

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

La valoración de la prueba en los casos de abuso sexual

Problemas relacionados a la interpretación judicial

Karla Liseth Muela Bravo

Tutor: Jorge Joaquín Touma Endara

Quito, 2023



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Karla Liseth Muela Bravo, autora de la tesis intitulada “La valoración de la prueba en los casos de abuso sexual: Problemas relacionados a la interpretación judicial”, 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 Penal en 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 de parte de terceros respecto de los derechos de autora 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 formato impreso y digital o electrónico.

21 de noviembre de 2023

Firma: _____

Resumen

La vigencia del Código Orgánico Integral Penal trajo consigo un nuevo estándar de prueba, si bien la sana crítica era el sistema valorativo en el Código de Procedimiento Penal derogado bajo el canon de certeza, en el actual Código de la materia la convicción más allá de toda duda razonable se transforma en el criterio de suficiencia probatoria; el cual ha contribuido a la regresión de los derechos constitucionales de la persona procesada por la infracción de abuso sexual, por cuanto los jueces priorizan la prueba testifical sobre otros medios periféricos de ratificación durante la construcción del fallo de condena, bajo argumentos sofistas enquistados en la indebida interpretación de la ley penal, entorpeciendo la búsqueda de la verdad y trastocando la finalidad de la prueba. En este contexto, la presente investigación se encamina a identificar los problemas relacionados a la interpretación judicial que subyacen a la valoración probatoria en los casos de abuso sexual. Al efecto se desarrolló una investigación cualitativa con enfoque procesal, sustentada en fuentes bibliográficas atinentes al delito de abuso sexual, a los estándares de valoración de la prueba y a la interpretación de la ley penal. De esta indagación se deduce que, si bien la norma determina taxativamente las reglas exegéticas aplicables en materia punitiva, en la *praxis* concurren varios factores como la posición antagónica del juez, el imperio de la interpretación extensiva, la indebida aplicación de la ley penal, los contextos dicotómicos de los operadores de justicia, la afectación convergente de los derechos de las partes y la aplicación de sanciones desproporcionadas que constituyen el nudo crítico de la interpretación judicial.

Palabras clave: abuso sexual, estándares de prueba, valoración de la prueba, interpretación judicial, juez, verdad, imparcialidad, objetividad, perito, defensa técnica, proporcionalidad

A Thomas Francisco y María Klara, fundamentos de mi vida

Agradecimientos

Mi gratitud al señor tutor por compartir la clave del éxito en el desarrollo de esta investigación; y a mi familia por su apoyo constante e incondicional en la cristalización de mis proyectos.

Tabla de contenidos

Introducción.....	12
Capítulo primero El delito de abuso sexual en el Código Orgánico Integral Penal	15
1. Antecedentes histórico-legislativos	15
2. Tratamiento doctrinario y en el Derecho Comparado	18
3. Análisis del tipo penal de abuso sexual previsto en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal	21
3.1. Conducta.....	23
3.2. Tipicidad.....	24
3.2.1. Elementos objetivos principales del tipo	25
3.2.2. Elementos objetivos secundarios del tipo.....	32
3.2.3. Elementos subjetivos del tipo	35
3.3. Antijuridicidad.....	38
3.4. Culpabilidad.....	40
Capítulo segundo Valoración de la prueba e interpretación judicial en materia penal ..	43
1. La valoración de la prueba en materia penal	45
2. Estándares de valoración de la prueba penal y su evolución histórica	49
2.1 Sistema de la prueba legal o tasada	54
2.2 Sistema de la libre convicción	55
2.3 Sistema de la sana crítica racional	56
2.4 Sistema mixto	58
2.5 Sistema del criterio de conciencia	59
2.6 Sistema de convencimiento previsto en el Código Orgánico Integral Penal.....	60
3. La interpretación judicial y su alcance en materia penal	69
3.1 Aproximación teórica de la interpretación en materia penal	70
4. Reglas de interpretación en el Código Orgánico Integral Penal.....	73
Capítulo tercero La valoración de la prueba en casos de abuso sexual y problemas relacionados a la interpretación judicial- alcance teórico y práctico.....	75
1. Análisis del caso No. 17296-2019-00038 (recurso de casación).....	78
1.1 El recurso de casación penal	80

1.2 Causal de indebida aplicación de la ley en el recurso de casación penal	81
1.3 El presupuesto de la verdad en materia penal.....	83
1.3.1 Verdad histórica.....	86
1.3.2 Verdad procesal	87
1.3.3 Verdad sofista	88
1.3.4 Exigencia de imparcialidad judicial en materia penal	91
2. Análisis del caso No. 01283-2016-02033 (recurso de revisión)	97
2.1 La actuación de los peritos en materia penal.....	102
3. Otras cuestiones de alta relevancia vinculadas al tipo penal de abuso sexual.....	105
3.1 La intervención de la defensa -técnica de la persona procesada-	106
3.2 Afectación a los derechos de la víctima y principio in dubio pro víctima	111
3.3 Lesión a los derechos de la persona procesada y estado de inocencia e in dubio pro reo	115
3.4 Falta de aplicación del principio de proporcionalidad en la formulación del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal	120
3.5 Consideración de la imputabilidad disminuida para los casos de trastornos parafílicos debidamente comprobados	124
3.6 Necesidad de correspondencia entre la pena, grado de lesión y bien jurídico concreto afectado por la conducta típica de abuso sexual	128
Conclusiones.....	133
Bibliografía.....	137

Introducción

En Ecuador, los estándares de prueba previstos en la ley penal son producto de la recepción de la normativa internacional y responden a la evolución procesal, si bien en principio regía el sistema de la prueba legal o tasada paulatinamente dicho estándar evolucionó hacia una concepción liberal del pensamiento judicial, traspasando la frontera de la íntima convicción para arribar al criterio de suficiencia probatoria del convencimiento más allá de toda duda razonable luego de superar las reglas de la sana crítica.

Por regla general, la estimación de la prueba en el ámbito punitivo se efectúa en función del acervo probatorio y bajo las reglas de interpretación señaladas en el Código de la materia; no obstante, al sustanciarse procesos concernientes al tipo penal de abuso sexual la actividad valorativa experimenta un cambio radical del concepto de objetividad, prevaleciendo los criterios intrínsecos del juzgador mediante una interpretación forzada del cuadro fáctico y jurídico del caso concreto con miras a una sentencia de condena.

Esta problemática subsiste debido a la convergencia del reproche social exacerbado, la mediatización de casos sensibles, el contexto socio-procesal, la ley desproporcionada, las expectativas pragmáticas del juez, la inactividad de la defensa técnica e incluso la negligencia de operadores auxiliares de la justicia, factores que influyen negativamente en la situación jurídica de los sujetos procesales cuyo derechos se conculcan por una visión retrógrada del ideal de justicia.

En este escenario, el presente trabajo de investigación en su primer capítulo analiza las categorías dogmáticas de la teoría del delito en relación a los antecedentes histórico-legislativos y a los elementos del tipo penal de abuso sexual previsto en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal.

Los estándares de prueba, el alcance de la valoración probatoria, las reglas de interpretación en la norma penal y los criterios relevantes emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador entorno a las aristas en análisis forman parte del segundo capítulo como un preámbulo de la problemática tratada en esta indagación.

En el tercer capítulo se abordan algunos nudos críticos relacionados a la interpretación judicial mediante el análisis de dos fallos atinentes al tipo penal de abuso sexual, seleccionados como relevantes por la Corte Nacional de Justicia, para efectos de una aproximación teórica y práctica a los componentes humanos, procesales y jurídicos del sistema de administración de justicia punitiva. Finalmente se exponen las

conclusiones derivadas de la investigación donde se resaltan los aspectos dogmáticos más representativos acerca de los estándares de prueba, la estimación probatoria y la interpretación judicial penal, así como la trascendencia de la jurisprudencia constitucional y ordinaria en la resolución de los casos.

Capítulo primero

El delito de abuso sexual en el Código Orgánico Integral Penal

La evolución de la humanidad ha sido marcada permanentemente por las condiciones sociales y morales impuestas por cada cultura; en este contexto, los delitos de naturaleza sexual son la expresión de relaciones asimétricas de poder entre la víctima y el agresor, alimentadas por prejuicios de género provenientes del entorno familiar y social de la persona afectada en su integridad y dignidad.¹

1. Antecedentes histórico-legislativos

En el decurso histórico los delitos sexuales han sido tipificados debido a las exigencias sociales de reparación y no impunidad; desde la antigua Roma estaban supeditados al orden moral-religioso, las sanciones se aplicaban con severidad contra las mujeres pero con cierta complicidad hacia los hombres, y paulatinamente fueron reconocidos en el ordenamiento jurídico con una marcada tendencia al endurecimiento de las penas de acuerdo a la concurrencia de la coacción física y psicológica.²

Al otro lado del continente, la invasión de España a los territorios del continente americano entre los siglos XV a XVI radicalizó el dominio patriarcal de la época, naturalizando toda forma de violencia contra las mujeres debido a la ausencia de normas punitivas y a la fragilidad de los sistemas de justicia originarios.³

En relación al tipo penal de abuso sexual, éste nace en las codificaciones europeas, su contenido ha sido perfeccionado por la jurisprudencia a partir de los elementos de la tipicidad objetiva donde se resalta el contacto impúdico de naturaleza sexual no copulativo con el cuerpo de la víctima, o el tocamiento lascivo ejecutado por la misma sobre su propia humanidad, sin que medien el consentimiento del sujeto pasivo ni otros mecanismos -materiales (resistencia física) o inmateriales (amenazas e intimidación)- para repeler la agresión.⁴

¹ Carlos Parma, *Valoración de la prueba en los delitos sexuales*, (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2021), 69-70.

² Manuel Velepucha Ríos, *Violación y abuso sexual en el Código Orgánico Integral Penal*, (Quito: Editorial Lex et litterae, 2023), 125-9.

³ *Ibíd.*, 131-2.

⁴ Parma, *Valoración de la prueba*, 69,79, 82.

La legislación penal en Ecuador ha sufrido varias modificaciones desde el apareamiento del primer Código de la materia y el tipo penal de abuso sexual pertenece al catálogo de infracciones del siglo XXI.

En el Código Penal de 1837 el abuso sexual no se hallaba tipificado como delito, más bien surgió el verbo rector “abusar deshonestamente” en los artículos 482 y 483 para referirse a las personas que mediante fuerza y violencia han sido lesionadas en su integridad, los medios usados para ese fin y los castigos de acuerdo a la gravedad del daño ocasionado a la víctima.⁵

Cabe puntualizar que en siglos anteriores el término “honestidad” era vinculado al ámbito sexual dada la connotación conservadora y moralista del Derecho.⁶ Este vocablo alcanzó significación pública debido a una nota verbal de la Real Academia Española publicada por el diario ABC Madrid donde se hace una comparación entre honrado y honesto, aduciendo que la honestidad corresponde a “la buena conducta de la cintura hacia abajo”⁷y, en doctrina penal tiene doble dimensión: como pudor individual, protegiendo a la persona contra el abuso sexual; y, como pudor colectivo, cuando se causan sentimientos de repudio generalizado por actos lascivos.⁸

Desde esta orientación, el bien jurídico protegido en los delitos denominados contra la honestidad, no corresponde a una significación moralista del atributo personal afectado por el hecho punible, sino a la libertad comprendida en la esfera de la integridad sexual.⁹

En el Libro II del Código Penal de 1872 se incorpora el Título VIII llamado “De los crímenes y delitos contra el orden de las familias y contra la moral pública”¹⁰ en los artículos 394 y 396 del Capítulo V se introduce el tipo penal de atentado contra el pudor en consideración a la edad de las personas afectadas -menores de 11 o 14 años- y los

⁵ Ecuador, *Código Penal 1837*, arts. 482, 483, [https://www.fielweb.com /Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador](https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador)

⁶ Gustavo Fondevila, “Castidad y honestidad sexual de la mujer en la justicia”, *Perfiles latinoamericanos* 32, (Julio – diciembre 2008): 209-12, https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532008000200009

⁷ Salvador de Madariaga, “Nota verbal”, *ABC*, 20 de junio de 1971, 151, <https://www.abc.es/archivo/periodicos/abc-madrid-19710620-151.html>

⁸ Patricia Campos Álvarez, “Análisis del bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual”, (actividad formativa equivalente a tesis, Universidad de Chile, 2008), 23, <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173120/Analisis-del-bien-juridico-protegido-en-el-delito-de-abuso-sexual.pdf?sequence=1>

⁹ Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*, (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999), 373-4.

¹⁰ Ecuador, *Código Penal 1872*, Título VIII, <https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador>

medios utilizados -amenaza o violencia-. La sanción para estos casos era privativa de libertad con una pena pendular entre 1 a 12 años, independiente de las agravantes señaladas en el artículo 399 para este tipo de infracciones, cuya concurrencia implicaba el aumento de la pena.¹¹

Casi dos décadas después, en el Código Penal de 1889 se mantienen la tipificación del atentado contra el pudor en los artículos 392 y 394, con las mismas agravantes del Código de la materia derogado y no contiene disposición alguna referente al tipo penal de abuso sexual.¹²

En el Código Penal de 1906 aparecieron algunas modificaciones respecto al atentado contra el pudor, entre ellas: a) Se realiza una sistematización ordenada de los tipos penales del Capítulo V del Libro VIII -atentado contra el pudor (artículos 357 a 359) y violación (artículo 360 y siguientes)-; b) Se manifiesta una diferenciación de sexo respecto al sujeto pasivo (ser persona de otro sexo en relación al infractor); y, c) Se incluye como agravante ser pariente consanguíneo por ascendencia de la persona agraviada, manteniéndose la dosimetría penal según la edad del sujeto activo y las relaciones de poder del autor con la víctima.¹³

En el Código de 1938 se producen transformaciones sustanciales. El Título VIII del Libro II pasa a denominarse *De los delitos sexuales*¹⁴ y el Capítulo II (artículos 481 a 484) contiene las especificaciones del delito de atentado contra el pudor. Se tipifica a dicha infracción como: "...todo acto impúdico, que pueda ofenderlo, sin llegar a la cópula carnal, y se ejecuta en la persona de otro, sea cual fuere su sexo."¹⁵ Excluye la distinción de sexo respecto al sujeto pasivo.¹⁶ Se aumenta el rango de edad límite del menor afectado a 12 años para aplicar la reclusión menor cuando el hecho se ejecutó sin violencia ni amenaza,¹⁷ y para imponer reclusión mayor cuando el delito se cometió con violencia o amenazas.¹⁸ Al referirse a la violencia como un medio para cometer la infracción incluye como víctima a la persona privada de conciencia, total o parcialmente, en el *iter criminis*.¹⁹

¹¹ *Ibíd.*, arts. 394, 396, 399

¹² *Ibíd.*, arts. 392, 394, 397.

