaldo que sin ambages corrobora esa expresa manifestación testimonial, la única decisión posible de tomar es la de condenar.”¹⁵⁹

Esto significa que no puede existir una prueba rígida basada en informes periciales de terceros, quienes en suma no podrían conocer la realidad que sufrió la víctima, sino únicamente podrían dar una aproximación al juzgador sobre la forma que tuvo la agresión sexual, y quien la realizó.

fin de la prueba, no depende de un mayor o menor número de pruebas, en este caso de testigos, sino de la adecuación y fuerza de convicción de la prueba practicada, con independencia de su número. Por otro lado, se admite que dicho testigo único pueda ser la propia víctima o perjudicado por el delito' (...)”.

¹⁵⁹ Colombia. Corte Suprema de Justicia, [Sentencia condenatoria en contra de N.N. en juicio penal por delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, en concurso homogéneo sucesivo], Casación-sistema acusatorio No. 35080.

Conclusiones

Una vez que se ha realizado el estudio del tipo penal de violación, se ha podido constatar la historia de la violencia sexual se inició desde el inicio de la humanidad, teniendo a la mujer como un elemento vulnerable dentro de la estructura social. Al inicio del establecimiento de las relaciones entre hombre y mujer, no existía el sentimiento como se lo conoce en la actualidad, sino que únicamente los seres humanos disfrutaban de su sexualidad como un hecho eminentemente natural.

Con el apareamiento de los feudos, el hombre decide cambiar la promiscuidad que existía hasta ese momento, por una relación monogámica que le permita mantener las propiedades que había adquirido y para ello necesitaba conocer a su descendencia. Estos cambios siempre tenían al hombre como un eje primordial y a la mujer como el ser que debía cumplir con los designios y la voluntad de quien ejercía el poder.

Esta concepción se mantuvo durante mucho tiempo, teniendo una influencia directa la religión, puesto que las normas que rigen una sociedad en muchas ocasiones han sido impuestas por los patriarcas religiosos, así se establece que para el cristianismo el mantener una relación extra marital lo único que puede provocar es que quien actúa de esta manera está condenado a arder en el infierno por considerarlo pecaminoso y atentatorio a las predicas de Cristo, situación que no ocurre en otras religiones como la musulmana, en donde no solo que no es pecado tener varias esposas, sino que, Alá aprueba ese tipo de relaciones, evidenciándose la influencia religiosa en la formación del ordenamiento jurídico.

La estructura de los delitos que atentan contra la integridad sexual en muchas ocasiones ha dependido del pensamiento de quien crea las normas o de quien ejerce el poder, se puede tomar como ejemplo que hasta no hace mucho tiempo, se definía al

estupro como la relación que se mantenía con una mujer mayor de 16 años y menor de 18 pero que tenía que tener una cualidad subjetiva que radicaba en el hecho que debía ser honesta, siendo esta concepción eminentemente discriminatoria, la cual fue eliminada por considerarla inconstitucional.

Hasta 1998 se definía al delito de violación como el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, estableciendo además circunstancias específicas constitutivas de delito, como el hecho de que la víctima podía estar privada de la razón o del sentido, así como se podía utilizar como medio para la realización del acto la fuerza o la intimidación, estableciendo además como límite de edad para mantener una relación sexual con consentimiento los 12 años.

Debido a la multiplicidad de casos que se presentaron, especialmente en jóvenes que mantenían relaciones de carácter sexual por sobre la edad indicada, el legislador decide aumentar de 12 a 14 años como edad mínima en la cual una persona podía decidir con quién mantener una relación sexual. También se llega a considerar que la definición de violación resultaba incompleta pues la mujer al no tener la capacidad fisiológica de poder acceder carnalmente al hombre, ésta no podía considerarse como sujeto activo de la infracción, ni tampoco se podía establecer una relación sexual diversa a la vía vaginal.

Al producirse la primera reforma en 1998 se incorporan nuevos conceptos, entre los cuales se encuentra que la violación es el acceso carnal, con introducción del miembro viril, vía vaginal, anal o bucal; es decir, aparece en este momento el término introducción, entendiéndolo al mismo como la capacidad que tiene una persona para acceder a su víctima, pero no se aclara que sucede cuando el sujeto activo provoca un acceso y termina siendo introducido. También se establecen zonas diferentes a la relación considerada como normal, aquí aparece dentro de la legislación la relación vía bucal o *fellatio in ore*, y la relación vía anal o *contra natura*.

Observando esta nueva concepción, se encuentra que la relación por la vía bucal o anal solamente se puede dar entre un hombre y una mujer, un hombre y un hombre, pero nunca entre una mujer y un hombre porque el elemento constitutivo del tipo refiere a la introducción del miembro viril por lo cual se elimina a la mujer como sujeto activo de esta forma de violación.

También se agrega como una forma de producción de este delito la introducción de objetos distintos al miembro viril pero no se le califica específicamente como violación, sino como una agresión sexual. Por otro lado, al utilizar el término objetos se refiere a un elemento distinto a un órgano del cuerpo humano, lo cual determinaba una definición incompleta, en virtud de que si una víctima llamase hombre o mujer era accedida con la introducción de dedos sea por la vía vaginal o anal, no se cometía ningún tipo de infracción, toda vez que esta conducta no había sido regulada dentro de la legislación, por lo que sancionar a una persona por cometer estos violentaría el principio de legalidad.

Desglosando esta reforma, se puede verificar que en la primera parte de la definición se habla de una introducción del miembro viril por tres vías a saber: vaginal, anal o bucal; mientras que, en la segunda parte se establece la introducción de objetos distintos al miembro viril por dos vías: vaginal y anal. Con esta aclaración es evidente que en el primer caso el sujeto activo únicamente puede ser el hombre y en el segundo indistintamente puede ser un hombre o una mujer.

Como el legislador se percató que la reforma realizada no cubre en su totalidad las formas en que podían producir esta clase de infracciones, vuelve a reformar el mencionado artículo en el año 2005, donde mantiene algunos elementos constitutivos como la utilización de fuerza o intimidación, la privación de la razón o del sentido; y, 14 años como edad mínima de la víctima. El cambio que se encuentra en esta reforma, es que deja de considerarse a la introducción de objetos distintos del miembro viril como una agresión sexual y pasa a constituirse como una circunstancia dentro del delito de violación, aumentando a este elemento, la introducción de dedos y órganos distintos al miembro viril.

A pesar de que con esta reforma se pretendió abarcar todos los casos en que podrían producir esta infracción, es evidente que la concepción machista sigue de manera intrínseca formando parte de esta definición, puesto que en la primera parte de esta definición la mujer no puede considerarse como sujeto activo de la infracción, mientras que en la segunda puede ser una persona de cualquier sexo.

Al publicarse el COIP, se cambia la concepción de esta clase de infracciones inclusive desde el título, dejando de llamarse “delitos sexuales”, para convertirse el

capítulo que trata estos tipos penales, como “ delitos que atentan contra la libertad sexual y reproductiva” esto es, se refiere al bien jurídico protegido, la libertad sexual.

Comparando la última reforma, con la definición del delito de violación en el COIP, y los elementos que forman este delito, así como las circunstancias en las que pueden producirse, se aprecia que no habido modificación en cuanto a quienes son los sujetos activos y pasivos de la infracción, toda vez que al utilizar los términos acceso carnal e introducción del miembro viril, necesariamente se está hablando del hombre.

Pese a que de acuerdo a la legislación italiana con autores como Manzini, Carrara, etc., e inclusive autores ecuatorianos como el Doctor Ernesto Albán, consideran que al utilizarse el término “introducción”, se refiere no solo a quien accede o penetra el miembro viril y sino a quien se hace introducir el referido órgano, con lo que aparentemente estaría resuelta situación jurídica, esto no corresponde a una verdad procesal, conforme se establece con las encuestas realizadas en este estudio, no aparece un solo caso en que una mujer haya sido condenada en el Ecuador como sujeto activo de violación con las circunstancias definidas en la primera parte de la norma analizada esto es, cuando haya introducción total o parcial del miembro viril por vía vaginal, anal o bucal.

Luego de haber analizado pormenorizadamente la definición descrita, se debe considerar una reforma a dicha norma, que abarque la existencia de la cópula o conjunción carnal entre dos personas, sin agregar la palabra introducción, estableciendo únicamente la vulneración del consentimiento de una de ellas, con las circunstancias ya determinadas para que así pueda ser sujeto activo de la infracción tanto el hombre como la mujer.

En cuanto se refiere a los sujetos de la relación procesal, el COIP a más de señalar que la víctima es uno de aquellos, le otorga derechos que antes no las tenía, como participar o no activamente en el proceso penal, de presentarse o no como acusador particular, sin que este obste para que pueda recibir una reparación integral al daño causado, es más le faculta retirarse del proceso penal cuando lo considere necesario. Además, se mantienen derechos que ya existían, como no ser revictimizado, una protección integral, tanto a quien es afectado de manera directa por la infracción, como a sus familiares hasta determinado grado de parentesco, sea por consanguinidad o afinidad.

Por otro lado, también aparecen como sujetos procesales la fiscalía, el procesado y la defensa entendiéndose que los mismos son indispensables dentro de la tramitación del proceso con los derechos y obligaciones que cada uno poseen, debiendo destacarse el respeto a las normas del debido proceso y a las garantías constitucionales que gozan cada uno de ellos. En cuanto se refiere a la defensa como un sujeto procesal, ésta abarca tanto a la víctima como al procesado en una causa.

Al hablar de los medios probatorios también se encuentra un notable cambio en cuanto a la presentación de la prueba y a la valoración de la misma, toda vez que la rigidez de la prueba se ha dejado de lado, partiendo del concepto que esta clase de infracciones por lo general se producen dentro de un círculo familiar y social muy cercano a la víctima, pero sobre todo en la clandestinidad, es decir, sin la presencia de testigos. En tal virtud la prueba indiciaria adquiere una enorme importancia, así como el testimonio de la víctima, el cual debe ser valorado aplicando un test de credibilidad, para que esta declaración pueda ser analizada en conjunto con el resto del acervo probatorio presentado, para así establecer si el hecho realmente se produjo y quien pudo haberlo realizado.

Bibliografía

- Albán, Ernesto “*Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte Especial*”, 2 Tomo, 1ra. Ed. (Quito: Ediciones Legales).
- Araujo Granda, Paulina “*La nueva teoría del delito económico y empresarial en Ecuador: la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Código Orgánico Integral penal*” (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones), 2014.
- Ávila Santamaría, María Belén Corredores Ledesma, Miguel Cillero Bruñol, Farith, Simón Campaña, Gayne Villagómez, “*Derechos y Garantías de la niñez y adolescencia: hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*”, (1ra edición, Quito, Ecuador).
- Badilla, Ana Elena, Fernando Flores Giménez, Luis López Guerra, Judith Salgado y Rocío Villanueva, “*Género y Derecho Constitucional*”, segunda serie, (Quito: Corporación Editora Nacional), 2003.
- Basile, Alejandro “*Fundamentos de Medicina Legal deontología y bioética*”, (Buenos Aires: El Ateneo), 2001.
- Carrara Francesco, “*Programa de Derecho Criminal, parte general*”, Vol II, (Bogota: Editorial Temis), 1957.
- Donna, Edgardo Alberto. “*Derecho Penal Parte Especial*”, 1 Tomo. (Santa Fe: Rubinzal- Culzoni Editores), 2007.
- Donna, Edgardo Alberto. “*Derecho Penal Parte Especial*”. 2-ATomo. (Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores). 2007.
- Engels Federico, “*El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*” (Bogotá: Cupido), 2001.

- Ecuador. “*Régimen Penal Ecuatoriano*”, Tomo 3.
- Gáleas, Abarca, Luis “*Los Delitos Sexuales en el Código Penal y Jurisprudencia en el Ecuador*” (Quito: Edicentro), 1994.
- Goldstein Raúl en “*Diccionario de Derecho Penal y Criminología*”, II Edición.
- Gonzáles de la Vega Francisco, “*El delito Sexual, el aborto estudios de derecho penal especial*”, (Bogotá, Caracas, Panamá, Quito: Editorial Jurídica Bolivariana), 1999.
- Jiménez de Asúa, Luis “*Teoría del Delito*” (México: Jurídica Universitaria), 2009.
- Kvitko, Luis Alberto “*El Himen estudio médico legal*” (Quito: Oni Grupo Editoriales), 2015.
- Lencioni, Leo Julio “*Los Delitos Sexuales manual de investigación pericial para médicos y abogados*” (México: Trilias), 2002.
- Muñoz Conde, Francisco “*Derecho Penal Parte Especial*”, (Valencia: Tirantlo Blanch), 2007.
- Petit Candaudap, Celestino “*Ensayo dogmático sobre el delito de violación*” (Texas: Porrúa), 1985.
- Quintero Ospina, Tiberio “*la prueba en Materia Penal*”, segunda edición, (Quito: editorial Leyer).
- Roxin, Claus. “*La teoría del delito en la discusión actual*”. Trad. por Manuel A. Abanto Vásquez, (Lima. Grijley), 2007.
- Sempertegui Pesantez, Walter “*Violación a Menores de edad en el Ecuador*” (Quito: Mawsecrear), 1994.

- Tenca, Adrián Marcelo, “*Delitos Sexuales Abuso sexual. Corrupción y prostitución Rufianería. Publicaciones y exhibiciones obscenas. Trata de personas. Rapto. Avenimiento*”, (Buenos Aires: Astrea), 2009.
- Vaca Andrade, Ricardo, “*Derecho Procesal Penal Ecuatoriano. Según el Código Orgánico Integral Penal*”, 1Tomo. (Quito: Ediciones Legales EDLE), 2014.
- Zabala Baquerizo, Jorge “*Tratado de Derecho procesal penal*”, 2 Tomo, edit. (Guayaquil: Edino), 2004.

Leyes

- *Constitución de la República del Ecuador*, [2008]. [Quito]: Asamblea Nacional, Comisión Legislativa y de Fiscalización, s.f.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial, Suplemento*, No. 180, 10 de febrero de 2014.
- Ecuador. *Código Penal, CP. Registro Oficial*, No. 365, 21 de Julio de 1998.
- Ecuador. *Ley Reformativa al Código Civil, Registro Oficial, Segundo Suplemento*, No. 526, Quito, 19 de junio de 2015.
- Ecuador, *Ley s/n, Registro Oficial* No. 555-S, 24 de marzo de 2009.

Convenciones

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002.
- Belem Do Pará, “Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”, 1994.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969.
- Pacto Internacional de derechos civiles y político, 1966.

Revistas

- *Revista Ensayos Penales, Sala Penal, Corte Nacional de Justicia*, edición N°11, (Quito-Ecuador, 2014).
- *Revista Ensayos Penales, Sala Penal, "Código Orgánico Integral Penal"*, Corte Nacional de Justicia, edición N°8, (Quito-Ecuador, 2014).

Páginas Web

- Dálbora Guzmán, "Apreciación y reprobación de la reforma de los delitos contra la honestidad en Chile", (2002) 174, citado por Carrasco Edison, "El Problema del Sujeto Activo del Delito de Violación y sus posibles vacíos legales", *Revista Ius et Praxis*, (2007), Edición Electrónica. <http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122007000200007&script=sci_arttext#12.
- [http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818767243&umt=participaf3n de mujeres en niveles de gobierno aumentf3 en las faltimas elecciones](http://ecuadorinmediato.com/index.php?module=Noticias&func=news_user_view&id=2818767243&umt=participaf3n%20de%20mujeres%20en%20niveles%20de%20gobierno%20aumentf3%20en%20las%20faltimas%20elecciones).
- MACHICADO, Jorge, "Sujeto Del Delito", 2010, <<http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/sujeto-del-delito.html>.

Sentencias

- Bogotá. Sala de Casación penal, Corte Suprema de Justicia, (sentencia del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años), 29 de julio de 2010.
- Ecuador. Primer Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, [Sentencia condenatoria en contra de N.N en juicio penal por violación], 23 de agosto de 2013.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policia, y Tránsito, [Sentencia condenatoria en contra de N.N en juicio de violación], 7 de enero de 2014.

Anexos

ANEXO 1

EDAD: 51 años

SEXO: M (X)

F ()

PROFESIÓN: Abogado

1. **¿En delitos que atentan contra la libertad sexual se debe aplicar siempre la prueba indiciaria?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: ante ausencia de prueba directa para evitar impunidad

2. **¿Se debe dar un valor probatorio incuestionable al testimonio de la víctima sea en forma personal o a través de una valoración psicológica?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: generalmente son delitos cometidos en la clandestinidad por lo que resulta prueba de carácter excepcional

3. **¿Existe en el Ecuador un test de valoración psicológica que permita establecer la credibilidad o no de la víctima?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: procedimiento pericial estandarizado

ANEXO 2

EDAD: 24 años

SEXO: M ()

F (X)

PROFESIÓN: Abogada

1. **¿En delitos que atentan contra la libertad sexual se debe aplicar siempre la prueba indiciaria?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: en los delitos sexuales, la víctima es la única persona que es el testigo presencial del hecho.

2. **¿Se debe dar un valor probatorio incuestionable al testimonio de la víctima sea en forma personal o a través de una valoración psicológica?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: este debe ser de forma personal pero las pruebas como el médico legista y el ADN.

3. **¿Existe en el Ecuador un test de valoración psicológica que permita establecer la credibilidad o no de la víctima?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: todos son test proyectivos, donde la credibilidad es muy bajo.

4. **¿La libertad sexual puede ser considerada como un sinónimo de integridad sexual o indemnidad sexual?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: La libertad sexual es su criterio y la manera de manejar el mismo y la integridad sexual es el bien jurídico protegido que se trata de cuidar.

5. **¿Considera usted que la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación sin la utilización de objetos diferentes a su órgano sexual?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: todos pueden ser sujetos activos sean hombres y/o mujeres.

6. **¿Cree usted que mediante un examen médico legal se podría probar que la mujer es el sujeto activo de una violación contra un hombre?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: esta es la mejor manera de probar el delito de violación.

7. **¿La erección en un hombre sin la utilización de elementos exógenos determina o no la vulneración de su consentimiento?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: este puede tener una erección por estímulos ajenos a su consentimiento.

8. **¿Cree usted que la utilización de los términos “introducción total o parcial del miembro viril” constante en el Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal, refiere únicamente a que el sujeto activo de la violación, sin la utilización de medios exógenos, sería únicamente el hombre, atentando de esta manera contra el principio de igualdad de género consagrado en la Constitución?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: la violación puede darse por un agente contundente o vulnerable.

9. ¿Conoce usted de algún caso dentro de la Legislación ecuatoriana en el que se ha condenado a una mujer como sujeto activo de violación en contra de un hombre?

SI ()

NO (X)

ESPECIFIQUE QUÉ CASO CONOCE: creo que es un caso de tema de virilidad que los hombres no denuncia este tipo de delitos.

ANEXO 3

EDAD: 44 años

SEXO: M ()

F (X)

PROFESIÓN: Abogada

1. ¿En delitos que atentan contra la libertad sexual se debe aplicar siempre la prueba indiciaria?

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: siempre y cuando las pruebas sean iguales entre todos y no haya contradicciones.

2. ¿Se debe dar un valor probatorio incuestionable al testimonio de la víctima sea en forma personal o a través de una valoración psicológica?

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: Todos tienen derecho a una defensa justa.

3. ¿Existe en el Ecuador un test de valoración psicológica que permita establecer la credibilidad o no de la víctima?

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: Establecer la credibilidad de la víctima es sumamente difícil ya que no hoy un test que sea sumamente seguro.

4. ¿La libertad sexual puede ser considerada como un sinónimo de integridad sexual o indemnidad sexual?

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: la sexualidad de cada persona es un derecho personal.

5. **¿Considera usted que la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación sin la utilización de objetos diferentes a su órgano sexual?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: Una mujer tiene derechos y es vulnerable a un acto reprochable de violación.

6. **¿Cree usted que mediante un examen médico legal se podría probar que la mujer es el sujeto activo de una violación contra un hombre?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ

7. **¿La erección en un hombre sin la utilización de elementos exógenos determina o no la vulneración de su consentimiento?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ

8. **¿Cree usted que la utilización de los términos “introducción total o parcial del miembro viril” constante en el Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal, refiere únicamente a que el sujeto activo de la violación, sin la utilización de medios exógenos, sería únicamente el hombre, atentando de esta manera contra el principio de igualdad de género consagrado en la Constitución?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ

9. **¿Conoce usted de algún caso dentro de la Legislación ecuatoriana en el que se ha condenado a una mujer como sujeto activo de violación en contra de un hombre?**

SI ()

NO (X)

ESPECIFIQUE QUÉ CASO CONOCE

ANEXO 4

EDAD: 34 años

SEXO: M ()

F (X)

PROFESIÓN: Fiscal

1. **¿En delitos que atentan contra la libertad sexual se debe aplicar siempre la prueba indiciaria?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: por la naturaleza de estos delitos esto es que busca el secreto el aislamiento no dejan testigos presenciales

2. **¿Se debe dar un valor probatorio incuestionable al testimonio de la víctima sea en forma personal o a través de una valoración psicológica?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: porque es la única persona presente que puede contar los hechos

3. **¿Existe en el Ecuador un test de valoración psicológica que permita establecer la credibilidad o no de la víctima?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: existen varios rasgos

4. **¿La libertad sexual puede ser considerada como un sinónimo de integridad sexual o indemnidad sexual?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: Son bienes jurídicos distintos.

5. **¿Considera usted que la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación sin la utilización de objetos diferentes a su órgano sexual?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ

6. **¿Cree usted que mediante un examen médico legal se podría probar que la mujer es el sujeto activo de una violación contra un hombre?**

SI ()

NO ()

POR QUÉ

7. **¿La erección en un hombre sin la utilización de elementos exógenos determina o no la vulneración de su consentimiento?**

SI ()

NO ()

POR QUÉ

8. **¿Cree usted que la utilización de los términos “introducción total o parcial del miembro viril” constante en el Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal, refiere únicamente a que el sujeto activo de la violación, sin la utilización de medios exógenos, sería únicamente el hombre, atentando de esta manera contra el principio de igualdad de género consagrado en la Constitución?**

SI ()

NO ()

POR QUÉ

9. **¿Conoce usted de algún caso dentro de la Legislación ecuatoriana en el que se ha condenado a una mujer como sujeto activo de violación en contra de un hombre?**

SI ()

NO ()

ESPECIFIQUE QUÉ CASO CONOCE

ANEXO 5

EDAD: 44 años

SEXO: M (X)

F ()

PROFESIÓN: Abogado

1. **¿En delitos que atentan contra la libertad sexual se debe aplicar siempre la prueba indiciaria?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: en los delitos contra la libertad sexual por su connotación clandestina siempre sobre relevancia, la prueba indicada.

2. **¿Se debe dar un valor probatorio incuestionable al testimonio de la víctima sea en forma personal o a través de una valoración psicológica?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: es testimonio de la víctima es de vital, más aun cuando quede concordancia con la ubicación psicológica

3. **¿Existe en el Ecuador un test de valoración psicológica que permita establecer la credibilidad o no de la víctima?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: es perito psicólogos asemejan varios test de valores psicológicos

4. **¿La libertad sexual puede ser considerada como un sinónimo de integridad sexual o indemnidad sexual?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: Son bienes jurídicos protegidos en estos casos.

5. **¿Considera usted que la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación sin la utilización de objetos diferentes a su órgano sexual?**

SI ()

NO (**X**)

POR QUÉ: uno de los elementos es la introducción

6. **¿Cree usted que mediante un examen médico legal se podría probar que la mujer es el sujeto activo de una violación contra un hombre?**

SI (**X**)

NO ()

POR QUÉ: constituiría una prueba pericial a tomarse en cuenta.