¹³ Ecuador, *Código Penal 1906*, arts. 357-9, 362, <https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador>

¹⁴ Ecuador, *Código Penal 1938*, Título VIII, <https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador>

¹⁵ *Ibíd.*, art. 481.

¹⁶ *Ibíd.*, art. 481.

¹⁷ *Ibíd.*, art. 482 inciso 2.

¹⁸ *Ibíd.*, art. 483 inciso 3.

¹⁹ *Ibíd.*, art. 483 inciso 2.

En la actualidad, el delito de abuso sexual forma parte del catálogo de infracciones contra la integridad sexual y reproductiva descrito en el Código Orgánico Integral Penal, su positivización es de reciente data (2014) y sus elementos se hallaban incorporados en el tipo penal de atentado contra el pudor del Código Penal derogado.

2. Tratamiento doctrinario y en el Derecho Comparado

La ley penal es un producto legislativo, se sustenta en el principio de reserva, los aportes de la doctrina, el Derecho Comparado y la jurisprudencia internacional; y, su determinación responde a la dinámica y problemática socio-moral de la época. Desde esta perspectiva, para entender el alcance del tipo penal de abuso sexual es necesario remitirse a su definición y tratamiento doctrinario.

En el ámbito etimológico la palabra abuso proviene del latín, está compuesto de los términos *ab* -equivalente de malevolencia- y *usus* que significa uso; en el contexto sexual se configura como abuso deshonesto haciendo referencia a los actos lascivos con individuos de cualquier sexo sin llegar a la cópula.²⁰

Los aportes dogmáticos han sido decisivos para construir una acepción del delito de abuso sexual o deshonesto, por ello, en doctrina existe una tendencia generalizada para concebirlo como los actos de aproximación o roces corpóreos de connotación sexual con la víctima, sin llegar a la penetración carnal.²¹

El Derecho Comparado, por su parte, trabaja la calificación abuso sexual desde diferentes aristas, generalmente alude a los delitos sexuales en su conjunto y en otras ocasiones engloba el delito de violación; por ello, la interpretación del término varía de acuerdo al contexto socio-normativo; sin embargo, cada legislación enlaza similares elementos objetivos del tipo penal bajo una denominación variable y una pena pendular diferenciada.

En Europa, la punición está condicionada a la forma como cada país concibe social, cultural o mediáticamente a los atentados contra la integridad sexual de las personas, de este modo en algunos casos los delitos sexuales son agrupados (Suecia y España) o individualizados (Alemania, Francia, Italia y Portugal) para efectos de la

²⁰ Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario Jurídico Elemental*, (Buenos Aires: Editorial Heliastra, 1993), 8 <https://es.slideshare.net/YuhryGndara/diccionario-juridicoelementalguillermocabanellas>

²¹ Carlos Creus, *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*, (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998), 210.

imposición de la pena, en función de la existencia o no del consentimiento y/o de los medios usados para la ejecución de la infracción, mereciendo sanciones desde 6 meses hasta 30 años de privación de libertad sujetas a continuas modificaciones de acuerdo a la situación contextual de estas conductas prohibidas.²²

En España, el Código Penal ha sido objeto de varias reformas desde su apareamiento el 23 de noviembre de 1995 (Ley Orgánica 10/1995), entre ellas las atinentes a los delitos contra la libertad sexual modificadas mediante las leyes orgánicas 10/2022 de 6 de septiembre de 2022 (Ley del solo sí es sí) y 4/2023 de 27 de abril de 2023 con las cuales desaparece el delito de abuso sexual como tal convirtiéndose en el tipo base de la agresión sexual (artículo 178.1); dicha legislación parte de la clasificación de las agresiones sexuales conforme al nivel de gravedad para efectos dosimétricos, así el artículo 178 contempla los tipos básicos menos lesivos de esta inconducta (cualquier comportamiento atentatorio contra la libertad sexual de otro individuo sin su consentimiento es sancionado con pena privativa de libertad de 1 a 5 años, según los medios empleados -violencia, intimidación o inconciencia de la víctima-); el artículo 179 alude a la agresión más severa -la violación- sancionada con prisión de 6 a 12 años; el artículo 180 establece las circunstancias agravantes para estos delitos, por ende, el endurecimiento de las penas piso; y en los artículos 181 a 183 se determinan las sanciones cuando las agresiones sexuales se ejecutan contra menores de 16 años de edad (pena privativa de libertad de 2 meses a 6 años según el caso).²³

A diferencia del país ibérico, en Alemania se promovió la Ley del no es NO; mediante las reformas a los artículos 177 a 179 y 184i del Código Penal, vigentes desde el 10 de noviembre de 2016, se incluyó en dicha legislación el tipo penal de abuso sexual cuando el acto se ejecuta sin el consentimiento perceptible de la víctima, perdiendo relevancia las circunstancias de resistencia o no a la agresión, ni las condiciones personales de ésta como la discapacidad.²⁴

En el continente americano, Estados Unidos bajo la denominación de agresión sexual incluye a los ataques contra la integridad sexual que van desde el contacto físico forzado, el abuso indecente, la violación y otros delitos contra menores y adultos incluso

²² Andrea Real, “Agresión, abuso... Las penas por delitos sexuales en Europa van desde los seis meses a los 30 años”, *Newtral*, 1 de diciembre de 2022, <https://www.newtral.es/penas-delitos-sexuales-europa/20221201/>

²³ Arturo González Pascual, *Delitos contra la libertad sexual*, art. 178 - 183. <https://www.conceptosjuridicos.com/delitos-contra-la-libertad-sexual/>

²⁴ Nein Heisst, “Ahora la ley establece que no es no”, 2021, <https://nein-heisst-nein-berlin.de/es/casa>

realizados por medios tecnológicos; si bien la positivización de estos delitos varía de un estado a otro, las penas más graves (de 30 años de prisión a cadena perpetua) se aplican cuando las víctimas son menores de 12 años de edad, a más de multa y el registro forzoso de delincuentes sexuales cuya finalidad es evitar la reincidencia de los agresores en este tipo de infracciones.²⁵

Mediante la Ley 599 de 2000 de 24 de julio de 2000 se expidió en Colombia el último Código Penal, en el Título IV del Libro Segundo se detallan los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales; entre ellos el acto sexual violento (artículo 206) ejecutado vía coerción sin acceso carnal sancionado con prisión de 3 a 6 años, pena aplicable también para los casos de actos sexuales diversos sin acceso carnal contra personas en incapacidad de resistir (inciso segundo del artículo 207), y los actos sexuales abusivos contra menores de 14 años de edad que no implican penetración (artículo 209) con sanción privativa de libertad de 3 a 5 años, más las respectivas agravantes constantes en el artículo 211 (número de participantes en la infracción, relación de poder con la víctima, contaminación con enfermedades de transmisión sexual, afectación a menores de 12 años, víctima pareja o ex pareja del agresor, y embarazo).²⁶

No obstante, estas disposiciones legales fueron modificadas en la cuantificación de la pena y en las circunstancias gravosas del delito a través de la Ley 1236 de 2008 de 23 de julio de 2008, para el primer caso -acto sexual violento y acto sexual diverso contra personas en incapacidad de resistir- la sanción privativa de libertad actual es de 8 a 16 años; en el segundo caso -acto sexual abusivo contra menores de 14 años de edad- la pena es de 9 a 13 años de privación de libertad; y, en cuanto a las circunstancias agravantes se reforma la edad de los menores afectados a 14 años y se incluye a la víctima perteneciente a la tercera edad o disminuida en sus capacidades físicas, sensoriales o psíquicas.²⁷

En Perú, el delito de abuso sexual corresponde a los *actos contra el pudor*²⁸ el verbo rector incluye la práctica no consentida de tocamientos, actos libidinosos o actos con significación sexual en las partes íntimas o en cualquier espacio corporal, variando la sanción punitiva de entre 3 a 9 años de pena privativa de libertad, la cual se irá incrementando según las agravantes constitutivas o modificatorias del tipo penal y en

²⁵ Guía Legal, *Delito de abuso sexual en Estados Unidos*, <https://guialegal.com/abogados/ley-criminal/abuso-sexual/>

²⁶ Colombia, *Ley 599 de 2000*, Diario Oficial 44097, 24 de julio de 2000, arts. 206, 207, 209, 211.

²⁷ Colombia, *Ley 1236 de 2008*, Diario Oficial 47059, 23 de julio de 2008, arts. 206, 207, 209, 211.

²⁸ Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre, *Los Delitos Sexuales y el Acoso Sexual*, (Lima: Ediciones Legales, 2019), 581.

función de la edad, condiciones de la víctima (vulnerabilidad) y circunstancias concurrentes (amenazas o violencia) en el hecho punible.²⁹

En la realidad peruana, este atentado contra el pudor conlleva una lesión al bien jurídico de la libertad sexual o la indemnidad sexual (cuando se refiere a los menores de edad o personas con discapacidad), y como parte del vocablo rozamiento admite los roces, palmadas, tocadas obscenas, besuqueos, manoseos, caricias, frotaciones o forcejeos no consentidos ni copulativos en partes específicas de su cuerpo o de terceros (reservadas a criterio de la víctima), lesivos a su integridad y reserva sexual.³⁰

3. Análisis del tipo penal de abuso sexual previsto en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal

El desarrollo de la norma constitucional en el orden jurídico interno y el afán por contribuir a la solución de la problemática social, continuamente alteran y acrecientan el catálogo de delitos bajo la perspectiva mediática de casos emblemáticos o socialmente impactantes, recriminados en la palestra pública por organizaciones políticas, movimientos sociales, colectividades específicas y organizaciones no gubernamentales dedicadas al activismo de los derechos humanos.

Mas dicha labor legislativa es cuestionable por cuanto las sucesivas reformas a determinados tipos penales obedecen a criterios incompletos, parcializados y desproporcionados, lo cual denota la ausencia de los aportes de la rama científica y social en la construcción y transformación de las infracciones así como en la cuantificación de las penas incluidas en éstas.

Este es el caso del tipo penal de abuso sexual previsto en el artículo 170 del Código Orgánico Integral, reformado por dos ocasiones. El texto original de esta disposición legal sufrió una primera reforma mediante el artículo 36 de la Ley Reformativa al Código Orgánico Integral Penal publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 107 de 24 de diciembre de 2019, con el cual se incrementa la pena contemplada en el segundo (antes de 5 a 7 años, hoy de 7 a 10 años) y tercer párrafo (antes de 7 a 10 años, hoy de 10 a 13

²⁹ *Ibíd.*, 581.

³⁰ *Ibíd.*, 583-6, 590-2.

años) del artículo en estudio, en respuesta a la exigencia social de eficacia de las normas atinentes al tratamiento y reparación de las víctimas.³¹

La segunda reforma se introduce con la Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para prevenir y combatir la violencia sexual digital y fortalecer la lucha contra los delitos informáticos, en cuyo artículo 7 se agregan los dos últimos párrafos con el propósito de evitar la impunidad cuando la consumación del delito se grabe o transmita a través de medios tecnológicos, y en estas acciones se evidencien agresiones físicas contra la víctima.³²

A la presente fecha el tipo penal en análisis presenta el siguiente texto:

Artículo 170.- Abuso sexual.- (Reformado por el Artículo 36 de la Ley s/n, **R.O. 107-S, 24-XII-2019**; y por el Artículo 7 de la Ley s/n **R.O. 526-4S, 30-VIII-2021**).- La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Se sancionará con el máximo de las penas establecidas en los incisos precedentes, cuando dicho abuso sexual fuese grabado o transmitido en vivo de manera intencional por la persona agresora, por cualquier medio digital, dispositivo electrónico o a través de cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación.

Asimismo, el máximo de las penas establecidas en los incisos precedentes, cuando además de la grabación o transmisión de este abuso sexual con cualquier medio digital, dispositivo electrónico o a través de cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación, se agrede físicamente a la víctima, y dicha agresión también sea grabada o transmitida.³³

En estas circunstancias y considerando a la persecución penal como materialización del ejercicio punitivo del Estado, se requiere de una metodología técnica para determinar la existencia de una infracción así como la posibilidad de imponer una pena ante la demostración de la responsabilidad de una persona en la comisión de un delito, de ahí surge la necesidad de la aplicación racional de la teoría del delito delimitada

³¹ Ecuador, *Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 107, Suplemento, 24 de diciembre de 2019, art. 36.

³² Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para prevenir y combatir la violencia sexual digital y fortalecer la lucha contra los delitos informáticos*, Registro Oficial 526, Cuarto Suplemento, 30 de agosto de 2021, art. 7.

³³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de agosto de 2014, art. 170.

por el legislador en el artículo 18 del Código Orgánico Integral Penal,³⁴ cuyo tenor literal expresa: “Infracción penal.- Es la conducta típica, antijurídica y culpable cuya sanción se encuentra prevista en este Código.”³⁵ Por tanto, cabe una aproximación a las categorías dogmáticas de conducta, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en relación al tipo penal de abuso sexual transcrito *ut supra*.

3.1. Conducta

La teoría del delito contempla al comportamiento humano como presupuesto básico de las categorías dogmáticas.