7. **¿La erección en un hombre sin la utilización de elementos exógenos determina o no la vulneración de su consentimiento?**

SI ()

NO (**X**)

POR QUÉ: de lo contrario podía determinar aquello.

8. **¿Cree usted que la utilización de los términos “introducción total o parcial del miembro viril” constante en el Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal, refiere únicamente a que el sujeto activo de la violación, sin la utilización de medios exógenos, sería únicamente el hombre, atentando de esta manera contra el principio de igualdad de género consagrado en la Constitución?**

SI ()

NO (**X**)

POR QUÉ: los elementos del tipo son especiales y de esta siempre de esta manera el principio de igualdad.

9. ¿Conoce usted de algún caso dentro de la Legislación ecuatoriana en el que se ha condenado a una mujer como sujeto activo de violación en contra de un hombre?

SI ()

NO (X)

ESPECIFIQUE QUÉ CASO CONOCE

ANEXO 6

EDAD: 52 años

SEXO: M (X)

F ()

PROFESIÓN: Abogado

1. **¿En delitos que atentan contra la libertad sexual se debe aplicar siempre la prueba indiciaria?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: son delitos que no se cometen en presencia de testigos de víctima en lo único que sufre el daño

2. **¿Se debe dar un valor probatorio incuestionable al testimonio de la víctima sea en forma personal o a través de una valoración psicológica?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: es lo que sufre el daño su testimonio puede ser de las dos formas de importante es ver que no sea contradictorias.

3. **¿Existe en el Ecuador un test de valoración psicológica que permita establecer la credibilidad o no de la víctima?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: se designa peritos psicológicos y ellos a través de su técnica establecen los parámetros del daño causado y sufrido.

4. **¿La libertad sexual puede ser considerada como un sinónimo de integridad sexual o indemnidad sexual?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: son bienes jurídicos protegidos por la Carta Suprema, la ley y de la lógica de vida

5. **¿Considera usted que la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación sin la utilización de objetos diferentes a su órgano sexual?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: la norma indico que puede ser el miembro viril o cualquier objeto que sea introducido, sino hay ello no habrá delito.

6. **¿Cree usted que mediante un examen médico legal se podría probar que la mujer es el sujeto activo de una violación contra un hombre?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: a través de la pericia se podrá determinar si lo sufrido tenían en su cuerpo así como determinar la existencia de

7. **¿La erección en un hombre sin la utilización de elementos exógenos determina o no la vulneración de su consentimiento?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: de lo contrario sería delito.

8. **¿Cree usted que la utilización de los términos “introducción total o parcial del miembro viril” constante en el Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal, refiere únicamente a que el sujeto activo de la violación, sin la utilización de medios exógenos, sería únicamente el hombre, atentando de esta manera contra el principio de igualdad de género consagrado en la Constitución?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: podría la mujer constituir en sujeto activo y debe ser sancionado explicándose el principio de igualdad ante la ley.

9. ¿Conoce usted de algún caso dentro de la Legislación ecuatoriana en el que se ha condenado a una mujer como sujeto activo de violación en contra de un hombre?

SI ()

NO (**X**)

ESPECIFIQUE QUÉ CASO CONOCE

ANEXO 7

EDAD: 53 años

SEXO: M (X)

F ()

PROFESIÓN: Abogado

1. **¿En delitos que atentan contra la libertad sexual se debe aplicar siempre la prueba indiciaria?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: se cometen en clandestinidad por lo que se requiere esta prueba.

2. **¿Se debe dar un valor probatorio incuestionable al testimonio de la víctima sea en forma personal o a través de una valoración psicológica?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: Es un testimonio importante pero no considero incuestionable, tiene que relacionárselo con el resto de prueba sin que pierda su trascendencia.

3. **¿Existe en el Ecuador un test de valoración psicológica que permita establecer la credibilidad o no de la víctima?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: van los peritos psicológicos.

4. **¿La libertad sexual puede ser considerada como un sinónimo de integridad sexual o indemnidad sexual?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: la Libertad tiene que ver con integridad, más la indemnidad está referido a menores de edad que no consisten por no tener conformidad para ello.

5. **¿Considera usted que la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación sin la utilización de objetos diferentes a su órgano sexual?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: No hay introducción del miembro viril, ni objeto.

6. **¿Cree usted que mediante un examen médico legal se podría probar que la mujer es el sujeto activo de una violación contra un hombre?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: huellas, lesiones, etc., en el cuerpo e introducción de un objeto, sujeto pasivo.

7. **¿La erección en un hombre sin la utilización de elementos exógenos determina o no la vulneración de su consentimiento?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: puede o no utilizar, es su voluntad.

8. **¿Cree usted que la utilización de los términos “introducción total o parcial del miembro viril” constante en el Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal, refiere únicamente a que el sujeto activo de la violación, sin la utilización de medios exógenos, sería únicamente el hombre, atentando de esta manera contra el principio de igualdad de género consagrado en la Constitución?**

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: la mujer podría seducir y el sujeto activo persona menor de 14 años, o se halle privada de la razón.

9. ¿Conoce usted de algún caso dentro de la Legislación ecuatoriana en el que se ha condenado a una mujer como sujeto activo de violación en contra de un hombre?

SI ()

NO (X)

ESPECIFIQUE QUÉ CASO CONOCE

4. ¿La libertad sexual puede ser considerada como un sinónimo de integridad sexual o indemnidad sexual?

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: Indemnidad sexual

5. ¿Considera usted que la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación sin la utilización de objetos diferentes a su órgano sexual?

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: como se realizaría el acceso carnal

6. ¿Cree usted que mediante un examen médico legal se podría probar que la mujer es el sujeto activo de una violación contra un hombre?

SI (X)

NO ()

POR QUÉ: vestigios y señales podrían determinarse a través de pericia medio Legal

7. ¿La erección en un hombre sin la utilización de elementos exógenos determina o no la vulneración de su consentimiento?

SI ()

NO ()

POR QUÉ: me parece una pregunta muy relativa pues bastan estímulos visuales para provocar erección lo cual no significa que su consentimiento no pueda estar viciado por “motivos de incapacidad legal”.

8. **¿Cree usted que la utilización de los términos “introducción total o parcial del miembro viril” constante en el Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal, refiere únicamente a que el sujeto activo de la violación, sin la utilización de medios exógenos, sería únicamente el hombre, atentando de esta manera contra el principio de igualdad de género consagrado en la Constitución?**

SI ()

NO (X)

POR QUÉ: la vulneración de la voluntad para lograr un consentimiento de acceso carnal con una persona (niño-adolescente) no debería supeditarse a la penetración.

9. **¿Conoce usted de algún caso dentro de la Legislación ecuatoriana en el que se ha condenado a una mujer como sujeto activo de violación en contra de un hombre?**

SI ()

NO (X)

ESPECIFIQUE QUÉ CASO CONOCE

ORTEGA CASTELLANOS *Corte Suprema de Justicia*

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN PENAL

Magistrado Ponente:

Dr. SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

Aprobado Acta No. 162.

Bogotá, D.C., once de mayo de dos mil once.

VISTOS

Se examina en sede de casación el fallo de segunda instancia emitido por el Tribunal Superior de Bogotá el 29 de julio de 2010, en el cual se revocó la decisión condenatoria de primera instancia, proferida por el Juzgado 21 Penal del Circuito de esta ciudad el 20 de abril de 2010, y en su lugar absolvió al procesado ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, en concurso homogéneo sucesivo, por el cual lo acusó la Fiscalía General de la Nación.

HECHOS

A eso de la una y treinta de la tarde del 20 de agosto de 2008, cuando se hallaba en el parque Canta Rana de la localidad de Usme, comprensión territorial de Bogotá, el menor M.A.C.C., quien a la sazón descontaba diez años de edad, fue conducido mediante engaños por uno de los vigilantes del lugar, ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, hasta la zona boscosa donde, a más

República de Colombia *Página 2 de 30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY*

ORTEGA CASTELLANOS *Corte Suprema de Justicia*

de instarlo a observar vídeos de corte pornográfico guardados en su celular, lo accedió carnalmente, por vía anal, en dos ocasiones, para finalmente recompensarlo con la suma de quinientos pesos y una cometa.

Como la víctima diera a conocer a su madre lo sucedido, ésta instauró la correspondiente denuncia penal el 11 de octubre de 2008.

ACTUACIÓN PROCESAL

Acorde con lo denunciado, se solicitó y obtuvo por parte de la Fiscalía, orden de captura en contra de ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, que se hizo efectiva el 20 de mayo de 2009.

Ese mismo día, ante el juzgado 21 Penal Municipal de Bogotá, con funciones de control de garantías, se legalizó la aprehensión del indiciado, le fueron imputados cargos por el delito de acceso carnal abusivo agravado conforme la causal cuarta del artículo 211 del C.P., a los cuales no se allanó, y se le decretó medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 29 de abril de 2009, la Fiscalía 196 Seccional de Bogotá, presentó escrito de acusación. En consecuencia, el 15 de julio de 2009, se realizó, ante el juzgado 21 Penal del circuito de Bogotá, la audiencia de formulación de acusación en la cual se atribuyó al procesado el delito, en concurso homogéneo y sucesivo, de

República de Colombia *Página 3 de 30 Casación - sistema acusatorio*

No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS *Corte Suprema de Justicia*

acceso carnal abusivo con menor de 14 años –artículo 208 del C.P.-
, agravado –artículo 211-4 ibídem-.

La audiencia preparatoria tuvo lugar el 31 de julio de 2009.

El 25 de septiembre de 2009, se realizó la audiencia de juicio oral, a cuya terminación la directora del debate anunció sentido de fallo condenatorio.

El incidente de reparación integral se desarrolló en audiencias realizadas los días 7 de octubre y 5 de noviembre de 2009, y el 10 de marzo de 2010.

El 20 de abril de 2010, se dio lectura a la sentencia, en la que, acorde con el sentido antes anunciado, se condenó al acusado.

En la diligencia interpusieron el recurso de apelación el defensor y su asistido.

El 29 de julio de 2010, se dio lectura a la sentencia de segunda instancia, en la cual el Tribunal revocó lo decidido por el A quo, y en su lugar absolvió al procesado ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, de los cargos formulados en su contra, por estimar que si bien, el menor comporta absoluta credibilidad en sus dichos, la demostración del acceso carnal requería de prueba pericial que no fue allegada por la Fiscalía. **República de Colombia**

*Página 4 de
30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte
Suprema de Justicia*

En contra del fallo de segunda instancia presentó escrito de casación la Fiscal encargada de la acusación.

Concedido el recurso, la carpeta fue repartida a la magistratura de la Corte, el 30 de septiembre de 2010. El 21 de octubre siguiente se declaró ajustada la demanda, fijándose la fecha de realización de la audiencia de sustentación.

El 27 de abril de 2011, tuvo lugar la audiencia de sustentación.

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Después de relacionar los hechos, los argumentos presentados por las partes y las pruebas recopiladas, el fallo advierte que los elementos materiales de prueba recopilados, junto con los testimonios y evidencias físicas determinan demostrado que el acusado ejecutó la conducta por la que se le llamó a juicio.

En particular, el fallo significa que el testimonio de la víctima señala claramente al procesado como la persona que lo hizo objeto de agresión sexual, aspecto corroborado por la sicóloga encargada de evaluarlo y el padre del menor, en cuanto ratifica su presencia en el parque Canta Rana y cómo en determinado momento lo perdió de vista.

República de Colombia *Página 5 de 30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia*

También inculpativo estimó la primera instancia el testimonio del vigilante Juan de Jesús Romero, en razón a que confirma haber escuchado de boca del menor que otro de los vigilantes lo había sometido a vejamen sexual, razón por la cual le aconsejó notificar de ello a sus padres. Incluso, agrega la sentencia, el declarante confirma que el día de los hechos vio descender de la parte alta de la montaña a la víctima, precedida del procesado.

Esos elementos suarios, en su conjunto, otorgan plena credibilidad a lo dicho por el menor, acota el fallo de primera instancia, agregando que la situación psicológica detectada por los profesionales de la salud, confirma que este no consintió la relación sexual, sino que fue engañado para el efecto, e incluso hubo de recibir tratamiento quirúrgico por las lesiones padecidas en la zona genital.

En torno de la credibilidad intrínseca de lo expresado por el menor, anotó el A quo, que sus dichos emergen congruentes y coincidentes en las varias versiones rendidas, refiriendo todos los detalles particulares de la agresión sexual que por vía anal hubo de padecer.

Así mismo, cita el fallador de primer grado jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte, atinente a la credibilidad que comportan los testimonios de menores de edad víctimas de abuso sexual. **República de Colombia**

De todo lo anotado concluyó el A quo demostrados los presupuestos necesarios para emitir sentencia de condena en disfavor del procesado.

Por ello, procedió a dosificar la pena dentro de los límites punitivos del artículo 208 del C.P., ubicándose en el cuarto mínimo de movilidad, esto es, entre 144 y 168 meses de prisión, dado que el procesado carece de antecedentes penales y no se definió ninguna circunstancia de mayor punibilidad.

Dada la gravedad y efectos del delito, que condujeron a que el menor deba ser atendido psicológicamente y haya necesitado de operación quirúrgica en pene y ano, se definió en 150 meses de prisión la pena de prisión, que se incrementó en 20 meses más por el otro delito sucesivo y homogéneo concurrente.

Cabe aclarar que en la dosificación punitiva se eliminó la causal de agravación contemplada en el numeral 4° del artículo 211 del C.P., en tanto, consideró el fallador que en este caso opera la declaratoria de inexequibilidad que hizo la Corte Constitucional de lo pertinente de la Ley 1236 de 2008, en la Sentencia C-521 de 2009.

La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas se estableció en término igual a la pena de prisión. Se ordenó el pago, a título de perjuicios morales y materiales, conforme lo probado en el incidente de reparación integral, de la suma de \$600.000 y el equivalente a doscientos salarios mínimos

República de Colombia *Página 7 de 30 Casación - sistema acusatorio*

No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS *Corte Suprema de Justicia*

legales mensuales, respectivamente; y se negaron al acusado los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

LA SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El fallo de segundo grado resume los antecedentes fácticos y procesales, junto con lo plasmado en el fallo apelado y el motivo de inconformidad manifestado por el apelante, defensor del procesado. Ya luego significa que la teoría del caso de la Fiscalía se basó en la credibilidad dada al testimonio de la víctima, a su padre y al compañero de labores de vigilancia del acusado, todo ello corroborado por la sicóloga al servicio de la SIJIN.

A renglón seguido, se transcribe conocida jurisprudencia de la Corte atinente al valor del testimonio de los menores¹.

¹ Sentencia del 21 de octubre de 2009, radicado 32.103

Luego de advertir cómo el defensor trata de desvirtuar la credibilidad de los testigos de cargos al resaltar las inconsistencias que presentan sus dichos, el Tribunal critica que la Fiscalía hubiese desistido de presentar en el juicio oral a los médicos que evaluaron y trataron a la víctima. **República de Colombia** *Página 8 de 30*

Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia

Ello “...porque eran dichos profesionales los que de manera contundente hubiesen determinado si el niño había sido objeto de penetración anal por parte del procesado”.

Hecha esa precisión, el Tribunal se ocupa de examinar el principio de congruencia, citando para el efecto jurisprudencia de la Sala, hasta concluir que el Fiscal “...de conformidad con la prueba practicada o introducida durante el juicio oral y público podía modificar la calificación jurídica provisional del delito contra la libertad, integridad y formación sexuales, constituido en acceso carnal abusivo con menor de catorce años agravado, con irrestricto respeto de la imputación fáctica contenida en la acusación, teniendo incluso la oportunidad de modificar los cargos a simple acto sexual con menor de catorce años que también se vislumbraba...”

Dice el Ad quem, a su vez, que lo expresado por la víctima comporta plena credibilidad y es respaldado por la sicóloga de la Policía.

Empero, en sentir del Tribunal “...el dicho de la víctima no otorga por sí mismo el requisito de estricta tipicidad cuando se trata de adecuar dicho comportamiento delictual, sino que requiere de un aspecto complementario a través de otros elementos de juicio, como ya lo observara la Sala al criticar la renuncia de la Fiscalía a escuchar a los galenos que hicieron reconocimiento y tratamiento médicos al menor ofendido y la introducción de esos resultados.”

República de Colombia Página 9 de 30 Casación - sistema acusatorio

No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS *Corte Suprema de Justicia*

Agrega que en razón de la gravedad de la conducta descrita por el menor y la alta pena que comporta, *“sin demeritar el dicho del menor”*, era *“necesaria y obligada la recepción de la prueba que respaldara dicha implicación”*.

Dice el Ad quem que *“la experiencia”* enseña cómo los menores que son víctimas de delitos sexuales, describen las maniobras padecidas afirmando que fueron accedidos por el ano, cuando en realidad, gracias a las experticias médicas, se comprueba que no existió penetración, cuando más un roce o manipulación.

En razón de ello, prosigue el Tribunal, la Fiscalía debió solicitar y presentar las pruebas técnicas necesarias para corroborar si hubo o no penetración, dado que el testimonio de la víctima carece de virtualidad para fundamentar la tipicidad del hecho *“porque no es una conclusión absoluta”*.

Acorde con lo expuesto, por considerar que no se halla demostrada la tipicidad del hecho y como quiera que el Fiscal no varió su solicitud de condena hacia una conducta de acto sexual abusivo, el Ad quem emitió sentencia absolutoria a favor del acusado, disponiendo la libertad inmediata del procesado.

LA DEMANDA

La demandante, Fiscal delegada para el asunto, formula un solo cargo en contra de la sentencia proferida por el Tribunal de Bogotá.

República de Colombia *Página 10 de 30 Casación - sistema acusatorio*

No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia

Cargo único

Recorre la casacionista a la causal tercera consagrada en el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, violación indirecta de la ley sustancial “*por manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba sobre la cual se ha fundado la sentencia, dimanante de ERROR DE DERECHO POR FALSO JUICIO DE CONVICCIÓN*”, dado que a pesar de reconocer el Tribunal que lo dicho por la víctima reviste credibilidad, sostuvo que para demostrar el acceso carnal por vía anal, debía aportarse valoración médico –sexológica, a través de perito adscrito a Medicina Legal, tarifa que carece de soporte legal.

En desarrollo del cargo la recurrente significa cómo en Colombia rige un sistema de apreciación probatoria fundado en la sana crítica, que faculta acudir a cualquier medio legal para demostrar el objeto del proceso.

Sin embargo, agrega, el Tribunal exigió un específico medio que demostrara el acceso carnal padecido por la víctima, a pesar de señalar que lo dicho por el afectado es creíble y que ello es ratificado por la psicóloga. Al efecto, transcribe un amplio apartado del fallo de segundo grado, donde expresamente el Ad quem advierte que ese tipo de vejamen se prueba “...*mediante los hallazgos físicos en la víctima, los cuales deben ser reconocidos por un especialista que para el caso era el Médico Perito de Medicina Legal o el Médico del Hospital Meissen...*” República de

Colombia *Página 11 de 30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia*

Asevera la casacionista, de otro lado, que no es cierto poseyera su oficina la supuesta prueba contundente del acceso, dado que el médico encargado de valorar físicamente al menor advirtió que en razón a realizarse el examen 20 días después de los hechos, no es posible determinar si hubo o no penetración anal, ya que de haberse presentado algún tipo de fisura, ésta cicatriza sin dejar huella.

Entonces, arguye la demandante, con la tesis del Tribunal no sería posible condenar en todos los casos en que el acceso no deja huella –como en la penetración oral- o cuando se presentan apenas tocamientos.

Destaca la recurrente cómo el menor en la audiencia de juicio oral, a pesar de haber transcurrido más de un año desde la ocurrencia del vejamen, fue espontáneo y claro en referir las circunstancias del mismo y la persona que lo ejecutó, hasta el punto de detallar el dolor que sentía en el ano y la forma en que éste sangraba.

Finalmente, en punto de trascendencia asevera la impugnante que si el Tribunal no hubiese errado al exigir tarifa legal para demostrar la penetración anal, necesariamente habría confirmado la sentencia condenatoria de primer grado, pues, acepta la credibilidad del menor, quien precisamente narra cómo el procesado lo accedió carnalmente. **República de Colombia**

Página 12 de 30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia

Acorde con lo anotado, pide la impugnante que se case la sentencia de segunda instancia y en su lugar se deje con plenos efectos el fallo de primer grado.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN

1. La Fiscalía

La Fiscal Quinta Delegada ante la Corte, en calidad de recurrente, dice compartir los argumentos y solicitudes planteadas en la demanda de casación.

Agrega que el Tribunal pasó por alto tomar en consideración lo que ya la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema, así como los estándares internacionales, tienen establecido en torno de la credibilidad de la víctima de delitos sexuales, particularmente, cuando se trata de menores de edad, quienes cuentan con un “*predeterminado crédito*”, a más que, agrega, las pruebas a practicar en el proceso deben consultar su interés superior.

Lejos de ello, postula la Fiscal, el Tribunal obvió tomar en consideración lo expresado por la víctima, dando prelación a la prueba pericial, de esta manera establecida como tarifa legal.

Reitera la funcionaria, por ello, la solicitud que se case la sentencia para dar pleno valor al fallo condenatorio de primer grado.

República de Colombia *Página 13 de 30 Casación - sistema acusatorio*

No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia

2. El defensor

Luego de resumir lo que en su sentir constituye esencia de la demanda de casación, el defensor del procesado, actuando como no recurrente, advierte que la casacionista no cumplió con los postulados formales que debe contener el recurso extraordinario, acorde con la jurisprudencia establecida por la Sala para el efecto, en tanto, obvió sustentar adecuadamente la causal, inserta en el error de derecho por falso juicio de convicción.

Ello, anota la defensa, porque el cargo se soporta en una afirmación ajena a la realidad: que el Tribunal exigió, para demostrar la tipicidad del hecho, la presentación de una prueba específica que demostrase la materialización del delito.

Empero, aduce el profesional del derecho, no se trató de una exigencia del Tribunal, sino de la manifestación de que la Fiscalía no cumplió con la obligación de demostrar su teoría del caso, dado que no aportó prueba complementaria de lo expresado por el menor, a efectos de determinar la tipicidad del hecho.

Entonces, afirma el defensor del procesado, la omisión de la Fiscalía en presentar a los profesionales de la salud, destacada por el Tribunal en el fallo, impidió allegar esos elementos complementarios, así que mal puede la representante del ente acusador alegar en casación ese comportamiento omisivo, cuando debió hacerlo valer en sede de la apelación del fallo condenatorio de primer grado, al momento en que la defensa hizo **República de Colombia**

ver la ausencia de prueba suficiente para condenar, desvirtuando la credibilidad de la víctima.

Finalmente, significa el no recurrente que la demandante no desarrolló el cargo ni demostró que debe atenderse a alguno de los fines de la casación, motivo por el cual debe desestimarse su pretensión de que se case la sentencia de segunda instancia.

CONSIDERACIONES

Desde ya la Corte anuncia que el cargo planteado por la casacionista tiene vocación de prosperar, tornándose imperioso revocar el fallo de segundo grado, vista la magnitud y trascendencia del yerro en el cual incurre el Tribunal.