En Ecuador, éste se sustenta en el principio de legalidad reconocido en el numeral 3 del artículo 76 de la norma constitucional, y se presenta bajo el concepto de conducta, siendo sus modalidades la acción u omisión con relevancia penal, cuya materialización genera un peligro o lesión susceptibles de representación y justificación.³⁶

Desde esta óptica, la doctrina excluye la condición de acto a los eventos provocados por los animales (en su caso la persecución penal se dirige contra su propietario de existir) o la naturaleza; al fuero interno (sentimientos, pensamientos, emociones); a los períodos de inconsciencia (sueño, sonambulismo, hipnotismo); a la coacción física irresistible (externa o interna –movimientos reflejos-); y a la persona jurídica (incapacidad de acción y de culpa, no consecuentemente con las finalidades de la pena); por tanto, al carecer de relevancia jurídico-penal su concurrencia imposibilita el análisis de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.³⁷

En el caso concreto, el abuso sexual es una conducta prohibida verificable y se ejecuta mediante la modalidad de acción.

Si bien el Código Orgánico Integral Penal establece el grado de tentativa en la ejecución de las infracciones en general,³⁸ ésta no sería aplicable en los casos de abuso sexual por tratarse de un delito de resultado, su carácter subjetivo impediría la producción probatoria sobre el pensamiento doloso del autor; por ello, resulta irreflexiva la persecución penal basada en la exacerbación de quienes alegan la tentativa de esta

³⁴ Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría constitucional del delito- Análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal*, (Quito: Corporación de Ediciones y Publicaciones, 2015), 14-8.

³⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 18.

³⁶ *Ibíd.*, arts. 22-3.

³⁷ Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 21-4.

³⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 39.

infracción sin haberse verificado el grado de lesión concreta a los bienes jurídicos protegidos por la norma punitiva.

3.2. Tipicidad

La tipicidad como categoría dogmática se sustenta en el principio de legalidad positivizado en el numeral 3 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, y contempla las conductas (acción u omisión) catalogadas como infracciones con significación penal al momento de su comisión.³⁹

Al respecto, el Código Orgánico Integral Penal, de forma clara y categórica, entiende al tipo penal como la descripción de los componentes de cada conducta con relevancia jurídico-penal⁴⁰ en correspondencia a los derechos de protección de tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica constitucionalmente consagrados en los artículos 75, 76 y 82 de la norma suprema.

Si bien la tipicidad garantiza la protección de la persona frente al ejercicio del poder punitivo del Estado, cada tipo penal guarda un trasfondo político, pues su formulación obedece a estrategias criminales preventivas orientadas a la evitación del delito; por tanto, se identifican tres funciones de la tipicidad: a) de selección -escogimiento de las conductas penalmente relevantes-; b) de garantía -verificación del principio de legalidad-; y, c) de motivación -advertencia de sanción penal a la comunidad ante la comisión de conductas legalmente prohibidas-.⁴¹

En consecuencia, por hallarse tipificado y sancionado en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal el delito de abuso sexual se adhiere a la categoría de tipicidad, es coherente con el principio de legalidad y tiene un carácter preventivo en cuanto advierte a la sociedad la restricción de incurrir en sus elementos constitutivos para evitar una sanción punitiva.

De la concepción jurídica sobre el tipo penal en el Código de la materia, surge la necesidad de un acercamiento a las justificaciones de su composición. En teoría, la tipicidad puede ser objetiva -en cuanto describe en abstracto y de forma impersonal la

³⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 76.

⁴⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 25.

⁴¹ Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 41-2.

conducta prohibida-; y subjetiva -en virtud del vínculo psico-voluntario del sujeto activo con los efectos típicos.⁴²

En la tipicidad objetiva concurren elementos necesarios o sustanciales presentes en todo tipo penal; y elementos accidentales generalmente destinados a segregar los tipos base de otros atenuados o agravados por la ley penal.⁴³

3.2.1. Elementos objetivos principales del tipo

- a) *Sujeto activo*: Es la persona física que delinque en cualquier modo legal de participación; puede ser calificado (cuando requiere de una calidad específica para configurar el delito) y no calificado (los seres humanos en general).⁴⁴

En el delito de abuso sexual el sujeto activo no es calificado, por tanto, cualquier persona, independientemente de su condición sexo-genérica, con capacidad comprensiva de la inconducta, puede convertirse en autor o cómplice de esta infracción.

- b) *Sujeto pasivo*: Es la persona titular del bien jurídico implícitamente protegido por cada tipo penal y lesionado por el sujeto activo; se clasifica en calificado (si requiere de una calidad especial contemplada por la ley) y no calificado (las personas en general).⁴⁵

En la infracción examinada -abuso sexual- el sujeto pasivo tampoco es calificado; sin embargo, la punición es diferenciada según la edad (niño, niña o adolescente), circunstancias (incapacidad para resistir la agresión) y condiciones (vulnerabilidad o discapacidad) de éste. No obstante, en doctrina se discute sobre la calidad del tercero interviniente, quien podría ser partícipe activo de la infracción cuando existe un acuerdo previo para delinquir con el sujeto activo, o podría ser otra víctima o sujeto pasivo si el hecho punible se ejecuta sobre su humanidad sin su consentimiento.⁴⁶

- c) *Conducta o verbo rector*: Es la acción u omisión con relevancia jurídico-penal cuya realización provoca la lesión al bien jurídico protegido de otra persona, se traduce en un verbo guía o rector característico de cada tipo penal.⁴⁷

⁴² *Ibíd.*, 43-4.

⁴³ *Ibíd.*, 44.

⁴⁴ *Ibíd.*, 45.

⁴⁵ *Ibíd.*, 45.

⁴⁶ Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte Especial Tomo I*, (Quito: Ediciones Legales EDLE, 2018), 154.

⁴⁷ Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 46.

El artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal contiene nueve verbos rectores: a) ejecutar contra otra persona; b) ejecutar sobre ella; c) obligar a ejecutar sobre sí misma; d) obligar a ejecutar sobre otra persona, un acto de naturaleza sexual sin consentimiento; e) grabar el abuso sexual; f) transmitir en vivo dicho ilícito; g) agredir físicamente a la víctima durante el abuso sexual; h) grabar dicha agresión física; e, i) transmitir el referido ataque físico.

- d) *Objeto*: Constituye tanto la persona o cosa sobre la cual se ejecuta el delito -objeto material-, así como el bien jurídico protegido por la norma penal y lesionado por el sujeto activo -objeto jurídico-.⁴⁸

En concreto, el objeto material del abuso sexual es la persona o sujeto pasivo de la infracción; y, el objeto jurídico corresponde al bien jurídico protegido por la norma penal y a los demás bienes jurídicos conexos afectados por el referido delito.

d.1) *El bien jurídico*: En materia penal, éste se instituye como un valor-objeto real comprendido en su doble arista -material e inmaterial-, el cual amerita protección en función de un criterio político-criminal (valores especificados por el Derecho Penal como susceptibles de amparo); de un criterio dogmático (objeto en concreto tutelado por la norma penal); y de un criterio político-liberal con sentido social (necesidad de protección de los objetos valiosos concretados materialmente para facilitar la participación del individuo en sociedad);⁴⁹ pero el bien jurídico no solo puede concebirse como un derecho o la expresión de intereses sino también puede comportar las vivencias del ser humano visto en su diversidad y la diferencia, susceptibles de protección constitucional.⁵⁰

El bien jurídico es un concepto multifuncional, parte de una función limitadora de la labor legislativa y, abordado desde el plano dogmático, se extiende a la formación del catálogo de infracciones penales detallado en cada ley penal -función sistemática-; a la selección de las conductas con relevancia penal -función interpretativa teológica-; y a la determinación tanto del nivel de gravedad de la lesión o afectación al bien jurídico como del grado de peligrosidad de la agresión verificada en un hecho punible -función cuantitativa de la pena-.⁵¹

⁴⁸ *Ibíd.*, 46.

⁴⁹ Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General*, 10.^a ed., (Buenos Aires: Editorial B de F, 2016), 172-5.

⁵⁰ Marcella Da Fonte Carvalho, *El bien jurídico penal y la protección de los derechos humanos de las mujeres*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022), 72.

⁵¹ Mir, *Derecho Penal Parte General*, 175.

Si bien el Código Orgánico Integral determina como bien jurídico protegido a la integridad sexual y reproductiva en el caso de infracciones sexuales, no es menos cierto que la Sección Cuarta donde se incluye el delito de abuso sexual forma parte del Capítulo Segundo, Título IV, Libro Primero denominado “Delitos contra los derechos de libertad”⁵² por ello, la protección se extiende a otros atributos conexos de la persona amparados constitucionalmente por los numerales 3 (integridad física, psicológica y sexual), 5 (libre desarrollo de la personalidad), 9 (libertad sexual), 11 (reserva sobre su vida sexual) y 20 (intimidad personal) del artículo 66 de la norma supralegal.

Según las condiciones etarias y personales de la víctima, la protección puede ampliarse al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 75 de la Constitución de la República del Ecuador, debido a la imprescriptibilidad de la acción y la pena cuando se persiguen delitos contra la integridad sexual de niños, niñas y adolescentes, conforme lo prevé el artículo 46 *ibídem*; y a los derechos a la no revictimización y al conocimiento de la verdad fáctica como una forma de reparación en todos los casos, según lo dispone el artículo 78 del mismo cuerpo constitucional.

- i) *Integridad personal (física, psicológica y sexual)*: El literal a) del numeral 3 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho a la integridad personal en el plano físico, psíquico, moral y sexual.⁵³

Estas dimensiones han sido dotadas de contenido por la Corte Constitucional, cuyos fallos constituyen estándares jurídicos para los operadores de la administración de justicia. Así, en la sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados de 24 de marzo de 2021, la Corte Constitucional vislumbra por integridad física a la preservación del cuerpo humano en su estructura y funcionamiento; por integridad psicológica o psíquica a la protección de las esferas afectiva, emocional, intelectual y motriz de las personas en el ejercicio de su autonomía; por integridad moral a la posibilidad de la persona de actuar según sus valores y creencias; por integridad sexual a la conservación del cuerpo y la autonomía durante el ejercicio consentido de la sexualidad o de actos con contenido sexual.⁵⁴

Finalmente, la Corte identifica como características de estas dimensiones a la interdependencia, complementariedad y conexidad, por ello la protección de la integridad personal no puede fragmentarse, pues, la vulneración a cualquiera de sus esferas -ya sea

⁵² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Capítulo Segundo, Título IV, Libro Primero.

⁵³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66.

⁵⁴ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados”, en *Caso No. 365-18-JH y acumulados*, 24 de marzo de 2021, párr. 70, <https://www.defensoria.gob.ec/wp-content/uploads/2021/04/Corte-Constitucional-Sentencia-No-365-18-JH21.pdf>

por acción u omisión- necesariamente implica la afectación de las demás;⁵⁵ por consiguiente, la perpetración del abuso sexual no solo incumbe al plano sexual, sino más bien desencadena afectaciones a la esfera física cuando comporta violencia, y a la dimensión psicológica cuando los efectos de esta infracción trasciende negativamente al comportamiento de la víctima durante sus actividades cotidianas debido a los efectos traumáticos del hecho punible.

- ii) *Libre desarrollo de la personalidad*: Otro derecho de libertad consagrado en el numeral 5 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador corresponde al libre desarrollo de la personalidad sin sobrepasar los derechos ajenos.⁵⁶

En relación a este derecho, la Corte Constitucional en diversos fallos ha desarrollado los criterios para su protección y garantía, verbigracia en la sentencia No. 751-15-EP/21 de 17 de marzo de 2021, donde se anota que el libre desarrollo de la personalidad involucra el albedrío individual para expresar y conservar de forma libre los componentes físicos y psicológicos de cada persona, lo cual permite su autodeterminación conforme al proyecto de vida, intereses, anhelos y creencias, sin injerencias arbitrarias ni intromisiones a los derechos ajenos.⁵⁷

Además, en la sentencia No. 13-18-CN/21 de 15 de diciembre de 2021, la Corte devela una doble dimensión de este derecho, una dimensión externa manifestada en la libertad de acción conforme al plan de vida personal; y una dimensión interna destinada a la salvaguarda del ámbito privado y autónomo de la persona en su capacidad de decisión, libre de cualquier intervención arbitraria externa;⁵⁸ así pues, la consumación del abuso sexual traspasa el plano físico e impide el desarrollo integral de todas las esferas de la vida humana, entre ellas las relativas al arbitrio para tomar decisiones libres sobre su aspecto íntimo, por cuanto este tipo de delitos ocasionan desconfianza generalizada hacia personas habitualmente del sexo opuesto, temor de repetición y decisiones precipitadas e irreflexivas sobre la renuncia al pudor y la entrega voluntaria de su cuerpo para evitar atentados violentos y más graves como la violación.

⁵⁵ *Ibíd.*, párr. 71.

⁵⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66.

⁵⁷ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 751-15-EP/21”, en *Caso No. 751-15-EP*, 17 de marzo de 2021, párr. 116-7, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBLdGE6J3RyYw1pdGUUnLCB1dWIkOic0NTZkYzFmMS01YmMwLTRjOWEtOWMxOSliNTM0Mzg5OTUxNWlucGRmJ30=#:~:text=La%20Corte%20analiza%20el%20m%C3%A9rito,quejas%20y%20recibir%20respuestas%20motivadas.