Previo a abordar de fondo el examen del asunto, la Corte debe precisarle al defensor, acorde con el que fue único argumento planteado por él, en su calidad de no recurrente, en la audiencia de sustentación del recurso de casación, que una vez admitida la demanda de casación por la Sala, ya no es posible controvertir aspectos formales de la misma, en particular, el cumplimiento de los requisitos que habilitan acudir al mecanismo extraordinario de impugnación, pues, precisamente esa admisión implica que la Corte, aún si la demanda tuviese defectos argumentativos o de postulación del cargo, advirtió necesario examinar de fondo el asunto, en el entendido que ello se precisa para atender las finalidades de la casación. **República de Colombia** *Página 15 de*

Pero, además, en el caso concreto la Sala verifica acertada la postulación y desarrolló del cargo, en cuanto demuestra objetivo e incontrastable que de verdad el Tribunal incurrió en el error de derecho que se le atribuye, e incluso en uno de hecho que más adelante se referirá, de tanta trascendencia, que sustentó el fallo absolutorio de segundo grado, en este sentido advertido no sólo injusto, sino ilegal.

Respecto al error de derecho por falso juicio de convicción, esto tiene sentado, reiterada y pacíficamente, la Corte²

² Auto del 23 de julio de 2008, radicado 29775

“Cabe recordar que el juicio de convicción, que consiste en una actividad de pensamiento a través de la cual se reconoce el valor que la ley asigna a determinadas pruebas, presupone la existencia de una “tarifa legal” en la cual por voluntad de la ley a las pruebas corresponde un valor demostrativo o de persuasión único, predeterminado y que no puede ser alterado por el intérprete.

Así, se incurre en error de derecho por falso juicio de convicción si se niega a una prueba el valor que la ley le atribuye, o se le hace corresponder un poder suasorio distinto al que la ley le otorga.

En tal hipótesis, el juzgador parte del supuesto de que la prueba fue debidamente incorporada al proceso, pero se equivoca al valorarla frente a la tasación de su mérito persuasivo o en la determinación de su eficacia jurídica, ambas características señaladas de antemano por la ley.

Invariablemente ha sostenido la jurisprudencia de esta Sala, que en casación muy ocasionalmente podría tener cabida la postulación de errores de derecho por falso juicio de convicción, puesto que, salvo específicas excepciones, el procedimiento penal colombiano no contempla un sistema de apreciación probatoria tarifado, sino que, por el contrario, rige la sana crítica.”

República de Colombia
Página 16 de 30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS

Corte Suprema de Justicia

Ahora bien, teniendo como norte la jurisprudencia en cita, lo primero que cabe recordar, aunque ya se entiende suficientemente sabido, es que en nuestro sistema probatorio penal, desde hace bastante tiempo, impera el principio de libertad probatoria, por contraposición al ya desueto de tarifa legal, en razón de lo cual al conocimiento del objeto central del proceso penal o sus aspectos accesorios trascendentes, se puede llegar por cualquier vía probatoria legal.

En otros términos, sólo con carácter excepcional, desde luego expresamente consagrado en la ley, es posible exigir que un hecho o circunstancia pertinentes sea demostrado con uno o unos exclusivos medios suarios.

De ello se sigue que no deben ser aspectos cualitativos -específico medio-, o cuantitativos -número mínimo o máximo de medios-, aquellos que gobiernen la evaluación probatoria signada por los principios racionales de la sana crítica, a cuyo tenor, la determinación de la conducta punible y su responsable puede operar, incluso, a través de una sola prueba, cuando ella por sí misma irradia credibilidad y comporta todas las aristas de conocimiento que nutren esos elementos.

Al efecto, el Capítulo III de la Ley 906 de 2004, que regula el asunto examinado, claramente establece los principios básicos atinentes a la prueba y sus efectos, detallando en el artículo 373, **República de Colombia**

después reiterado en el 382, el principio de libertad probatoria, de la siguiente manera:

*“**Libertad.** Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos”.*

Agréguese a lo anotado que dentro del sistema procesal y probatorio que rige el caso, Ley 906 de 2004, sólo ha podido auscultarse, en principio, un caso de exigencia de tarifa legal, pero por el camino negativo, inserto en el inciso segundo del artículo 381, en cuanto consagra que: *“La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia”.*

Para la Corte es claro, e incluso no ha sido objeto de debate o controversia, que respecto de la demostración de un hecho puntual interesante a la tipicidad del delito de acceso carnal abusivo, como lo es la penetración, para el caso, por vía anal, de un miembro viril u otro objeto, la ley no ha establecido ningún tipo de tarifa legal, esto es, que la verificación fáctica puede operar por cualesquiera de los medios suasorios instituidos en la ley o uno similar que no viole los derechos humanos.

Desde luego, en ocasiones es factible advertir que posee una mayor virtualidad suasoria determinado elemento de juicio, en razón a sus características y posibilidades demostrativas. **República**

de Colombia *Página 18 de 30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia*

Pero ello no implica que ese más preciso medio repudie otros que lo suplan o, incluso, obligue aplicar una especie de *capitis diminutio* a los demás, al extremo de privilegiarse frente a ellos.

Respecto de los delitos de connotación sexual y su forma de demostración, es necesario precisar que incluso la exigencia de prueba única o privilegiada, remitida al dictamen pericial fruto de la observación clínica y consecuentes exámenes de laboratorio, choca con el hecho evidente que en muchos casos las arremetidas salaces no dejan huella perceptible, o el paso del tiempo, cuando la denuncia tarda, las borra.

Entonces, apenas para citar unos cuantos ejemplos, si el acceso carnal consistió no en la introducción del miembro viril, o cualquier otro cuerpo duro, en las vías anal o vaginal, sino en un acto de felación, es claro que posiblemente no se presenten cicatrices o lesiones apreciables, tornando inane el examen pericial; igual sucede cuando el medio utilizado para sojuzgar a la víctima no es la violencia física -o esta es menor de edad y lo acepta- y la relación opera por vía vaginal o anal, sin eyaculación interna, conocido suficientemente, en lo que al ano respecta, que este puede acoplarse a la penetración y volver a tomar su forma casi de inmediato.

En fin, que, para lo ahora verificado, si el menor denunció el hecho varios días después de ocurrido, muy posiblemente las huellas pasibles de presentarse por la penetración anal, ya se han

República de Colombia *Página 19 de 30 Casación - sistema acusatorio*

No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia

desvanecido y, entonces, ningún valor importante comporta el dictamen pericial.

No se duda, de otro lado, que la prueba testimonial comporta entidad suficiente para demostrar hechos trascendentes en lo que toca con delitos de contenido sexual, incluidos, desde luego, aquellos que dicen relación con la estricta tipicidad de la conducta en su contenido objetivo, esto es, la forma en que la acometida libidinosa tuvo ocurrencia o, para mayor precisión, si hubo o no penetración anal o vaginal.

Y, desde luego, testigo de excepción para el efecto lo es la víctima, no sólo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública.

Así mismo, cuando se trata, la víctima, de un menor de edad, lo dicho por él resulta no sólo valioso sino suficiente para determinar tan importantes aristas probatorias, como quiera que ya han sido superadas, por su evidente contrariedad con la realidad, esas postulaciones injustas que atribuían al infante alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia.

República de Colombia *Página 20 de 30 Casación - sistema acusatorio*

No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia

Ya se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, el menor tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido le genera.

No soslaya la Corte, desde luego, que los menores pueden mentir, como sucede con cualquier testigo, aún adulto, o que lo narrado por ellos es factible que se aleje de la realidad, la maquille, oculte o tergiversar, sea por ignotos intereses personales o por manipulación, las más de las veces parental.

Precisamente, lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables.

No. Dentro de las características particulares que irradia el testigo, la evaluación de lo dicho por él, menor de edad o no, ha de remitir a criterios objetivos, particularmente los consignados en el artículo 404 de la Ley 906 de 2004, atinentes a aspectos tales como la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el conainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad. **República de Colombia**

Página 21 de 30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia

Desde luego, a esos conceptos intrínsecos del testimonio y quien lo rinde, deben agregarse, para la verificación de su trascendencia y efectos respecto del objeto central del proceso, aquellos referidos a cómo los demás elementos suasorios apoyan o contradicen lo referido, habida cuenta de que el sistema de sana crítica del cual se halla imbuida nuestra sistemática penal, obliga el examen en conjunto y de contexto de todos los medios de prueba arrimados legalmente al debate.

En cumplimiento de los preceptos arriba definidos, que deberían ser suficientemente conocidos por los operadores jurídicos, el fallador de primer grado efectuó un examen amplio y detallado de los distintos elementos de prueba arrimados al juicio oral, poniendo especial énfasis en lo dicho por la víctima del vejamen, de quien pregonó absoluta credibilidad, no solo porque su narración aparece ilada, coherente y coincidente en sus diferentes incursiones testimoniales, limitándose a narrar vívidamente lo que hubo de padecer, como así lo certificó la profesional de la psicología adscrita a la SIJIN, sino en atención a que los demás elementos de prueba corroboran lo relatado, particularmente, lo referido por su padre y uno de los vigilantes del parque recreativo donde ocurrieron los hechos.

La Sala avala esa evaluación probatoria realizada por la primera instancia, en tanto, se compadece con las pruebas recabadas y lo que el examen de conjunto demanda. **República de Colombia**

Página 22 de 30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS

Corte Suprema de Justicia

Está claro que efectivamente el menor fue llevado mediante engaños a la zona alta y boscosa del Parque Canta Rana, por uno de los vigilantes del mismo, el aquí procesado ARLEY ORTEGA CASTELLANOS, mediante engaño, y allí fue sometido a vejamen sexual, como después lo confió a otro de los empleados del centro recreativo –el cual incluso advierte que, en efecto, el día de los hechos observó descender al procesado y a la víctima de esa zona escarpada- y finalmente a su padre, quien formuló la correspondiente denuncia penal y en sede del juicio describió el cambio de comportamiento de su hijo, fruto del mancillamiento padecido, agregando que hubo de someterse a tratamiento psicológico a más de obligarse cirugía en sus genitales.

No es ello objeto del pronunciamiento de la Corte, además, porque el Tribunal, en el fallo de segundo grado, de manera taxativa y reiterativa afirmó que daba plena credibilidad al menor, en cuanto relata haber sido objeto de vejamen sexual a manos del acusado.

Empero, de manera que no duda en calificar de absurda la Corte, ese mismo Tribunal, a pesar de advertir digno de entero crédito lo expresado por el menor, aduce que por corresponder el acceso carnal referido por el afectado, a un hecho grave menesteroso de alta penalidad, y conocerse por la experiencia que en este tipo de casos las víctimas dicen penetración anal a lo que finamente los exámenes médicos permiten verificar simples roces o manipulación genital, se hacía necesario presentar prueba pericial que demostrase efectivamente realizada la conducta

República de Colombia *Página 23 de 30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA*

CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia

descrita con rigor por quien para ese momento descontaba diez años de edad.

A más de deleznales, los argumentos presentados por el Tribunal asoman evidentemente tendenciosos y contrarios a lo que la sana crítica enseña, para no advertir, por lo obvio, que en efecto comportan el vicio de derecho por falso juicio de convicción planteado por la Fiscalía.

Es que, contraría elementales postulados probatorios, para no hablar del valor justicia predicado en un plano de igualdad, significar que *“...dada la consecuencia jurídica de la gravedad del comportamiento y por sí misma la superlativa sanción punitiva para el responsable, como ya se dijo, sin demeritar el dicho del menor, en aras de constituir la prueba idónea sobre la realización de dicha penetración, era necesaria y obligada la recepción de la prueba que respaldara dicha implicación...”*.

Así, inaugura el Ad quem una nueva categoría probatoria, al amparo de la cual, entre más grave sea el delito, más amplia y especializada debe ser la presentación de la prueba que soporte su existencia y, en consecuencia, si la declaración del menor basta para, por ejemplo, delimitar materializada la tipicidad de un ilícito de acto sexual abusivo, esa misma atestación, así sea creíble o incontrastable y contenga todos los elementos requeridos para el efecto, no es suficiente en el cometido de demostrar el acceso carnal. **República de Colombia**

Desde luego que, cuando el fallo de segunda instancia significa “*necesaria y obligada*” la presentación de dictamen pericial que ratifique lo declarado por el menor, no apenas comete el exabrupto de pedir una especie de prueba de la prueba, como si el testimonio no se bastase por sí mismo una vez depurado en su credibilidad intrínseca y extrínseca, sino que incurre en la violación de derecho estudiada por la Corte, en tanto, se trata de tarifar la prueba bajo el entendido que el acceso carnal sólo puede demostrarse con los exámenes en cuestión.

Ello -a pesar de la artificiosa argumentación presentada por la defensa en curso de la audiencia de sustentación del recurso de casación presentado por la Fiscalía- emerge indubitable del contexto íntegro de lo fallado por el Tribunal, como quiera que de manera expresa y reiterada el texto de la sentencia se ocupa de demandar necesario, indispensable o ineludible, que para la demostración de esa penetración anal descrita por la víctima, se alleguen dictámenes médicos.

No otra cosa puede entenderse cuando el Tribunal afirma que pese a que lo narrado por el ofendido es creíble, en cuanto narró una vivencia real de lo padecido, aspecto ratificado por la sicóloga al servicio de la SIJIN, “*sin embargo, el dicho de la víctima no otorga por sí mismo el requisito de estricta tipicidad...*”

O cuando sostiene, sin mayor desarrollo que permita comprender el sentido de lo afirmado: **República de Colombia** *Página 25 de 30*

Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia

“La señora juez de primera instancia tampoco abordó el tema con la exigencia que concernía en su análisis y le otorgó la misma valoración probatoria al dicho del menor para dar por cierto que había sido accedido carnalmente porque él lo dijo, lo cual no es una garantía absoluta como ya se estableció y porque frente a una sentencia de responsabilidad la misma debe estar sustentada no solo en lo fáctico, sino en la estricta tipicidad y en el principio de legalidad siendo evidente el yerro en que se incurrió (sic) estos últimos enunciados”.

Además de la verdad de Perogrullo que surge de lo transcrito, la Corte no observa que efectivamente sea *“evidente el yerro en que se incurrió (sic) estos últimos enunciados”*, simplemente porque jamás el fallo de segundo grado explica cómo se vulneraron presuntamente con la sentencia de primer grado esos principios torales.

Pero, si el Ad quem advierte que el testimonio de la víctima nunca es *“garantía absoluta”*, por sí mismo, de que se materializó un delito de acceso carnal abusivo, desde luego que incurre, allí sí, en la violación que predica el demandante en casación, dado que está exigiendo una tarifa legal que jamás la ley ha postulado.

Y si además ese mismo cuerpo colegiado sustenta la necesidad de recurrir a la prueba pericial que corrobore lo dicho por la víctima, en lo que significa una supuesta regla de la experiencia, sólo existente en su magín, apenas puede predicarse caprichosa la decisión absolutoria.

Al efecto, esto dice el Tribunal:

“La experiencia enseña que la víctima de un comportamiento sexual y especialmente cuando se trata de menores de edad,

República de

Colombia *Página 26 de 30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA*

CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia

describen en sus palabras las maniobras de las cuales fueron objeto y en ello afirman que fueron “accedidos por el ano”, cuando la realidad a través de experticias médicas se establece que no existió penetración, sino a lo sumo un roce o manipulación caso en el cual, frente a la tipicidad, obliga a que la conducta se remita a un acto sexual diverso del acceso carnal”.

Evidente surge que esa construcción argumental ninguna regla de la experiencia representa, sino apenas la inferencia artificiosa que construye el Tribunal para así soportar su decisión de dejar sin efecto material la prueba de cargos, a pesar de significarla válida y creíble.

No entiende la Sala dónde, en esa inferencia, residen los elementos de universalidad, permanencia y reiteración propios de una verdadera regla de la experiencia y, desde luego, el fallador de segundo grado tampoco se preocupa por explicar cómo determinó que, efectivamente, siempre o casi siempre que un menor dice haber sido accedido carnalmente por el ano, ello es desvirtuado a través de prueba médica.

El falso raciocinio, en cuanto se pasan por alto los principios de la sana crítica, asoma ostensible, por virtud de que se construyó una regla de la experiencia que no lo es.

Respecto de la imposibilidad de confusión en el menor, esto es, que pudiera entender penetración anal el simple rozamiento entre sus piernas del pene del procesado, no cabe ninguna duda, pues, precisamente la víctima luego de describir que el acusado lo accedió en dos ocasiones, advierte que a partir de allí, entre otros síntomas, presentó sangrado en las deposiciones. República de

Colombia *Página 27 de 30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia*

En similar sentido declaró su padre durante el juicio oral, significando que al menor debió practicársele cirugía, dado que sus órganos sexuales resultaron afectados con la penetración.

Así referenciados los hechos, desde luego que el yerro se radica en la segunda instancia y no en lo detallado por el A quo, no obstante predicar el Ad quem que carece de soporte probatorio lo afirmado por la jueza del Circuito en el sentido que a consecuencia del vejamen la víctima recibió tratamiento quirúrgico.

Es que, se repite, si el menor y su padre, bajo la gravedad del juramento y en curso del juicio oral, predicar la existencia de ese daño físico, lo que correspondía al Tribunal, para desvirtuar la aceptación que del hecho hizo la primera instancia, no era exigir prueba de respaldo –introducción de historia clínica o dictámenes– sino advertir por qué no puede darse credibilidad a lo manifestado testimonialmente por el afectado y su progenitor.

Ahora bien, demostrado que efectivamente el fallo de segundo grado incurrió en el vicio postulado por el demandante, e incluso verificado también un error de hecho por falso raciocinio, debe señalar la Sala que esa protuberante vulneración comporta trascendencia insoslayable, pues, evidente emerge que si el Tribunal no hubiese incurrido en ella, necesariamente la decisión habría sido confirmatoria de la condena emitida por el Juzgado 21

Penal del Circuito. **República de Colombia** *Página 28 de 30*

Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS Corte Suprema de Justicia

En otras palabras, si se tiene claro que la víctima refirió haber sido accedida carnalmente por el ano en dos ocasiones, describiendo las circunstancias puntuales en que ello se sucedió, sin que se ponga en tela de juicio la credibilidad intrínseca de lo expresado y presentándose prueba de respaldo que sin ambages corrobora esa expresa manifestación testimonial, la única decisión pasible de tomar es la de condenar, al advertirse plenamente demostrada la tipicidad del delito y consecuente responsabilidad del procesado, debidamente señalado e identificado, y sin que en su favor opere alguna circunstancia de ausencia de responsabilidad o siquiera inimputabilidad.

Constituye, la anotada, razón suficiente para que se revoque el fallo de segundo grado atacado en casación y en su lugar se otorgue plena vigencia a la condena impartida por el A quo.

De otra parte, evidente como es que lo decidido por el Tribunal controvierte flagrantemente lo que legalmente ha sido instituido para el análisis probatorio, estima la Corte pertinente compulsar copias de la decisión cuestionada en casación, para efectos de que se investigue penal y disciplinariamente a quienes la signaron.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **República de Colombia**

Página 29 de 30 Casación - sistema acusatorio No.35080 ARLEY ORTEGA CASTELLANOS

Corte Suprema de Justicia

RESUELVE Página contiene parte resolutive y

firma del Presidente de la Sala

Casación sistema acusatorio N° 35.080 -Casa-



JUEZA PONENTE
Dra. Gladys Terán Sierra

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.- SALA ESPECIALIZADA DE LO PENAL, PENAL MILITAR, PENAL POLICIAL Y TRANSITO.- Quito, 6 de agosto de 2013. Las 10:00

VISTOS: El ciudadano Truman Jefferson Giles Murillo, interpone recurso de casación en contra de la sentencia emitida por la Primera Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 5 de diciembre de 2012, a las 09h47, que confirma en todas sus partes el fallo dictado por el Octavo Tribunal de Garantías Penales del Guayas, con fecha 12 de julio de 2012, a las 09h46, en la que se declara su culpabilidad, en calidad de autor del delito de violación, tipificado y sancionado en el Art. 512 caso 1 y Art. 513, en concordancia con el Art. 42 del Código Penal, imponiéndole la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial.

Por el sorteo realizado, le ha correspondido conocer el presente recurso a este Tribunal de Casación, de la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, integrado por la Doctora Gladys Terán Sierra como Jueza Nacional, Ponente, y los Doctores Paúl Iñiguez Rios y Jorge Blum Carcelén, como Jueces Nacionales miembros del Tribunal; por lo que, habiéndose agotado el trámite legal pertinente y al ser el estado de la causa el de resolver, para hacerlo se considera:

1. COMPETENCIA.

Este Tribunal, de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional de Justicia, es competente para resolver los recursos de casación y revisión, conforme a lo dispuesto en los artículos 184.1 y 76.7.k de la Constitución de la República, artículos 184 y 186.1 del Código Orgánico de la Función Judicial reformado mediante la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial publicada en

el Suplemento del R.O. No. 38 de 17 de julio de 2013); artículo 349, del Código de Procedimiento Penal; y, acorde al art. 5 de la Resolución No. 04-2013 de la Corte Nacional de Justicia de julio de 2013.

Este recurso ha sido tramitado conforme las normas procesales de los artículos 352 y 354 del Código de Procedimiento Penal, así mismo, se ha aplicado lo que dispone el artículo 76.3, de la Constitución de la República del Ecuador.

2. ANTECEDENTES DE LA SENTENCIA IMPUGNADA Y ACTUACIONES PROCESALES

De la denuncia presentada por la señora Patricia Mitzi Cueva Collazo, se ha llegado a conocer que el día 30 de agosto del 2011, aproximadamente a las 12h00, en circunstancias en las que se ha encontrado en su domicilio ubicado en Francisco de Marcos 2905 y Guerrero Valenzuela, ha llegado la señora de nombre Brenda, de la cual no sabe su apellido, que ha sido Directora de la Escuela José Martín, donde estudia la sobrina de la denunciante de nombres ILAZ¹, menor de 13 años de edad, dicha profesora le ha manifestado que su sobrina había sido violada por su padrastro de nombre Truman Jefferson Gilce Murillo, que es mayor de edad: que en la escuela le habían realizado unos exámenes psicológicos a la adolescente, ya que ella se encontraba con un

¹ A fin de evitar su exposición pública y que perjudique a su desarrollo personal, social e integral, se omite el nombre de la ofendida en la presente sentencia; en adelante será identificada con las iniciales de sus nombres y apellidos (LSJP), considerando que las sentencias de casación son de reproducción pública en la Gaceta Judicial. En consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 44 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: "El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; se atenderá al principio de su interés superior y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas"; en el mismo sentido, se expresa el Art. 1 del Código de la Niñez y Adolescencia, cuya finalidad es la protección integral que el Estado, la sociedad y la familia, están obligados a garantizar a todas las niñas, niños y adolescentes que viven en el Ecuador; para lograr su desarrollo integral y el pleno disfrute de sus derechos en un marco de libertad, dignidad y equidad. Al efecto, regula el goce y ejercicio de esos derechos, deberes y responsabilidades, así como los medios para hacerlos efectivos, garantizarlos y protegerlos, conforme al principio del interés superior y la doctrina de protección integral prescrito en el Art. 50 *Ibíd.*, como el Art. 52, que se refiere a las prohibiciones relacionadas con el derecho a la dignidad e imagen; y, las prohibiciones de los numerales 3 y 4, que tienen que ver con "La publicación o exhibición de noticias, reportajes, crónicas ..." así como "La publicación o exhibición de imágenes y grabaciones o referencias escritas que permitan la identificación (...) víctimas de maltrato, abuso sexual ..."; y, el Art. 53 que precautela el "derecho a que se respete la intimidad de su vida privada y familiar ...".

comportamiento extraño; que ha manifestado, que desde cuando ella tenía ocho años, ese tipo ha venido violándola bajo amenazas, que la última vez que la ha violado ha sido el domingo 28 de agosto de 2011, y que la directora le ha dicho que la acompañe hasta la Policía Judicial, para que le pusiera la denuncia; que una vez allí, han ordenado que se realice el reconocimiento médico legal en el cual se ha constatado que la niña había sido violada.