⁵⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 13-18-CN/21”, en *Caso No. 13-18-CN*, 15 de diciembre de 2021, párr. 33, <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/Sentencia-No-13-18-CN21.pdf>

iii) *Libertad sexual*: Otro de los derechos humanos afectados por la comisión del delito analizado es la libertad sexual, según el numeral 9 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador dicha libertad se concreta en la posibilidad de cada persona a decidir con responsabilidad, libre de coacción y con la debida información acerca de su sexualidad, vida y orientación sexual.⁵⁹

La norma constitucional y legal no contempla diferenciación etaria alguna en el tratamiento de esta libertad. Sin embargo, en doctrina se vincula a la indemnidad sexual, entendida como un atributo individual de los menores de edad abordado desde el plano evolutivo físico-psicológico, libre de cualquier conducta prohibida de naturaleza sexual proveniente de un adulto, la cual podría ocasionar el menoscabo de la integridad personal de un niño, niña o adolescente.⁶⁰

La Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia 13-18-CN/21 de 15 de diciembre de 2021 identifica a la libertad sexual como una manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad y como parte del derecho a la intimidad personal, dicha libertad implica la facultad autónoma de autogobernar el cuerpo, la sexualidad, la vida y conducta sexual así como la capacidad de tomar decisiones respecto a la relación con otras personas, de acuerdo a sus convicciones y libre de violencia, discriminación y coerción.⁶¹

Si bien todas las personas gozan de la libertad sexual, la Corte realiza una advertencia respecto a las y los adolescentes, pues en su caso el ejercicio de este derecho es paulatino y responde a su evolución autónoma y facultativa, comprendida esta última como un proceso de aprendizaje y maduración mediante el cual dichos menores de edad alcanzan progresivamente mejores niveles de comprensión, autonomía y competencia para un ejercicio responsable y empoderado de sus derechos, sin dependencia ni injerencia de terceros.⁶² En virtud de las consideraciones precedentes, el ataque sexual abusivo significaría un atentado contra la libertad individual de autodeterminación sexual de cada individuo, afectando específicamente la opción personal e intransferible de decidir sobre toda acción u omisión sobre su propio cuerpo, en aras de preservarlo intacto hasta cuando resuelva lo contrario.

⁵⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66.

⁶⁰ Velepucha, *Violación y abuso sexual*, 92.

⁶¹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 13-18-CN/21”, párr. 34-5.

⁶² *Ibíd.*, párr. 36.

iv) *Reserva sobre sus convicciones (vida sexual)*: El derecho a guardar reserva sobre las convicciones se halla expresamente reconocido como libertad en el numeral 11 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, e incluye los asuntos relacionados con la salud y vida sexual de una persona.⁶³

Aunque es un derecho independiente, en la evolución constitucional ha sido originalmente atribuido a la libertad religiosa; sin embargo, la Corte Constitucional en la Sentencia No. 77-16-IN/22 de 27 de enero de 2022 ha identificado su conexión con el derecho a la intimidad en cuanto comporta elementos de la autonomía privada susceptibles de protección en la esfera interna.⁶⁴

Asimismo, el alto organismo en sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados de 28 de abril de 2021, ha vinculado el derecho de reserva con el derecho a la integridad personal, específicamente en el plano moral, como un parámetro de actuación individual frente a cualquier injerencia coercitiva concerniente a creencias particulares sobre la vida y el mundo exterior.⁶⁵ Bajo este parámetro, el abuso sexual causa un impacto negativo a este bien jurídico, pues la persecución penal de este delito implica la exposición de la vida privada de la víctima, lo cual genera consecuencias nefastas para su vida íntima futura, no solo por la recordación del hecho criminal sino por los estigmas socio-culturales provenientes de este tipo de infracciones a los cuales se expone durante sus relaciones personales y afectivas.

v) *Intimidad personal*: El artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador en su numeral 20 reconoce y protege el derecho a la intimidad personal y familiar.⁶⁶

En relación a este tema, la Corte Constitucional como máximo organismo de control e interpretación de la norma suprema, considerando los estándares jurídicos fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia internacional, en la sentencia No. 2064-14-EP/21 de 27 de enero de 2021 define al derecho a la intimidad como un atributo reservado de la vida del ser humano, en virtud

⁶³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66.

⁶⁴ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 77-16-IN/22”, en *Caso No. 77-16-IN*, 27 de enero de 2022, párr. 54, 174, https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/7716IN22.pdf

⁶⁵ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados”, en *Caso No. 34-19-IN y acumulados*, 28 de abril de 2021, párr. 129, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYWIpdGUnLCB1dWlkOidiZGE2NDE0YS1jNDI1LTQzMGMtYWVNi1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30=

⁶⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 66.

del cual éste existe, coexiste y desarrolla su personalidad con libre albedrío, sin restricciones ni intervenciones extrínsecas arbitrarias.⁶⁷

Este derecho es relativo por cuanto soporta la injerencia estatal desde dos perspectivas: una positiva, traducida en la ejecución de mecanismos destinados a un ejercicio efectivo y respetuoso de esta libertad; y una negativa de doble vía, en cuanto supone el deber de abstención, tanto del Estado como de la sociedad en general, de cualquier actuación conducente al detrimento de este derecho.⁶⁸

En este sentido, la protección de la esfera íntima no se agota en su dimensión subjetiva y espacial constitucionalmente considerada; a la inversa, debe irradiarse al campo jurídico-procesal, por cuanto la exposición de aspectos de la vida sexual de una persona durante la obtención y producción de las pruebas implica un potencial menoscabo al derecho a la intimidad, sobre todo cuando se trata de delitos cometidos contra la integridad sexual y reproductiva como el abuso sexual.

vi) *No revictimización*: A más de los derechos de libertad implícitos en el artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 78 *ibídem* se vislumbra el derecho de no revictimización.⁶⁹

En lo referente a este derecho, la Corte Constitucional en la sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados de 24 de marzo de 2021 desarrolla el contenido del mismo en el caso de las personas privadas de libertad, especialmente cuando son víctimas de ataques contra su integridad sexual, y conmina a los operadores de justicia a considerar las lesiones inferidas de su testimonio o viabilizar las muestras de la agresión con otras evidencias como pericias psicológicas, sin necesidad de incurrir en acciones de doble victimización como la exigencia de pruebas médico-legales, la inculpación por la omisión de denuncia o evitación del delito, o la primacía de discursos estereotipados acerca de su condición de género -ser hombre- o de la normalización de estas conductas en los reclusorios.⁷⁰ Este derecho es bilateral, de forma prioritaria es aplicable durante la obtención y recopilación de las pruebas para el sujeto pasivo de un hecho punible concreto como el abuso sexual perseguido penalmente; y, de manera accesoria es efectivizado cuando se trata de las

⁶⁷ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 2064-14-EP/21”, en *Caso No. 2064-14-EP*, 27 de enero de 2021, párr. 111, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL_e2NhcBldGE6J3RyYW1pdGUnLCBldWlkOic1MDM5NmI5Ny1hZmFiLTQ1OWEtYWwRIMC1jNjdmNzM1NTMzYjAucGRmJ30=

⁶⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 2064-14-EP/21”, párr. 111-2.

⁶⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 78.

⁷⁰ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados”, párr. 194, 213, 217.

personas privadas de libertad en su posición de víctima del poderoso sistema estatal punitivo que menoscaba y anula sus derechos al interior de los centros carcelarios.

- vii) *Conocimiento de la verdad histórica*: Finalmente, otro atributo reconocido en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador es el derecho al conocimiento de la verdad fáctica.⁷¹

En este marco, en la sentencia No. 2366-18-EP de 9 de febrero de 2023 la Corte Constitucional explica que este derecho incumbe a las víctimas de un hecho punible o de graves transgresiones a los derechos humanos; y supone el conocimiento cabal de las situaciones *ex ante*, del acto vulnerador en sí mismo, de los eventos relacionados con la agresión y de la identidad de las personas responsables del hecho punible; así como su derecho a que el suceso dañoso sea visibilizado y reconocido por el Estado y la sociedad.⁷²

Este derecho posee doble dimensión, una individual en cuanto es absolutamente justiciable para la víctima y su familia a través del proceso de reparación; y otra colectiva, pues posibilita a la comunidad el conocimiento de múltiples casos de infracciones a los derechos humanos, los cuales alcanzan relevancia social por cuanto suponen la transgresión de los sistemas de principios y convicciones custodiados por el mismo tejido humano, tornando necesaria la concientización sobre esta problemática durante el ejercicio de su democracia participativa.⁷³ Una de las finalidades del proceso penal es el conocimiento de la verdad, consecuentemente, este derecho en los casos de abuso sexual es primordial para los sujetos de la infracción y exige del Estado una investigación objetiva para determinar la situación jurídica de cada uno de ellos y las repercusiones concretadas en una sentencia justa y equilibrada.

3.2.2. Elementos objetivos secundarios del tipo

- a) *Elementos normativos*: Son representaciones contenidas en el tipo penal cuya significación y alcance se encuentran en otras normas jurídicas.⁷⁴

Los elementos normativos identificados en el tipo penal de abuso sexual son la voluntad, consentimiento, acceso carnal, minoría de edad, discapacidad, lesión física, daño psicológico, enfermedad, medio digital, dispositivo electrónico y tecnologías de la

⁷¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 78.

⁷² Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 2366-18-EP/23”, en *Caso No. 2366-18-EP*, 9 de febrero de 2021, párr. 86, <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/Sentencia-2366-18-EP-23.pdf>

⁷³ *Ibíd.*, párr. 87-8.

⁷⁴ Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 46.

información y comunicación. Algunas definiciones se encuentran en la misma ley penal (lesión -artículo 152, daño psicológico -artículo 157, y acceso carnal -artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal); y otras en cuerpos legales como el Código Civil (minoría de edad -artículo 21, voluntad y consentimiento- artículo 1461 y siguientes), Código de la Niñez y Adolescencia (minoría de edad -artículo 4), Convención sobre los Derechos del Niño (minoría de edad -artículo 1), Ley Orgánica de Discapacidades (discapacidad – artículo 6), Ley Orgánica de Salud (enfermedad -artículo 259), Ley de Comercio electrónico, firmas electrónicas y mensajes de datos (dispositivo electrónico - Disposición General Novena), Ley Orgánico de Comunicación (tecnologías de la información y comunicación -artículo 35), y Código Orgánico General de Procesos (medio digital -artículo 202).

- b) *Elementos valorativos*: Corresponden a las descripciones cuyo sentido es fijado por el criterio subjetivo de cada intérprete, en función del contexto y la experiencia individual; pueden o no estar considerados en otras leyes.⁷⁵

El artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal contiene dos elementos valorativos: la falta de consentimiento cuando afirma -en contra de la voluntad de otra-; y, el acto de naturaleza sexual.

- i. *Ausencia de consentimiento*: De manera general podría configurar una *vis moralis*, esto es, violencia psicológica, amenazas, intimidación, chantaje o manipulación contra el sujeto pasivo durante la comisión del abuso sexual; y ausencia del consentimiento de la víctima para ejecutar el acto lúbrico en cualquiera de las modalidades expresivas de oposición o resistencia. Aquí adquiere especial interés el presupuesto del numeral 5 del artículo 175 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto considera como irrelevante el consentimiento dado por los menores de 18 años de edad en los delitos sexuales, entre ellos el abuso sexual.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia No. 13-18-CN/21 de 15 de diciembre de 2021, determina los axiomas del consentimiento de las y los adolescentes para el ejercicio de sus derechos sexuales, los cuales deben examinarse de acuerdo al contexto de cada caso; por tanto, resulta trascendental la escucha activa y la valoración motivada de la opinión de aquellos a fin de establecer su grado de madurez, desarrollo y autonomía; de contrarrestar cualquier amenaza a su integridad personal que implique

⁷⁵ *Ibíd.*, 47.

sumisión, intimidación, aflicción o desmedro de sus derechos y su voluntad; y de obtener una decisión judicial acorde con el principio de interés superior del niño y no revictimizante para los menores.⁷⁶

Si bien estos lineamientos fueron desarrollados para referirse al delito de violación, con la finalidad de favorecer al ejercicio efectivo de los derechos de este grupo vulnerable y sin contrariar la prohibición de interpretación extensiva de la ley penal, éstos deberían tomarse en cuenta en delitos sexuales menos graves cuando la víctima y el agresor son menores de edad con capacidad y madurez para decidir sobre la consumación de actos lascivos no copulativos, en esta parte merece una importante reflexión la situación jurídica de los adolescentes procesados por abuso sexual, en cuyo caso el consentimiento de la víctima menor de edad sería relevante y decisivo para la excluir su responsabilidad en el acto incriminado.

- ii. *Acto de naturaleza sexual*: Envuelve una indeterminación legal dejando un espacio abierto para la interpretación extensiva de este término, y permite la discrecionalidad de los operadores de justicia, quienes de acuerdo al contexto y a su doxa individual emitirán una sentencia con alto contenido subjetivo con el propósito de configurar el delito en un caso concreto.

Desde esta perspectiva, si bien la doctrina se refiere a los actos de connotación sexual como aquellos destinados a la activación del instinto sexual de una persona condicionada social y culturalmente,⁷⁷ o los asemeja con los actos libidinosos de carácter impúdico-subjetivo recaídos en el cuerpo de la víctima satisfaciendo o no su deseo sexual;⁷⁸ en la práctica, la ausencia de una significación legal en relación a los actos de naturaleza sexual contraría la regla de interpretación restrictiva señalada en el artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal y vulnera el derecho al debido proceso en cuanto incide negativamente en la materialización de la presunción de inocencia y en la aplicación del principio in dubio pro reo.

Por tal razonamiento, corresponde al juez considerar objetivamente los tres casos probables para la comisión del hecho punible según el precitado artículo 170 del Código de la materia, esto es: 1) acciones del sujeto activo consistentes en el acercamiento físico

⁷⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 13-18-CN/21”, párr. 68 a 70, 82.

⁷⁷ Velepucha Ríos, *Violación y abuso sexual*, 224-5.

⁷⁸ Peña, *Los Delitos Sexuales y el Acoso Sexual*, 591.

(caricias, tocamientos, besos); 2) acciones obligadas del sujeto pasivo sobre su propio cuerpo; y, 3) acciones ejecutadas en la corporalidad de un tercero.⁷⁹

c) *Elementos descriptivos*: Son aquellas circunstancias particulares configurativas del tipo generalmente orientadas a la atenuación o agravación de la pena.⁸⁰

El tipo penal de abuso sexual contiene cuatro elementos descriptivos orientados a la agravación de la pena, verificados por la concurrencia de las siguientes condiciones o circunstancias durante la ejecución de la infracción: 1) edad -menor de catorce años- o discapacidad; 2) conocimiento o resistencia -capacidad de comprensión del hecho y posibilidad de resistirlo-; 3) grado de lesión a los bienes jurídicos protegidos -lesión física o daño psicológico permanente y enfermedad grave o mortal-; y, 4) los medios empleados para publicitar su ejecución -agresión física, medios digitales, dispositivos electrónicos y tecnologías de la información y comunicación-.

Los elementos *ut supra* referidos en los numerales 1), 3) y 4) pueden ser objetivamente determinables a través de los medios de prueba contemplados en el Código Orgánico Integral Penal; no obstante, existe un intenso debate acerca de la capacidad de resistencia del acto punible -numeral 2)-; al respecto, la Corte Constitucional ha clarificado este elemento normativo en la Sentencia No. 17-21-CN/23 de 11 de enero de 2023, donde expone el siguiente parámetro relevante:

... (i) se entienda que la imposibilidad de la resistencia no se limite al aspecto físico, sino de cualquier otra índole que exprese oposición; (ii) se comprenda que existen casos en los que, debido a la condición de discapacidad de la víctima, no hay posibilidad de oposición o de que esta se exteriorice, lo cual no implica que por ello exista consentimiento; y, (iii) se valore caso a caso la posibilidad de la víctima a resistirse, en atención especialmente a su tipo y grado de discapacidad y las circunstancias que rodean el entorno en el que se desenvuelve...⁸¹

3.2.3. Elementos subjetivos del tipo

En correspondencia a la misión punitiva del Estado, la tipicidad subjetiva contempla los elementos del dolo y la culpa como un nexo necesario de la conducta prohibida materializada con la intención del sujeto activo.⁸²

⁷⁹ Albán, *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano*, 153.

⁸⁰ Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 47.

⁸¹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 17-21-CN/23”, en *Caso No. 17-21-CN*, 11 de enero de 2023, párr. 93i, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic0ZTQ5N2QzMC0xZDkzLTQ5MmMtOWU0OC0wNGlyZTRkODUxYTQuCGRmJ30=

⁸² Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 50-1.

- a) *Dolo*: Se configura cuando el sujeto activo posee pleno conocimiento de la parte objetiva del tipo penal -elemento cognitivo (saber)- y la intención o voluntad de ejecutar el hecho punible -elemento volitivo (querer)-.⁸³

La doctrina dominante realiza la siguiente categorización del dolo según el nivel o intensidad del elemento volitivo:

- i. *Dolo directo de primer grado (intención)*: Se produce cuando el sujeto activo busca un resultado lesivo mediante la realización de una conducta prohibida, sea como fin último o como medio para otros fines, sin consideración a las circunstancias objetivas contenidas en un tipo penal.⁸⁴
- ii. *Dolo directo de segundo grado (dolo indirecto)*: Se configura cuando la intención del sujeto activo es la realización de todos los elementos objetivos del tipo asumiendo, con desinterés o desagrado, como necesarios los resultados de su acción en su voluntad.⁸⁵
- iii. *Dolo eventual*: Concorre cuando el sujeto activo contempla la posibilidad de ejecutar una conducta punible para lograr un fin específico, y se conforme con los eventuales resultados lesivos de la misma.⁸⁶

La comisión del abuso sexual generalmente supone dolo directo por tratarse de un delito de resultado, por ende, su concreción configura uno de los indicadores de subjetividad requeridos por la categoría de tipicidad, excepto cuando se justifica legalmente la incapacidad comprensiva del sujeto activo. En los casos de rozamiento, generalmente ocurrido por las aglomeraciones en vehículos de transporte público, éste no puede constituir delito si no concurre el elemento subjetivo del dolo del sujeto activo.

- b) *Culpa*: En doctrina, este elemento subjetivo se presenta bajo la acepción de imprudencia, referida ésta a la falta, infracción, o contrariedad del deber de cuidado impuesto por la norma jurídica; su irrupción en el ámbito penal responde a la necesidad de aplicación de penas disminuidas en relación a la gravedad de los delitos dolosos, a los peligros resultantes del desarrollo científico, la progresiva tecnificación y modernización, así como a la creación de riesgos con relevancia jurídico-penal, por ello, su persecución es condicionada, siendo punibles las

⁸³ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo I*, (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 415.

⁸⁴ *Ibíd.*, 418-9.

⁸⁵ *Ibíd.*, 424.

⁸⁶ *Ibíd.*, 425, 427.

conductas culposas única y taxativamente descritas en la ley penal con amenaza de sanción.⁸⁷

Las infracciones culposas o imprudentes se caracterizan por dos elementos sustanciales asociados al nivel de riesgo socialmente permitidos: la conducta (acción u omisión) culposa y el resultado lesivo suscitado por la transgresión del deber objetivo de cuidado; de ahí la extralimitación en los riesgos genera punición siempre y cuando se verifique el nexo causal entre dichos elementos.⁸⁸

La culpa se clasifica de acuerdo a la previsión del resultado:

- i. *Culpa consciente*: Ocurre cuando el sujeto activo realiza la conducta culposa a sabiendas del peligro de las consecuencias.⁸⁹
- ii. *Culpa inconsciente*: En este caso el sujeto activo realiza la acción culposa o negligente sin conocer los resultados de su actuación.⁹⁰

Desde este panorama, el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal conlleva el elemento culposo, por cuanto la ejecución del delito sexual abusivo quebranta el deber objetivo de cuidado del autor respecto a los bienes jurídicos del sujeto pasivo protegidos por la ley penal.

Por contraste, la categoría de tipicidad, a más de la descripción de sus componentes positivizados, se sujeta a un análisis desde el enfoque de la teoría del error.

En doctrina, el error se identifica en el elemento subjetivo del dolo, esto es, cuando el sujeto activo en la realización de una conducta desconoce o no ha previsto un hecho configurativo de un tipo penal;⁹¹ por tanto, la ausencia del dolo o su descarte en la actuación del agente convierte a la conducta en atípica imposibilitando la aplicación de una pena.

Dicho error de tipo puede ser -vencible- cuando es posible evitarlo, excluye el dolo pero no la culpa, por tal razón, es punible si la ley penal contempla la forma culposa de la infracción cometida; o -invencible- si no existe alguna manera de impedir el error, su ocurrencia descarta el dolo y la culpa, en consecuencia, la acción no es punible;⁹² estas modalidades de error están contempladas en el Código Orgánico Integral Penal donde

⁸⁷ *Ibíd.*, 996-9.

⁸⁸ Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 57-8.

⁸⁹ *Ibíd.*, 61.

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ Roxin, *Derecho Penal*, 458.

⁹² Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 64-5.

incluso se advierte si el error invencible recae sobre una circunstancia de agravación o constitutiva del hecho punible ésta no podrá ser estimada por el juzgador.⁹³

3.3. Antijuridicidad

La tercera categoría dogmática de la teoría del delito es la antijuridicidad, entendida como un ápice de la conducta típica tendiente a determinar si ésta es o no contraria al ordenamiento jurídico punitivo, en función de la ausencia o no de las causales de justificación,⁹⁴ cuya determinación depende de la tipicidad como requisito necesario de la antijuridicidad penal.⁹⁵

Esta categoría no se agota en el aspecto formal (determinación de una conducta como antijurídica), al contrario, se propaga al ámbito material en cuanto la acción u omisión típica se concreta en la lesión, amenaza de lesión⁹⁶ o puesta en peligro de un bien jurídicopreciado para el derecho sustantivo penal,⁹⁷ lo cual incide en la determinación de la escala de gravedad del acto típico, en la cuantificación de la pena, en el nivel de culpabilidad y en la eliminación de la responsabilidad.⁹⁸

En este orden, las mentadas causas de justificación, cuya concurrencia excluyen la antijuridicidad, son circunstancias legales de carácter positivo observadas en la lesión a un bien jurídico que justifican el acto típico, esto en virtud del conflicto con otros bienes jurídicos en juego donde la ponderación de intereses constituye el método para determinar al bien jurídico más relevante;⁹⁹ de esta forma, las elaboraciones doctrinarias y el sistema jurídico en general, ubican como causas de justificación por excelencia las siguientes:

- a) *La legítima defensa*: Consiste en la lesión a bienes jurídicos de terceros en defensa de otros bienes jurídicos propios o ajenos, para su procedencia se requiere: un ataque actual, inminente o ilegítimo; la falta de provocación suficiente; la necesidad racional de la defensa; y, la racionalidad de los recursos usados para repeler el ataque.¹⁰⁰

⁹³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 28.1

⁹⁴ Roxin, *Derecho Penal*, 557.

⁹⁵ Mir, *Derecho Penal*, 169.

⁹⁶ Roxin, *Derecho Penal*, 558.

⁹⁷ Mir, *Derecho Penal*, 169.

⁹⁸ Roxin, *Derecho Penal*, 559.

⁹⁹ Mir, *Derecho Penal Parte General*, 181.

¹⁰⁰ Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 74.

- b) *El estado de necesidad*: Constituye la lesión a bienes jurídicos de terceros en defensa de otros bienes jurídicos infravalorados, sus requisitos de procedibilidad son: existencia de un riesgo inminente o actual e inevitable; e inexistencia de una situación de peligro creada motu proprio o de un deber legal de soportar el riesgo.¹⁰¹
- c) *La orden legítima de autoridad competente*: Implica la lesión a bienes jurídicos ajenos derivada del mandato de una autoridad, para su invocación es necesario demostrar: la existencia de un vínculo de jerarquía entre la autoridad y el ejecutor; la legitimidad de la orden; y, la competencia de la autoridad para emitirla y del ejecutor para cumplirla.¹⁰²
- d) *El cumplimiento de una disposición legal*: Conlleva la lesión a un bien jurídico por disposición taxativa y expresa de una ley con carácter obligatorio para quien deba observarla o ejecutarla.¹⁰³
- e) *El ejercicio de una actividad legalmente permitida o de una profesión*: Conlleva la lesión a un bien jurídico por efecto de una actuación autorizada por la norma jurídica atinente a un ámbito en concreto.¹⁰⁴
- f) *El consentimiento del agente pasivo*: Se verifica cuando el titular de un bien jurídico permite la acción lesiva contra éste, en virtud de su facultad de libre disposición.¹⁰⁵

En este sentido y bajo los principios de legalidad y lesividad, el artículo 29 del Código Orgánico Integral Penal advierte que la categoría de antijuridicidad se extiende al bien jurídico protegido por la norma penal, cuya injustificada lesión o amenaza de lesión es contraria al orden jurídico y, por tanto, punible; excepto cuando concurren las causas de justificación descritas en el artículo 30 *ibídem* (estado de necesidad, legítima defensa y cumplimiento de orden de autoridad competente legalmente justificada).

En atención a los postulados precedentes, la consumación del crimen analizado en concreto -abuso sexual- configura la antijuridicidad por cuanto el hecho punible contraría la conducta prohibida consignada en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal y lesiona los bienes jurídicos protegidos por ésta; sin embargo, serían aplicables como causales de justificación las referidas en los literales d), e) y f), si el acto se ejecuta por

¹⁰¹ *Ibíd.*, 75.

¹⁰² *Ibíd.*, 75-6.

¹⁰³ *Ibíd.*, 76.

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ *Ibíd.*, 77.

mandato de una ley, verbigracia la requisita previo al ingreso a centros carcelarios para evitar la introducción de objetos o sustancias prohibidas a los mismos; o cuando el acto se produce por el ejercicio de una actividad profesional como la rama médica, por ejemplo la preparación del cuerpo y la realización de una cirugía vinculada con el aparato reproductor humano o el chequeo especializado del mismo; o cuando el acto se materializa con el consentimiento de la persona como parte de un encuentro íntimo.

Si bien el orden patriarcal instituido arraiga la errónea idea de apropiación del cuerpo de la pareja o ex pareja -cualquiera sea su estatus civil-, la obviación del consentimiento daría lugar a la indebida creencia de intromisión y permisión sobre la integridad sexual del sujeto pasivo; pues, no existen razones de orden legal para configurar este hecho como una causal de justificación ni para eliminar su antijuridicidad, por tanto, es suficiente la justificación de los elementos del tipo penal y la lesión a los bienes jurídicos protegidos de una persona para determinar la responsabilidad del autor.

3.4. Culpabilidad

La culpabilidad es la última categoría de la teoría del delito consumada en el examen de un caso concreto para determinar si la persona procesada es responsable en la comisión de una infracción y, poder ende, legitimar la persecución punitiva del Estado; en Ecuador está contemplada en el artículo 34 del Código Orgánico Integral Penal e incluye la capacidad de imputación y el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta ejecutada según las modalidades de participación previstas en la norma -autoría o complicidad-.¹⁰⁶

La culpabilidad, históricamente, es el término acogido por la doctrina dominante para referirse a la atribución personal de la conducta antijurídica a su autor.¹⁰⁷

Su evolución dogmática ha traspasado el orden psíquico (culpabilidad como vínculo subjetivo entre el sujeto y el acto); el plano valorativo positivizado (culpabilidad como juicio de reproche cuando el agente actúa de modo diferente al exigido por el Derecho); y la concepción formal (Configuración de la atribución personal, la comprensión de la antijuridicidad y la exclusión de causales de exculpación en el injusto);¹⁰⁸ culminando en la teoría de la responsabilidad -concepción material de la

¹⁰⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 34, 41

¹⁰⁷ Mir, *Derecho Penal Parte General*, 544.

¹⁰⁸ *Ibíd.* 545-9.

culpabilidad- según la cual el sujeto responsable de una conducta típica y antijurídica merece una pena socialmente justificada.¹⁰⁹ Desde la dimensión objetiva de la norma, la culpabilidad contiene tres elementos:

- a) *Imputabilidad o capacidad de culpabilidad*: Consiste en la comprensión de la antijuridicidad de una conducta -elemento cognitivo- y la potestad de adecuarse a la misma -elemento volitivo-, por tanto, quienes no poseen esta capacidad comprensiva, son inimputables como en los siguientes casos: inmadurez psicológica (menor de 18 años de edad); y trastorno o enajenación mental (afectación individual o colectiva, permanente o temporal, del campo intelectual, volitivo, emotivo y afectivo de la personalidad perturbando, suprimiendo o disminuyendo la capacidad comprensiva, en esta parte se excluyen las actuaciones libres previas al delito por causa propia -intoxicación alcohólica, estupefaciente o psicotrópica-).¹¹⁰
- b) *Conocimiento de la antijuridicidad del acto*: Se constata cuando el sujeto activo ejecuta una conducta a sabiendas de que es prohibida o reprochada por la ley penal y es altamente lesiva a un bien jurídico de terceros.¹¹¹

De acuerdo a la doctrina dominante, en sede de culpabilidad también se aplica la teoría del error -de prohibición- en función del conocimiento o no de la antijuridicidad de la conducta y acorde al contexto socio-cultural,¹¹² pese a la presunción de conocimiento de la ley contemplada en el artículo 13 del Código Civil. Dicho error puede ser directo o indirecto.