Llevada a cabo la audiencia preparatoria de juicio oral y dictamen fiscal, ante el Juez Segundo de Garantías Penales del Guayas, con fecha 29 de marzo de 2012, la fiscal de la causa ha emitido el correspondiente dictamen acusatorio en contra del procesado, el mismo que ha sido aceptado por el juzgador, quien ha dictado auto de llamamiento a juicio en su contra por considerarlo presunto autor del delito tipificado en el Art. 512.1 del Código Penal y reprimido en el Art. 513 en concordancia con el Art. 42 ejusdem

De este auto, el procesado ha interpuesto recurso de nulidad, cuyo conocimiento y resolución ha correspondido a la Primera Sala de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, la que al resolver el mismo, mediante ejecutorial de fecha 05 de abril de 2012, desecha el recurso interpuesto por Truman Jefferson Gilce Murillo y declara la validez del proceso.

El Octavo Tribunal de Garantías Penales del Guayas, a quien por sorteo le ha correspondido sustanciar la etapa de juicio, ha llegado a comprobar la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado, con los siguientes medios probatorios:

1. Partida de nacimiento de la adolescente ILAZ, de la que se desprende que ha nacido el 4 de enero de 1998, por lo tanto es menor de 14 años de edad
2. Testimonio de la adolescente ILAZ, quien comparece con la curadora designada para que la represente; ha manifestado que su padrastro siempre la observaba con unos binoculares que ha tenido desde la casa a su Colegio que quedaba a una cuadra aproximada; que éste abusaba de ella cuando su mamá se iba a trabajar, que la llevaba a la cama, que

le besaba, le tocaba toda, le desvestía, le mordía, le daba abrazos y besos en los senos y partes íntimas; que quería penetrarla con su miembro, tenía sexo oral y que le decía que eso era normal; que una vez le penetró por atrás; que otra ocasión él ha acabado; que el abuso lo cometía desde cuando ella ha tenido ocho años de edad; que esto le ha contado a su mamá, quien no le ha creído; que le ha contado a la profesora quien si le ha creído, al igual que su tía Patricia, que es la que ha denunciado el hecho y con la que vive actualmente;

3. Examen médico-ginecológico realizado por el Dr. Jorge Bernabé Córdova Ortuño, el 30 de agosto de 2011, quien al rendir testimonio manifiesta que la adolescente ILAZ, presenta un himen con desgarramiento antiguo y que el esfínter anal tiene un aspecto normal.
4. Testimonio del Cbos. de Policía, David Aladino Páez Verdezoto, quien ha realizado el reconocimiento de la Escuela Fiscal y del domicilio de la adolescente en la Cooperativa La Voluntad de Dios, Lotización Camila, manifiesta que la casa tiene divisiones de ladrillo y que en lugar de puertas existen cortinas; que ha entrevistado a la Lic. Fernanda Marianela Rosado Pezo, en la Escuela José Martín, quien le ha dicho que notó que la niña no quería ir a su casa, porque según ha dicho, su padrastro la iba a castigar y que mejor quería llegar a la casa de su papá, que ese día era 5 de septiembre de 2012,
5. Testimonio del Suboficial segundo Pedro David Monar Suarez, quien ha actuado como perito del reconocimiento de la evidencia física, consistente en unos binoculares, del que no puede determinar su alcance.

Con fecha 12 de julio del 2012 y con base a la prueba actuada en la audiencia del juicio, se afirmó en sentencia que se encontraba probada la existencia de la infracción y la responsabilidad del acusado, lo que ha permitido llegar a determinar que el acusado es autor del delito de violación, tipificado en el Art. 512.1 y sancionado por el Art. 513, en concordancia con el Art. 42, siempre del

Código Penal; por lo que, se le impone la pena de dieciséis años de reclusión mayor especial.

De esta sentencia, el acusado Truman Jefferson Gilces Murillo, interpone recursos de nulidad y apelación, los mismos que por oportunamente interpuestos, se los concede para ante la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas; no así, el recurso de apelación interpuesto por la Fiscal Ab. Luz Paz y Miño Moncayo, que por extemporáneo se lo deniega.

Con fecha 5 de diciembre de 2012, avoca conocimiento la Primera Sala de lo Penal Colusorio y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, la que en conocimiento del hecho que se juzga, y en consideración a que los recurrentes no han justificado la procedencia de la nulidad alegada y no existiendo causa de nulidad u omisión de solemnidad sustancial que pudiera influir en la decisión de la causa, declara su validez.

Igualmente, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial, luego de la valoración del texto de la sentencia objeto del análisis, y examinada la procedencia legal y la validez jurídica de la prueba actuada dentro de la presente causa y recogida en la sentencia, teniendo en cuenta que las constancias procesales, determinan de manera objetiva tanto la existencia del delito, como la responsabilidad penal del sentenciado, Truman Jefferson Gilces Murillo, llega a la conclusión de que no hay duda alguna respecto del acceso carnal reiterado y sobre las circunstancias en que estos hechos han ocurrido, sobre lo que existe constancia procesal con el testimonio de la adolescente agraviada, quien ha expresado con detalles los episodios de agresión de los que ha sido víctima.

Por otro lado, la Sala considera que no es admisible la versión del sentenciado quien no ha logrado desvanecer los cargos derivados de los medios de prueba actuados en la audiencia, por lo que declara sin lugar el recurso de apelación interpuesto y confirma en todas sus partes la sentencia subida en grado.

De esta resolución, el procesado Truman Jefferson Gilces Murillo, interpone recurso de casación a la sentencia dictada por el Octavo Tribunal de Garantías Penales del Guayas y confirmada por la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial del Guayas.

3. ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN DEL RECURSO.-

3.1 DEL RECURRENTE SEÑOR TRUMAN JEFFERSON GICES MURILLO

En la fundamentación del recurso de casación interpuesto, se refiere al proceso penal en cuanto a que "... crece, se desarrolla y avanza, conforme a determinados principios Constitucionales ..."; enuncia los artículos 11, 75, 76, 77, 169, 172, 195 y 414, de la Constitución de la República que se encuentran formando parte de: Principios de aplicación de los derechos; Derechos de Protección, Principios de Administración de Justicia, De la Función Judicial, De la Fiscalía General del Estado y hasta menciona el artículo 414 que se encuentra en la Sección VII, que trata de la "Biosfera, Ecología Urbana y Energías Alternativas", que según el casacionista considera han sido violados por el Octavo Tribunal Penal y Primera Sala Penal Especializada de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, mediante una sentencia y auto resolutorio contaminados de ilegalidad; menciona que el Tribunal Octavo viola la ley, "al haberse hecho una indebida aplicación de la misma y habérsela interpretado erróneamente sin que se haya cumplido con lo establecido en el Art. 309, núm. 2 y 3 del Código de Procedimiento Penal, porque no se ha analizado, valorado las pruebas practicadas, ni la relación precisa y circunstanciada del hecho punible ...";

El defensor del casacionista, hace una extensa exposición de los hechos, tratando de desvirtuarlos, para ello desmiente las acusaciones y trata de desacreditar las pruebas presentadas por el fiscal, tacha a los testigos, y se refiere a las contradicciones en las que, durante la audiencia de juzgamiento ha incurrido la ofendida; manifiesta que en la sentencia, no se ha tomado en consideración todos los elementos de prueba presentados por la defensa; considera que la sentencia no está, motivada; que no se han considerado los

testimonios de sus testigos; también dice, que una sola narrativa totalmente contradictoria no es prueba; que la violación se genera al no aplicarse lo que determinan los arts. 33, 95, 98, 143, 330.3 y 331 del Código de Procedimiento Penal; art. 4 del Código Penal, así como debían aplicarse los arts. 25, 26, 27, 28 y 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, y el art. 358 del Código de Procedimiento Penal, en su última parte.

3.2 DEL SEÑOR FISCAL GENERAL DEL ESTADO:

El Dr. Andrés Idrovo Larreátegui, delegado del señor Fiscal General del Estado, al contestar la fundamentación del recurso de casación, señala lo siguiente:

Que el abogado de la defensa ha enumerado las normas jurídicas que desde su punto de vista, han sido violadas y se refiere a las normas: procesal, penal sustantiva y procesal, y, de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Manifiesta que lo importante es dejar sentado el hecho de que la casación penal no se satisface única y exclusivamente con meros enunciados normativos, sino que es necesario desarrollar, y a partir de la norma jurídica empezar a empatar con el caso concreto, lo cual no se ha hecho, y la fiscalía considera falta de fundamentación y argumentación adecuada que permita establecer la forma en la que se ha dado la violación de la ley en la sentencia, en los términos que establece el art. 349 del Código de Procedimiento Penal.

Con respecto al relato circunstanciado de los hechos constantes en el proceso penal y respecto a la enumeración de las pruebas, manifiesta que el Art. 512 del Código Penal, que es el tipo a través del cual fue subsumido el comportamiento y la conducta del acusado Truman Jefferson Gilses Murillo, ha sido debida y legalmente comprobado; que el bien jurídico que ha sido menoscabado y que concuerda con el aporte probatorio dentro del proceso a través de un informe pericial, en el que se ha establecido la conducta imputada al procesado, fue en contra de una menor de 14 años, conforme lo establece el art. 512.1 del Código Penal, la misma que puede ser contrastada con el testimonio de la víctima, quien ha sido coherente, convirtiéndose en prueba suficiente con lo que los juzgadores, en las dos instancias, han llegado a la

certeza que les exige los arts. 252 y 304 A del Código de Procedimiento Penal, en observancia al último inciso del art. 349 ibidem; por lo que, solicita sea desechado el recurso planteado.

4.- ANALISIS DEL TRIBUNAL DE LA SALA.

4.1 Del Recurso de Casación

La casación es un recurso extraordinario, que tienen las partes litigantes, para hacer que la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia, órgano jurisdiccional competente para resolverlo, analice las sentencias dictadas por los Jueces de Garantías Penales, con el fin de corregir los errores de derecho que se presenten en ellas, recalcando que son éstas, las sentencias, los únicos actos procesales que pueden ser atacados por los recurrentes mediante este medio de impugnación. Este recurso está delimitado en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, en donde se especifica que será procedente por la violación de la ley, en cualquiera de las formas previstas en la antedicha norma, añade además que no puede ser admitido ningún pedido tendiente a volver a valorar la prueba; de esto se deduce que el mentado recurso se limita a la revisión de las normas jurídicas que el recurrente considera violadas.

Los hechos de los que parte esta Sala, para resolver el recurso que se encuentren fijados, son aquellos que devienen de las conclusiones a las que el juzgador ha llegado, después de haber valorado la prueba legalmente producida en el proceso y los únicos pedidos, respecto de la misma que pueden ser admisibles en el recurso de casación, son aquellos que atacan su legalidad; esto es, que al haber un medio probatorio aducido conforme a los requisitos exigidos por la ley, el juzgador no lo toma en cuenta para su valoración o cuando se hubiera incumplido los requisitos intrínsecos o extrínsecos que deben reunir las pruebas judiciales, el juzgador no las toma en cuenta como válidas.

El fin de la casación reside en el aseguramiento de una protección jurídica realista

*pudiendo ser presentadas a la revisión del tribunal de casación (sólo) aquellas partes de la decisión de los jueces de mérito que son independientes del paso del tiempo y que, por ello, no son del dominio natural del juez de primera instancia, quien actúa de manera más cercana a los hechos...*²

Por ello, las situaciones fácticas de las que parte esta Sala, para resolver el recurso, son aquellos que devienen de las conclusiones a las que el juzgador ha llegado, después de haber valorado los medios de prueba legalmente producida en el proceso; y, los únicos pedidos respecto de esta que pueden ser admisibles en el recurso de casación, son aquellos que atacan a su legalidad.