- i. *Error de prohibición directo*: Se produce cuando existe el desconocimiento de que cierta conducta puede ser contraria al ordenamiento jurídico y configurativa de un tipo penal; se clasifica en vencible, cuando es factible el conocimiento de la antijuridicidad de una actuación, pudiendo evitar su ignorancia, en tal caso la conducta es punible y la pena disminuida; e invencible, si resulta imposible el conocimiento de la antijuridicidad de una conducta, lo cual elimina la culpabilidad y evita la punibilidad.¹¹³
- ii. *Error de prohibición indirecto*: Se verifica cuando el agente actúa bajo la errada suposición de hallarse incurso en causales de justificación que legitiman su

¹⁰⁹ Roxin, *Derecho Penal*, 791, 811.

¹¹⁰ Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 91-2.

¹¹¹ *Ibíd.*, 93-4.

¹¹² *Ibíd.*, 94-5.

¹¹³ *Ibíd.*, 96-8.

conducta, se sujeta a las modalidades de vencible e invencible según la demostración del grado de evitabilidad o no de dicho error.¹¹⁴

En ese marco, el Código Orgánico Integral Penal contempla la categoría del error de prohibición, en su división clásica de vencible e invencible, para referirse al error o desconocimiento invencible verificado en la imposibilidad de precaver la antijuridicidad del acto punible; el hecho de vencimiento o no del error determina la existencia de responsabilidad o la atenuación de la pena, según el caso.¹¹⁵

No obstante, en algunas ocasiones el error de prohibición se configura por las concepciones culturales acerca de lo entendido por “actos de naturaleza sexual” en otras sociedades, lo cual requiere de peritajes en Antropología para determinar la ilicitud o no de la conducta.¹¹⁶

- c) *Exigibilidad de otra conducta*: Este elemento se configura cuando el sujeto activo, previo a la comisión del delito, estaba facultado para actuar conforme a las exigencias de la norma jurídica vigente, excepto si concurren circunstancias como el estado de necesidad disculpante, el miedo insuperable o la coacción moral irresistible cuya demostración justifican el injusto pero eliminan la culpa.¹¹⁷

En contraste a la imputabilidad, la ley penal ecuatoriana, a más del error de prohibición invencible, contempla como segunda causa de inculpabilidad al trastorno mental. La concurrencia de éste amerita la acreditación legal de la incapacidad de comprensión de la antijuridicidad de la conducta o la imposibilidad de autodeterminación acorde a dicha comprensión.¹¹⁸ Si la capacidad de comprensión o de autodeterminación conforme a ésta resulta disminuida el autor podría beneficiarse de la atenuación de la pena,¹¹⁹ posibilidad también aplicable si durante el cometimiento de la infracción el sujeto activo se halla privado parcialmente del conocimiento por un estado de embriaguez o intoxicación derivado de caso fortuito, si la pérdida del conocimiento en estos casos es total no genera responsabilidad penal.¹²⁰

¹¹⁴ *Ibíd.*, 99.

¹¹⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 35.1

¹¹⁶ Velepucha, *Violación y abuso sexual*, 236-7.

¹¹⁷ Encalada, *Teoría constitucional del delito*, 102-4.

¹¹⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 36.

¹¹⁹ *Ibíd.*, art. 36 inciso 2.

¹²⁰ *Ibíd.*, art. 37.

Capítulo segundo

Valoración de la prueba e interpretación judicial en materia penal

El estudio de los principios aplicables en materia penal converge en el análisis de los estándares de valoración de la prueba reconocidos históricamente durante la evolución del derecho procesal y su estrecha vinculación con las variables de interpretación judicial contempladas en el Código Orgánico Integral Penal.

De esta óptica, la apreciación probatoria no solo radica en el enfoque judicial sino también cristaliza el derecho a probar, el derecho de prueba (propia, contraria y de oficio), el derecho a recibir un fallo suficientemente motivado y la dual obligación garantista del juzgador en su formación convictiva, lo cual implica: 1) La prohibición de omisión de los medios de prueba en el proceso valorativo; y, 2) La valoración objetiva, razonable y motivada de las pruebas legalmente aportadas al proceso.¹²¹

En consideración a la posición del decisor en la relación jurídico-procesal, los estudios sobre la trascendencia de los estándares de prueba en el ámbito penal se focalizan en la estimación de un umbral o base mínima probatoria para acreditar como verdaderas o falsas las alegaciones contenidas en la tesis de la acusación y la contratesis de la defensa,¹²² esto bajo la perspectiva de la decisión donde el juez deberá extraer racionalmente un resultado de los hechos probados.¹²³

A *contrario sensu*, el sistema de prueba previsto en materia no penal se remite al contenido preestablecido en otras normas legales de orden civil, mercantil, tributario, administrativo, laboral, de niñez, entre otras, y se rigen por el Código Orgánico General de Procesos, cuyo artículo 164 establece: “La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.”¹²⁴ De este modo, el proceso de estimación de la prueba y la interpretación de las disposiciones aplicables en un caso concreto se hallan revestidas de objetividad especialmente cuando se trata de

¹²¹ Jorge Pantoja Bravo, *Tratado de la Prueba Judicial*, (Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2022), 248-9.

¹²² Jordi Ferrer Beltrán, *Prueba Sin Convicción Estándares de prueba y debido proceso*, (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2021), 44-7.

¹²³ Michele Taruffo, *La prueba*, (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008), 131-2.

¹²⁴ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 164.

prueba documental, lo cual no significa el retorno al sistema de prueba tasada por cuanto el cuerpo adjetivo en referencia también deja abierto en campo de la probabilidad respecto a la apreciación de las pruebas testimonial y pericial.

En el ámbito constitucional el proceso de valoración de la prueba es más versátil, según el artículo 16 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional la ordenación de pruebas de oficio se intensifica; la inversión de la carga probatoria es la regla cuando la accionada es entidad estatal; y, el término para la práctica y recolección de pruebas puede extenderse por decisión justificada del juez;¹²⁵ al respecto, en la Sentencia No. 639-19-JP/20 de 21 de octubre de 2020 la Corte Constitucional expresa:

91. La prueba en los procesos de garantías jurisdiccionales, a diferencia de los procesos civiles, penales, labores, entre otros, se rige por principios y reglas que le son propias y los caracteriza. Por su naturaleza jurídica se admite mayor flexibilidad en la forma de actuar los medios probatorios, que no son comunes en los procedimientos de justicia ordinaria. Esto debido a que el procedimiento en el que se conoce vulneraciones de derechos debe ser “sencillo, rápido y eficaz”, pues tales vulneraciones son de tal magnitud que para su verificación debe bastar con una actividad probatoria razonablemente flexible. Por el contrario, los litigios que demandan una actividad probatoria más compleja, son propios de la jurisdicción ordinaria. Por esta razón, por ejemplo, es admisible copias simples de documentos públicos, recortes de prensa, declaraciones de funcionarios públicos en medios de comunicación, y se aceptan categorías probatorias e instituciones flexibles, como la carga probatoria dinámica, la inversión de la carga de la prueba, la formación de comisiones para recabar la prueba, o las presunciones cuando el elemento probatorio está en manos del presunto responsable por la vulneración de derechos. 92. Las pruebas que no deben ser valoradas en un proceso de garantías son las que se obtuvieron contra la Constitución, que son impertinentes o que impiden el principio de contradicción.¹²⁶

Así, el proceso de justipreciación probatoria constitucional adquiere relevancia cuando se pone en juego la protección de los derechos humanos, encontrando apoyo en los métodos y reglas de interpretación previstos en el artículo 3 de la Ley de la materia (solución de antinomias, principio de proporcionalidad, ponderación, interpretación evolutiva o dinámica, interpretación sistemática, interpretación teleológica, interpretación literal y otros mecanismos exegéticos vinculados a los principios generales del derecho y

¹²⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 16.

¹²⁶ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulado”, en *Caso No. 639-19-JP y acumulado*, 21 de octubre de 2020, párr. 91 y 92, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidiOGZhYmMxNy01YjkyLTQ1M2EtOTJkNS0xMWNkYmY4MWE3Y2UucGRmJ30=

a la equidad¹²⁷), cuya aplicación es determinante para cesar y evitar la vulneración de los derechos controvertidos en un caso concreto.

En definitiva, las singularidades de las materias constitucional y no penal demarcan objetivamente el campo decisonal facilitando y respaldando la actividad jurisdiccional en esas áreas; a diferencia del ámbito punitivo donde el estándar de prueba actual, legalmente indeterminado, ha sido exhaustivamente delimitado por la Corte Constitucional cuando alude al umbral de la duda razonable en las sentencias 2706-16-EP/21, 363-15-EP/21 y 794-15-EP/20, examinadas *ut infra*, las cuales constituyen el culmen de la administración de justicia penal.

1. La valoración de la prueba en materia penal

La valoración propiamente dicha consiste es la actividad intelectual analítica, crítica y razonada efectuada en cada fase del proceso penal por los operadores de justicia y los demás intervinientes en la causa -fiscalía, defensores técnicos, órganos auxiliares y sujetos procesales-.¹²⁸

De ahí, la valoración de la prueba penal en concreto tiene como propósito determinar el nexo concluyente entre los medios probatorios aportados y las hipótesis de verdad contenidas en las teorías en conflicto; por consiguiente, en función de este contexto y según se estime como verdadera o falsa una proposición el juzgador emitirá su decisión.¹²⁹

En este proceso cabe una distinción, la valoración de los elementos probatorios aportados al proceso se realiza en sentido amplio según el punto de vista de cada participante del proceso penal; pero en sentido estricto cuando corresponde al tribunal penal determinar la eficacia y validez convictiva de cada medio de prueba durante la adopción del fallo, bajo el criterio de racionalidad, de acuerdo a las peculiaridades del caso concreto,¹³⁰ y en muchas ocasiones sin perjuicio de la inversión de la carga de la prueba cuando las circunstancias lo ameriten, para alcanzar la verdad procurando una decisión menos artificiosa y plausible para la comunidad científica.¹³¹

¹²⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 3.

¹²⁸ Gustavo A. Arocena, *¿De Verdad? Prueba, racionalidad y verdad en el procedimiento criminal*, (Lima: ZELA Grupo Editorial/Editorial CEJI, 2020), 97.

¹²⁹ Taruffo, *La prueba*, 132-3.

¹³⁰ Arocena, *¿DE VERDAD?*, 111.

¹³¹ Jordi Nieva Fenoll, "La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida", en *Contra la carga de la prueba* (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2019), 25.

Previo a la adopción del fallo de fondo, el proceso de valoración de la prueba penal está marcado por la preponderancia de la inmediación y por la incidencia de la naturaleza personal del juez. Desde el punto de vista doctrinario, este proceso tiene una doble concepción, una de orden racional donde los medios probatorios definen como probado o no un hecho, siendo determinantes para la decisión; y, otra de carácter persuasivo en cuanto conlleva el criterio convictivo del decisor plasmado en un fallo suficiente y debidamente motivado.¹³²

El principio procesal de inmediación o de originalidad es inexcusable para evitar la alteración de la verdad, se instituye como el mecanismo más eficaz y directo en todas las fases del proceso penal para perfilar la convicción del magistrado acerca de los hechos e intereses en conflicto, al cual convergen los principios de tutela judicial efectiva y de contradicción en la obtención y práctica de las pruebas.¹³³

En cambio, el componente personal de una decisión judicial siempre ha sido un punto de controversia, pues, las experiencias previas y las percepciones del juzgador acerca de su contexto y del mundo escapan al control de la ley, y se cristalizan en la interpretación y valoración de la prueba en un caso concreto. Este componente lleva implícita la intuición y los sesgos cognitivos individuales de cada decisor.

No obstante, la intuición no domina el arbitrio judicial durante la valoración de la prueba, por ello el juez en la motivación de sus fallos debe explicar los argumentos fácticos, jurídicos y crítico-rationales que sustentan la valoración de los medios probatorios, e indudablemente el componente intuitivo será parte del veredicto judicial.¹³⁴

La naturaleza personal de un fallo también comporta los denominados sesgos cognitivos del juzgador, éstos fueron delimitados en el ámbito psicológico a finales del siglo XX caracterizándose por la influencia de situaciones de riesgo conductual, esto es, por los efectos de la apreciación involuntaria, inconsciente, errónea o distorsionada de la información contenida en los elementos probatorios, que inciden en la toma de decisiones judiciales basadas en la heurística y al margen de los criterios de racionalidad; dando origen a la doctrina del derecho conductual o análisis conductual del Derecho cuya finalidad es develar las motivaciones subjetivas del decisor para emitir una sentencia.¹³⁵

¹³² Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 417.

¹³³ Arocena, *¿De Verdad?*, 105.

¹³⁴ *Ibíd.*, 125.

¹³⁵ *Ibíd.*, 122-3, 128-9.

Los sesgos cognitivos de mayor interés en la esfera jurídica son los de anclaje y ajuste, el de confirmación y el de grupo y representatividad.

El sesgo cognitivo de anclaje y ajuste -o *anchoring*- se refiere a la sobrevaloración de la información inicial sobre un suceso o un objeto y su incidencia desproporcionada en la apreciación final; con frecuencia este sesgo justifica las causales de inhibición o recusación del magistrado atinentes al criterio anticipado en otras instancias o a su intervención previa en distintas calidades -fiscal, defensor técnico o parte procesal- en la causa de su conocimiento; a este sesgo se pueden añadir las estimaciones subjetivas del decisor en cuanto a datos estadísticos o probabilidades respecto de cierto delito tomados como verdad aferrando su decisión a los mismos; así como el predominio de la postura de un solo integrante del tribunal al cual se apegan los dos restantes por la imposibilidad de defender ese u otro criterio, produciendo a mediano plazo una secuela del falso consenso por la persuasión en el pensamiento ajeno; o la adherencia del juez a la actuación y pretensión fiscal, cuyos resultados se verifican en un alto porcentaje de sentencias con trasfondo heurístico estatal.¹³⁶

En cambio, el sesgo de confirmación -o *confirmation bias*-, consiste en la desmedida e irracional predisposición de una persona a depurar y desentrañar la información para afianzar su criterio sobre un suceso o un objeto; en este sesgo se ubican las impresiones iniciales del tribunal durante la presentación de las teorías de caso o la recepción de la prueba testimonial; así como las ideas preconcebidas del juzgador acerca de los delitos más reprochados social y moralmente, las cuales inciden en el valor convictivo del testimonio de la víctima como prueba relevante de condena; dichos sesgos gravitan en la decisión final restando eficacia e importancia a otros elementos de prueba recabados.¹³⁷

Finalmente, el sesgo de grupo -*in group bias*- y de representatividad -*representativeness*- revela una errónea valoración uniforme de la información proveniente de un grupo de personas, donde el sentido de identidad con el mismo determina la decisión del magistrado, verbigracia la inclinación por los informes periciales provenientes de funcionarios del sector público, o la preferencia por la credibilidad de los testigos referenciales; del mismo modo, el sesgo de representatividad reproduce el sentido de pertenencia para efectos de la estimación de autenticidad de las

¹³⁶ *Ibíd.*, 130-2.

¹³⁷ *Ibíd.*, 132-3.

evidencias distintivas procedentes de un colectivo específico mediante procesos heurísticos.¹³⁸

Bajo estas consideraciones y de acuerdo al estándar probatorio vigente en cada legislación penal, el proceso de valoración de la prueba supone de manera general la sujeción a la lógica, la experiencia y la ciencia.

Si bien el principio de razón suficiente, como parte de la lógica, encarna un mecanismo práctico cuantitativo sobre el cual versa la posibilidad de encontrar la verdad más allá de toda duda razonable, a éste se suma la intuición como fuente empírico-cognitiva nutrida por experiencias, percepciones físico-sensoriales y saberes propios del juzgador, a veces indescriptibles, la cual desestabiliza los indicadores de credibilidad probatoria imposibilitando la objetivación absoluta de la acreditación de un hecho en la decisión judicial;¹³⁹ por tanto, la falta de independencia interna se halla latente y vigente en el proceso valorativo de la prueba penal, pues, la naturaleza humana no escapa a la doxa individual del decisor.

En el caso específico de la valoración de la prueba en delitos sexuales es preeminente el criterio receptado de la jurisprudencia española por los tribunales de cierre de la justicia ordinaria local y relativo a la supremacía del testimonio de la víctima que, una vez superado el test de credibilidad (autenticidad o credibilidad subjetiva, verosimilitud o credibilidad objetiva y firmeza de la inculpación), constituye prueba suficiente para sustentar una decisión condenatoria y destruir el estatus jurídico de inocencia; no obstante, corresponde al juez garantizar el derecho de contradicción durante la recepción de esta prueba testifical para emitir una decisión lógico-razonable afianzada en medios probatorios certeros y en el principio de igualdad.¹⁴⁰

En contraposición a este criterio, un sector de la doctrina sostiene que, si bien los delitos sexuales se ejecutan en la clandestinidad, se requiere de peritajes psicológicos objetivos y eficaces para determinar la concurrencia de las pautas de credibilidad sin empeorar la situación jurídica de la persona procesada ni afectar la independencia del juez;¹⁴¹ esto es, la necesidad de pruebas de confirmación o periféricas de ratificación para resolver con ecuanimidad la situación jurídica del imputado, lo cual es congruente con la

¹³⁸ *Ibíd.*, 133-5.

¹³⁹ *Ibíd.*, 114-22.

¹⁴⁰ Carlos Parma, *Valoración de la prueba*, 94.

¹⁴¹ *Ibíd.*, 91.

regla de valoración de la prueba testimonial señalada en el artículo 502.1 del Código Orgánico Integral Penal.

2. Estándares de valoración de la prueba penal y su evolución histórica

El sistema de valoración de la prueba, o técnicamente denominado *estándar de prueba* o *criterio de suficiencia probatoria*,¹⁴² consiste en el conjunto de lineamientos razonados desarrollados progresivamente para limitar el arbitrio del juzgador durante el proceso de apreciación de los medios probatorios lícitamente aportados por las partes.

Estos criterios orientan el proceso convictivo del decisor respecto a tres presupuestos básicos de una proposición fáctica: a) la ratificación del acaecimiento de un hecho como causa; b) la corroboración del hecho como efecto; y, c) el vínculo causal de ambos hechos, a ser justificados según las reglas de la prueba.¹⁴³

La función esencial del estándar de prueba en materia penal es determinar el umbral probatorio para sustentar un fallo de condena, bajo criterios objetivamente razonables,¹⁴⁴ y su formulación exige la precisión de un nivel de certeza para aceptar un supuesto como verdadero y, de criterios objetivos aplicables para alcanzar el nivel de certeza requerido, bajo la hipótesis de que la subjetividad raya en arbitrariedad.¹⁴⁵

De la fijación del umbral cuantitativo derivan otras funciones del sistema de prueba durante la construcción del fallo:

- a) *Contribuye con pautas de justificación para la decisión*:¹⁴⁶ otorgando cánones determinantes del umbral de prueba al magistrado para considerar como acreditada una tesis, limen a ser expresado en la motivación del fallo y sujeto a impugnación mediante los recursos legales permitidos.¹⁴⁷
- b) *Constituye garantía para los sujetos procesales*:¹⁴⁸ materializando el derecho a la defensa y el debido proceso mediante la observancia de las reglas atinentes a cada trámite; en materia punitiva, el imputado, previo conocimiento de su situación jurídico-procesal desfavorable y de acuerdo al umbral de suficiencia probatoria,

¹⁴² Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 431.

¹⁴³ Taruffo, *La prueba*, 272.

¹⁴⁴ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 561-2.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, 428-9.

¹⁴⁶ Ferrer, *Prueba Sin Convicción*, 109.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, 109-11.

¹⁴⁸ *Ibíd.*, 112.

puede acogerse a los procedimientos especiales cuando Fiscalía cuenta con pruebas decisivas para justificar su hipótesis de acusación.¹⁴⁹

- c) *Reparte el riesgo del error entre las partes*:¹⁵⁰ contribuyendo a la búsqueda de la verdad como finalidad de la prueba y eliminando la posibilidad del error decisonal cuando la demostración material de una hipótesis no se ajusta a la verdad histórica; es decir, la posibilidad de un falso positivo -o falsa condena- si una tesis falsa se tiene como verdadera (inocentes condenados); o un falso negativo -o falsa absolución- si se tiene como no acreditada una tesis verdadera (culpables absueltos).¹⁵¹

Desde esta mirada, cobra importancia el nivel de ratificación otorgado por los medios de prueba así como el estándar probatorio empleado para emitir una decisión; si bien las teorías psico-persuasiva, racionalista y epistemo-evidencialista se basan en las suposiciones del juez, en el marco de determinación del umbral de la prueba penal adquiere trascendencia la concepción contextualista, según la cual el fundamento del criterio judicial se encuentra en la adaptación del estándar al contexto en función de la información factual.¹⁵²

De este antecedente teórico surge la polémica acerca de la especificación del umbral de suficiencia probatoria en la norma punible, por cuanto el estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable da cabida a la subjetividad trayendo consigo la necesidad de delimitación del concepto de duda para efectos de este estándar; de esta forma, se consideran tres situaciones de duda: a) como estado psíquico del juzgador; b) como dubitación racional; y, c) como un nivel permisible de la duda racional respecto a la verdad de una tesis y a la ratificación de ésta, siendo mayormente aceptable la tercera posibilidad pese a los riesgos de incompatibilidad a suscitarse entre la acusación y la condena, lo cual deriva en el uso del principio *in dubio pro reo* como regla de juicio con marcada inclinación hacia el error material de falsa absolución.¹⁵³

La disquisición acerca del umbral de suficiencia probatoria en el ámbito penal no se agota con la crítica al origen político del estándar incorporado en la ley, sino más bien exterioriza las motivaciones para fijar dicho limen, entre ellas:

¹⁴⁹ *Ibíd.*, 112-3.

¹⁵⁰ *Ibíd.*, 115.

¹⁵¹ *Ibíd.*, 115-8.

¹⁵² *Ibíd.*, 138-41.

¹⁵³ *Ibíd.*, 147-9.

- i. *El peso del error en situaciones de falsa condena*: un juicio desproporcionado puede evidenciar la afectación de bienes jurídicos de mayor valor como la vida cuando se condena a personas inocentes; para evitar estos casos se discute la posibilidad de un nivel más exigente de prueba o la directa aplicación del principio favor rei;¹⁵⁴
- ii. *El costo del error en casos de falsa absolución*: la proclividad a la repetición del hecho punible puede aumentar la impunidad y restar eficacia a la finalidad preventiva de la pena; por tal razón, es inexorable la primacía del derecho a la igualdad en la relación jurídico-procesal, de tal modo que la carga de la prueba sea gravitante en la decisión en lugar del estándar;¹⁵⁵
- iii. *Los problemas probatorios en algunos tipos de casos penales*: las circunstancias bajo las cuales se cometen ciertos hechos delictivos como los atentatorios contra la integridad sexual o la administración pública, impiden la producción de prueba cuando los elementos valorativos del tipo amplían el campo de subjetividad, de esto deriva la necesidad de disminuir la exigencia probatoria para frenar los casos de falsa absolución;¹⁵⁶
- iv. *La influencia de otras reglas relativas a la distribución del riesgo del error*: las presunciones (en sentido estricto o las aparentes) y reglas procesales concernientes a la carga de la prueba como a la capacidad impugnatoria, inciden en la repartición del error por efectos de la prueba o por consecuencia de la desigualdad de las partes en el proceso penal, lo cual provoca decisiones falsas; por ello, se requiere la observancia integral de estas reglas para evitar falsos positivos o negativos;¹⁵⁷
- v. *La repartición de poder entre los sujetos procesales*: la asimétrica distribución recursiva entre la acusación y la defensa, y el evidente favoritismo estatal por el Ministerio Público demanda un estándar de suficiencia probatoria más exigente para sustentar la imputación, recayendo en Fiscalía la mayor carga del error debido a las desventajas potestativas del acusado en el proceso penal;¹⁵⁸
- vi. *La etapa procesal donde se aplicará el sistema de prueba*: a mayor etapa del proceso corresponde un nivel más exigente de suficiencia probatoria, debido a la

¹⁵⁴ *Ibíd.*, 154-9.

¹⁵⁵ *Ibíd.*, 160-3.

¹⁵⁶ *Ibíd.*, 163-6.

¹⁵⁷ *Ibíd.*, 166-7.

¹⁵⁸ *Ibíd.*, 168-9.

incorporación progresiva de los medios de prueba y al carácter de ascendencia que implica el ejercicio contradictorio e inmediato de los elementos de convicción;¹⁵⁹y,

- vii. *Situaciones de contrariedad*: la eficacia del estándar de prueba puede reducirse a la aplicación de una medida cautelar más gravosa cuando se trata de garantizar la comparecencia del procesado a las distintas etapas del proceso, entrando en juego el material probatorio para justificar una u otra medida restrictiva o no de libertad en contrapartida a la correspondencia con el reproche social, en cuyo caso corresponde al magistrado decidir objetivamente o según la intención política del creador de la norma, a sabiendas de los resultados nefastos de una decisión errónea.¹⁶⁰

Durante la evolución del derecho procesal penal, el principal obstáculo del estándar de prueba, a más de su abstracción e indeterminación, se traduce en la imposibilidad de lograr una fórmula objetiva de éste, tan necesaria para alcanzar los fines de la justicia en un entorno jurídico-procesal donde la vaguedad e imprecisión de los modelos adaptados a cada legislación sucumben ante el dominio riesgoso del implacable subjetivismo del decisor.¹⁶¹

A tal efecto, en materia procedimental se identifican los modelos tasado y no tasado de valuación probatoria; al primero -tasado- se circunscribe el sistema matemático de la prueba legal y, en el segundo -no tasado o convictivo- se incluyen los estándares de la libre o íntima convicción y la sana crítica; cada sistema contiene especificaciones propias derivadas de la ley o del entendimiento humano jurídicamente regulados.¹⁶²

Los estándares de prueba han sido objeto de estudio y confrontación desde el siglo XVIII, de ahí la teoría de las pruebas formales sucumbió a raíz de la Revolución Francesa dando lugar a la teoría de la libre conciencia de los jueces o de la libre convicción íntima marcando un cambio importante en el derecho procesal de la época sustentado en las relaciones político-sociales de los países capitalistas.¹⁶³

Más tarde, la libre conciencia judicial dio lugar a una doble clasificación de los sistemas de valoración probatoria, si bien el dominio de la prueba legal perdió fuerza, la

¹⁵⁹ *Ibíd.*, 169.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, 170.

¹⁶¹ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 424-5.

¹⁶² Parma, *Valoración de la prueba en los delitos sexuales*, 53-7.