Como señala el tratadista Fabio Calderón, el recurso de casación:

*Es un juicio técnico, de puro derecho, sobre la legalidad de la sentencia (errores in iudicando) o sobre el proceso en su totalidad o en diversos sectores del mismo (errores in procedendo); de ahí que la casación, como un juicio sobre la sentencia que es, no puede entenderse como una instancia adicional, ni como potestad ilimitada para revisar sobre el proceso en su totalidad, en sus diversos aspectos facticos y normativos, sino como una fase extraordinaria, limitada y excepcional del mismo*³.

El doctor Jorge Zavala, afirma que **“No existe disposición legal alguna que sustente la peregrina afirmación de que si al analizar la sentencia el juez ad quem observa que se ha violado la ley en ella, el juez de casación queda autorizado para examinar “in integrum” el proceso”**⁴.

4.2.- De la fundamentación del recurso y las vulneraciones legales

4.2.1 Con base a lo antedicho, cabe analizar si los fundamentos utilizados por el procesado para interponer el presente recurso de casación, que son de aquellos que hacen procedente el mismo y, de serlo así, si dichos fundamentos son lo suficientemente acertados para hacer que esta Sala cace la sentencia del juzgador de instancia.

² Roxín, Claus. Derecho Procesal Penal, Tomo II. Editoriales del Puerto S.R.L., año 2008.

³ Calderón Botero, Fabio. "Casación y Revisión en materia penal" Edit. TEMIS – Bogotá 1973 Pág. 131

⁴ Zavala Baquerizo, Jorge. "Tratado de Derecho Procesal Penal", tomo X. EDINO 2004. Pág. 83 Guayaquil-Ecuador

4.2.2 Con respecto a las supuestas violaciones de la ley que se han cometido al juzgarlo, el imputado Truman Jefferson Giles Murillo ha realizado un análisis extenso y totalmente innecesario sobre el fondo del asunto, materia que no le corresponde analizar a este Tribunal de la Sala. –relato de los hechos con mención de cada uno de los testimonios y sus presuntas contradicciones-

Como se mencionó anteriormente, en su fundamentación ha manifestado que se ha producido la violación de los artículos 33, 95, 98, 143, 330.3 y 331 del Código de Procedimiento Penal; Art. 4 del Código Penal; así como los arts. 25, 26, 27, 28 y 29 del Código Orgánico de la Función Judicial, y el art. 358 del Código de Procedimiento Penal, en su última parte; por lo cual, no se puede hacer un análisis pormenorizado de cada uno de los artículos, por cuanto no se especifica y se fundamenta cómo éstos fueron vulnerados en la sentencia y además la trascendencia de tal vulneración en la decisión de la causa, es además intrascendente su cuestionamiento y respuesta; nos abstenemos de proceder al análisis respecto al listado de normas jurídicas, contenidas en la norma penal sustantiva y procesal, como de la Ley Orgánica de la Función Judicial que ha realizado el procesado, sin que haya desarrollado, a partir de la norma jurídica, una argumentación o fundamentación adecuada.

En ese marco de circunstancias, frente a las pruebas irrefutables que constan descritas en la sentencia que el juzgador analiza en el considerando noveno y décimo del fallo, con lo que se establece la existencia material de la infracción, base sobre la cual se construye la responsabilidad penal del acusado, como consta en su considerando undécimo.

4.2.3 Sobre los artículos enunciados en el numeral anterior y a los que se refiere el procesado en el sentido de que "la violación netamente se genera al no aplicarse lo que se determina en los artículos ...", lo hace en forma muy general, sin explicar de qué forma se ha violado la ley contenida en dichos artículos y cómo han influido en la decisión de la causa; el abogado del recurrente, ha manifestado que no se ha establecido la lógica jurídica en cuanto no se ha aplicado una justicia imparcial, que no existe prueba alguna con validez jurídica que permita determinar que éste haya cometido el ilícito del

que se le acusa, que no había una certeza para que el tribunal pueda sentenciarlo; que existen contradicciones claras y precisas y la violación al debido proceso al no aplicarse la ley conforme se lo determina; todo lo cual deviene en intrascendente por carecer de fundamentación jurídica que permita a este Tribunal de Casación, iniciar siquiera un análisis.

4.2.4 Sobre las supuesta violaciones a los artículos: 330 del Código de Procedimiento Penal, - causas de nulidad-, que en el numeral 3 dice: "Cuando en la sustanciación del proceso (...) siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa" y el 331 Ibídem, que se refiere a declaración de nulidad, este Tribunal de la Sala de lo Penal, advierte que, en el caso concreto, dichos preceptos normativos no han sufrido violación alguna de parte de los juzgadores, ya que la nulidad alegada tanto del auto de llamamiento a juicio, como de la sentencia emitida por el Tribunal Octavo de Garantías Penales del Guayas, han sido resueltas por la respectivas instancias, en razón de que el recurrente no ha justificado la procedencia de la nulidad alegada, por lo que, no existiendo causa de nulidad u omisión de solemnidad sustancial que pudiera influir en la decisión de la causa, la Primera Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia del Guayas, declara la validez del proceso.

Se debe subrayar además, lo manifestado por el casacionista, cuando menciona que una sola narrativa totalmente contradictoria no es prueba; si tomamos en cuenta que la prueba testimonial, comporta entidad suficiente para demostrar hechos trascendentes, en lo que tiene que ver con delitos de carácter sexual, incluidos, desde luego, aquellos que dicen relación con la estricta tipicidad de la conducta en su contenido objetivo, esto es, la forma en que la acometida libidínosa tuvo ocurrencia, o para mayor precisión, si hubo o no penetración anal, vaginal o de cualesquier otra índole; desde luego, y en estos casos, testigo de excepción para el efecto lo es únicamente la víctima, no solo porque precisamente sobre su cuerpo o en su presencia se ejecutó el delito, sino en atención a que este tipo de ilicitudes, por lo general se comete en entornos privados o ajenos a auscultación pública.

Igualmente, cuando se trata, de la víctima, sea o no menor de edad, lo dicho por ello resulta no solo valioso sino suficiente para determinar tan importante arista probatoria, como quiera que ya han sido superadas, esas postulaciones injustas que atribuían a la o el infante, alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia.

Se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, la o el menor, tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido les genera; y, lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, solo en razón de su minoría de edad.

En este contexto, este Tribunal de Casación, considera que la prueba ha sido analizada dentro de la sentencia recurrida y no le corresponde revalorarla. Tal y como están expresados los motivos de la casación, en materia penal, en el artículo 349 del Código Adjetivo Penal, en Ecuador solo se puede perseguir la casación para enmendar una violación de la ley; pero en el caso *sub judice*, se debe subrayar que es por la prueba valorada por los juzgadores de instancia, que se llega a determinar la figura delictiva que corresponde al delito de violación tipificado en el Art. 512 numeral 1 y sancionado en el Art. 513 del Código Penal, cuyo autor es Truman Jefferson Gilses Murillo y su víctima ha manifestado que desde que tenía nueve años de edad la ha venido violando bajo amenazas, como lo ha sostenido en su testimonio.

En consecuencia, el Octavo Tribunal Penal del Guayas, al dictar sentencia, lo ha hecho con estricto apego a las normas de derecho y sin que puedan observarse ninguna de las violaciones antiguamente alegadas por el recurrente, es decir, el fallo condenatorio se encuentra debidamente motivado y es coherente con los hechos efectivamente probados en la audiencia de juzgamiento.

5. RESOLUCION.

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala de lo Penal de la

Igualmente, cuando se trata, de la víctima, sea o no menor de edad, lo dicho por ello resulta no solo valioso sino suficiente para determinar tan importante arista probatoria, como quiera que ya han sido superadas, esas postulaciones injustas que atribuían a la o el infante, alguna suerte de incapacidad para retener en su mente lo ocurrido, narrarlo adecuadamente y con fidelidad o superar una cierta tendencia fantasiosa destacada por algunos estudiosos de la materia.

Se ha determinado que en casos traumáticos como aquellos que comportan la agresión sexual, la o el menor, tiende a decir la verdad, dado el impacto que lo sucedido les genera; y, lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, solo en razón de su minoría de edad.

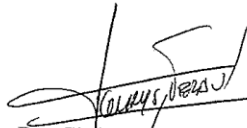
En este contexto, este Tribunal de Casación, considera que la prueba ha sido analizada dentro de la sentencia recurrida y no le corresponde revalorarla. Tal y como están expresados los motivos de la casación, en materia penal, en el artículo 349 del Código Adjetivo Penal, en Ecuador solo se puede perseguir la casación para enmendar una violación de la ley; pero en el caso *sub judice*, se debe subrayar que es por la prueba valorada por los juzgadores de instancia, que se llega a determinar la figura delictiva que corresponde al delito de violación tipificado en el Art. 512 numeral 1 y sancionado en el Art. 513 del Código Penal, cuyo autor es Truman Jefferson Gilses Murillo y su víctima ha manifestado que desde que tenía nueve años de edad la ha venido violando bajo amenazas, como lo ha sostenido en su testimonio.

En consecuencia, el Octavo Tribunal Penal del Guayas, al dictar sentencia, lo ha hecho con estricto apego a las normas de derecho y sin que puedan observarse ninguna de las violaciones antiguamente alegadas por el recurrente, es decir, el fallo condenatorio se encuentra debidamente motivado y es coherente con los hechos efectivamente probados en la audiencia de juzgamiento.

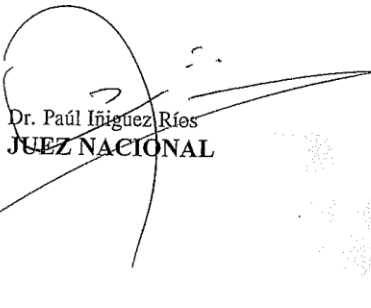
5. RESOLUCION.

Por las consideraciones expuestas, este Tribunal de la Sala de lo Penal de la

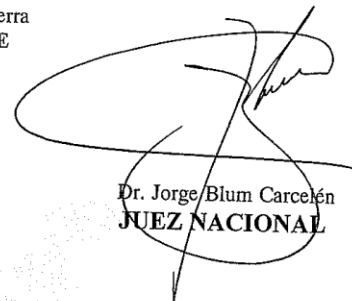
Corte Nacional de Justicia "ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA" de conformidad a lo que dispone el artículo 358 del Código de Procedimiento Penal, declara improcedente el recurso de casación interpuesto por el acusado Truman Jefferson Gilses Murillo, por falta de fundamentación. Devuélvase el proceso al tribunal de origen, para la ejecución de la sentencia.- **Notifíquese y Publíquese.-**



Dra. Gladys Terán Sierra
JUEZA PONENTE



Dr. Paúl Iñiguez Ríos
JUEZ NACIONAL




Dr. Jorge Blum Carcelén
JUEZ NACIONAL



DRA. MARTHA VILLARROEL VILLEGAS
SECRETARIA RELATORA (E.)
SALA DE LO PENAL
CORTE NACIONAL DE JUSTICIA

RAZON: En Quito, el día de hoy siete de agosto del dos mil trece, a partir de las once horas con treinta y cuatro minutos, notifico con la SENTENCIA que antecede a la Fiscalía General del Estado en la casilla judicial No. 1207, al acusado Truman Jefferson Gilces Murillo en la casilla judicial No. 1113 en la casilla electrónica wuidon.ermel.benavides@gmail.com pertenecientes al abogado defensor Dr. Wuildon Ermel Benavides. Certifico.-



Dra. Martha Villarreal Villegas

SECRETARIA RELATORA (E)