¹⁶³ Andrei Vishinski, “Libre calificación de la prueba”, en *Valoración Judicial de las Pruebas*, comp. Fernando Quiceno Álvarez, (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2000), 190-1.

libre apreciación se abordó desde dos aristas: la libre convicción y la sana crítica, la primera constituye un modo de razonar sin limitaciones de orden legal y la segunda el método más eficaz que combina la lógica y la experiencia,¹⁶⁴ más tarde ésta sería vinculada con la ciencia, la necesidad de motivación y la equidad.¹⁶⁵

Esta libertad en la estimación de la prueba fue objeto de controversia cuando se discutió sobre sus efectos en el derecho procesal penal y ante la dificultad de que el juzgador se despojara de su posición personal para decidir, lo cual derivó en la protección del procesado frente al arbitrio judicial durante la formación de la convicción acerca de la autoría de un hecho,¹⁶⁶ así como en la exigencia de certeza no solo de derecho sino de hecho para la configuración del delito y su consiguiente punibilidad;¹⁶⁷ por tanto, de existir duda en los componentes objetivo y subjetivo de la apreciación, corresponde la absolución del acusado.¹⁶⁸

Respecto a la libre convicción, desde la perspectiva racional, actualmente se han establecido criterios para la valoración de la prueba, tales como el de probabilidad prevalente en el proceso civil y el de la prueba más allá de toda duda razonable en el proceso penal, la cual descansa sobre el principio de presunción de inocencia e implica la necesidad de certeza en el criterio del decisor para declarar la culpabilidad.¹⁶⁹

Sin embargo, dichas posturas son bastante cuestionadas por cuanto el subterfugio no radica en la facultad decisional según el libre albedrío, pues, las deficiencias en la motivación de las sentencias denotan imperfecciones y decisiones basadas en intuiciones y experiencias no bien aprehendidas; por tal razón, como solución para una adecuada evaluación probatoria se plantean diferentes enfoques basados en el indefectible nexo interdisciplinario entre Derecho, Filosofía, Psicología, Sociología e incluso la Matemática.¹⁷⁰

Según la doctrina dominante y los diversos estudios teórico-procesales sobre estas formulaciones, los estándares de estimación de la prueba más relevantes en el transcurso

¹⁶⁴ Eduardo Couture, “Pruebas y su valoración”, en *Valoración Judicial de las Pruebas*, comp. Fernando Quiceno Álvarez, (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2000), 20-1.

¹⁶⁵ Gustavo Humberto Rodríguez, “La calificación de la prueba”, en *Valoración Judicial de las Pruebas*, comp. Fernando Quiceno Álvarez, (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2000), 149-51.

¹⁶⁶ Gerhard Walter, “La libre convicción en la doctrina”, en *Valoración Judicial de las Pruebas*, comp. Fernando Quiceno Álvarez, (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2000), 538-9.

¹⁶⁷ Pedro Osman Maldonado, “Sistema del libre convencimiento del juez”, en *Valoración Judicial de las Pruebas*, comp. Fernando Quiceno Álvarez, (Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2000), 581-2.

¹⁶⁸ Jurgen Baumann, *Derecho Procesal Penal*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986), 121.

¹⁶⁹ Michele Taruffo, *La Prueba, Artículos y Conferencias*, (Santiago: Editorial Metropolitana, 2008), 100-17.

¹⁷⁰ Jordi Nieva Fenoll, *La valoración de la prueba*, (Madrid: Marcial Pons, 2010), 195.

de la historia constituyen la prueba legal o tasada, la libre convicción, la sana crítica y el convencimiento más allá de toda duda razonable, sin desmerecer el aporte de los sistemas mixto y del criterio de conciencia.

2.1 Sistema de la prueba legal o tasada

El sistema de tarifa legal regía desde la aparición del Derecho y era característico del sistema inquisitorio, se expresaba mediante reglas jurídicas -en ocasiones denominadas prueba plena o prueba semiplena- cuidadosamente elaboradas, cuya aplicación era obligatoria para el juzgador, según las circunstancias del hecho punible y a partir de las condiciones impuestas por la ley para cada tipo de prueba (testimonial o documental).¹⁷¹

El estándar de prueba tasada era propio del sistema europeo, respondía al contenido cultural de la norma, constituía el parámetro de racionalidad y el límite de la discrecionalidad frente a las precedentes formas históricas de justicia (ordalías y el juicio de Dios) a la falta de condiciones cognitivas de los jueces y a sus prácticas corruptas; pese a ello sucumbió ante las nuevas ideas sobre el razonamiento impulsadas por el movimiento filosófico de la Ilustración y en virtud de las transformaciones del sistema judicial.¹⁷²

La prueba legal o tasada se caracterizaba por la ausencia de una valoración crítica de la prueba para la solución del caso concreto, debido al excesivo formalismo jurídico en la tasación de los requisitos o condiciones de cada medio de prueba autorizado; por la eventual concurrencia de prohibiciones constitucionales para la producción probatoria; por la dificultad para declarar como cierto o probable un hecho debido a la severidad de las precisiones generales y abstractas del sistema; y, por la determinación de la verdad mediante una estricta operación matemático-jurídica estandarizada;¹⁷³ básicamente regresiva e injusta.

En este sistema la carga de la prueba era rígida, la obtención de la verdad se sometía al peso de ésta, se identificaba lo que correspondía probar a cada parte y la precisión de los medios probatorios abreviaba la resolución de los trámites, sea por el

¹⁷¹ Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal: fundamentos, Tomo I*, 2.^a ed., (Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2004), 497-8, 870.

¹⁷² Taruffo, *La prueba*, 133-4.

¹⁷³ Maier, *Derecho procesal penal*, 872-3.

preestablecimiento de un valor para cada prueba documental o por el número estricto de testigos hábiles para alcanzar la prueba plena; entonces la ausencia numérica testifical restaba sentido al proceso y la decisión judicial era producto de la carga de la prueba.¹⁷⁴

2.2 Sistema de la libre convicción

El desplazamiento del estándar de prueba legal o tasada obedeció a la necesidad del cambio de enfoque para la apreciación de la prueba penal, pues la búsqueda de la verdad requería un sistema flexible para el magistrado donde el criterio valorativo de los elementos fácticos y jurídicos del caso concreto pueda atenerse a los postulados constitucionales sin imposiciones de ninguna naturaleza;¹⁷⁵ dando lugar al *principio de la libre valoración*¹⁷⁶ destinado a la búsqueda de la verdad en función del grado cognoscitivo y racionalidad deducidos de los medios probatorios, desde su doble significación: negativa en cuanto excluye las reglas de prueba tasada coadyuvando a la libertad judicial para la estimación probatoria; e, incierta positiva por la indeterminación del modo en que el decisor efectuará su discreta justipreciación.¹⁷⁷

La libre convicción en la valoración probatoria excluye la tasación legal y la íntima convicción del juzgador;¹⁷⁸ como sistema condiciona su eficacia en la decisión judicial por la concurrencia de la motivación, racionalidad, completitud y aplicación de la sana crítica o crítica racional durante la evaluación analítica de los elementos probatorios, efectuada por el juez sustanciador en cumplimiento de los principios formales del proceso penal y bajo el enfoque de verificación de la verdad.¹⁷⁹

En el proceso penal la libre convicción, con el designio de protección y garantía de los derechos de los sujetos procesales, encuentra su límite en las restricciones a la producción y valuación de la prueba, vinculadas a los requisitos de legitimidad, admisibilidad, formalidad y eficacia; doctrinariamente discutidos bajo la teoría de los frutos del árbol envenenado en cuanto se refiere a la forma de fabricar los medios probatorios, y pragmáticamente reducidos a la idealización de la verdad material.¹⁸⁰

¹⁷⁴ Nieva, “La carga de la prueba”, 30-2, 38.

¹⁷⁵ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 870.

¹⁷⁶ Taruffo, *La prueba*, 135.

¹⁷⁷ *Ibíd.*, 135-7.

¹⁷⁸ Arocena, *¿De Verdad?*, 105.

¹⁷⁹ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 871-2.

¹⁸⁰ *Ibíd.*, 874-5.

En este sistema el carácter útil de la carga de la prueba se debilita, desaparece el requisito numérico testimonial para la probanza de un hecho así como el valor predeterminado de otros medios de prueba no testificales, se flexibiliza la posibilidad probatoria de cada sujeto procesal, y se prioriza la indagación de los hechos mediante una carga objetivada de la prueba; por tal razón, la apreciación judicial se realizaba sin importar el quantum probatorio sino midiendo la eficacia de sus medios, pues la escasez probatoria evidenciaba el fracaso de la carga de la prueba e incidía en la decisión del magistrado.¹⁸¹

Mas la libertad de este sistema se ve limitada por la naturaleza del medio probatorio, tal es el caso de la prueba científica cuyas conclusiones, si bien legalmente no son de obligatorio seguimiento para el decisor, el apartamiento infundado de aquellas deriva en fallos ilegales y arbitrarios.¹⁸²

2.3 Sistema de la sana crítica racional

La sana crítica racional consiste en la libertad jurisdiccional respecto a las disposiciones legales rígidas atinentes a la valoración de la prueba, y en la estricta obediencia a las variables dogmáticas sustentadoras de una decisión judicial, considerados desde el ámbito espacio-temporal de la experiencia y en función de los principios ineludibles de tercero excluido, no contradicción, identidad y razón suficiente.¹⁸³

Este sistema apareció en el Consejo Real de España a principios del siglo XIX bajo la popular denominación de sana crítica y fue positivizado, por primera vez, en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 para la estimación de la prueba testimonial; sin embargo, su aceptación se ha extendido a este milenio e incluso el Sistema Interamericano de Derechos Humanos lo aplica en sus sentencias.¹⁸⁴

En materia penal, el estándar de la sana crítica racional supone dos momentos: el descriptivo de las pruebas donde encuentra el juez su convicción; y, el valorativo de los medios de prueba idóneos;¹⁸⁵ estas actividades intelectivas se materializan en la valuación libre, prudente, crítica y razonada del acervo probatorio atinente a un suceso natural

¹⁸¹ Nieva, "La carga de la prueba", 35-9.

¹⁸² Parma, *Valoración de la prueba en los delitos sexuales*, 35.

¹⁸³ Arocena, *¿De Verdad?*, 106.

¹⁸⁴ Parma, *Valoración de la prueba en los delitos sexuales*, 46-7.

¹⁸⁵ Arocena, *¿De Verdad?*, 106-7.

histórico; y, se expresan en la motivación legal razonable (permisiones y prohibiciones) sobre la eficacia de cada elemento de prueba, con el aporte de la lógica, la ciencia (Psicología), la experiencia común y el respeto al sistema jurídico vigente.¹⁸⁶ En este sentido, el estándar de la sana crítica comprendido desde el aspecto motivacional descansa sobre tres principios fundamentales:

- a) *Lógica formal*: Encarna los principios de identidad (los conceptos sujeto-predicado son similares de forma total o parcial tornando en verdadero a un juicio); contradicción (cuando existen dos juicios contrapuestos los dos no pueden considerarse verdaderos); tercero excluido (si concurren dos juicios incompatibles ambos no pueden ser falsos); y, razón suficiente (se requiere de un motivo apto e idóneo para sustentar como verdadero lo afirmado o negado como verdad en un juicio); así como dos leyes coherentes del pensamiento a saber: la correspondencia entre sus componentes y la concatenación de un pensamiento con otro vinculado a éste;¹⁸⁷
- b) *Psicología*: Comporta el lado intrínseco del intérprete -juez- manifestado en aspectos subjetivos como la voluntad, emotividad, afectividad, cognición y sus derivados.¹⁸⁸
- c) *Reglas de la experiencia*: Son un conjunto de conocimientos empíricos obtenidos de la observación, la percepción y la cotidianidad; conjugados con el sentido común y puestos en práctica para resolver problemas.¹⁸⁹ Si bien estos axiomas no pueden excluirse del pensamiento del juzgador, su aplicación debe ser reflexiva y afianzada por el grado científico de los medios de prueba.¹⁹⁰

Al mismo tiempo, este sistema representa una actividad intelectual extendida al conocimiento del contexto socio-político, socio-moral y socio-cultural de una colectividad; manifestándose como una visión de reproche de los hechos delictivos de acuerdo al grado de lesión a los bienes jurídicos protegidos y sin desconocer el impacto de la ciencia (Psicología y Neurociencia), Filosofía, tecnología, doctrina y jurisprudencia.¹⁹¹

¹⁸⁶ Parma, *Valoración de la prueba en los delitos sexuales*, 45-9. 50.

¹⁸⁷ Ricardo de la Pava Marulanda y Nancy Estela de la Pava Betancourt, *Credibilidad del testimonio del menor abusado sexualmente* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2022), 152.

¹⁸⁸ *Ibíd.*, 152.

¹⁸⁹ *Ibíd.*, 152.

¹⁹⁰ Taruffo, *La prueba*, 270.

¹⁹¹ Parma, *Valoración de la prueba en los delitos sexuales*, 48-52.

En el estándar de la sana crítica es inexorable alcanzar la verdad mediante un estado subjetivo de certeza coherente con el aspecto objetivo de la causa, el cual supone el análisis y valoración de los medios probatorios legalmente obtenidos e incorporados al proceso penal, cristalizados en un fallo motivado;¹⁹² siendo inadmisibles la preferencia por un medio de prueba determinado sin la debida comparación con otras pruebas practicadas en el juicio, cuya valoración se sujeta a los criterios de lógica, ciencia y experiencia del decisor.¹⁹³

2.4 Sistema mixto

La discusión sobre los estándares de estimación de la prueba es una cuestión inacabada. La intervención judicial en casos mediáticos con relevancia político-social (escándalos de corrupción, terrorismo, trata y explotación de personas con diversos fines, narcotráfico y delincuencia organizada transnacional) viene generando nuevas controversias sobre el impacto real de los sistemas valorativos en el proceso penal y la necesidad de objetivación de la justicia.

Desde una perspectiva positiva, la duda razonable se convierte en el eslabón del principio in dubio pro reo; empero, las opiniones contrarias se inclinan por la sobreexigencia en la motivación de las decisiones judiciales donde se explicita la valoración objetiva -positiva o negativa- de cada una de las pruebas aportadas al proceso penal, a fin de evitar un panorama deformado, fraccionado o incompleto de la realidad procesal y de las consecuencias de una relación jurídico-procesal.¹⁹⁴

Así surge el sistema mixto como un método amplio de apreciación probatoria, basado en la unificación de los medios de prueba a través de la fusión del sistema de la prueba legal o tasada con el de libre convicción, en función de los principios de contradicción, utilidad, pertinencia y conducencia cuya aplicación es de competencia exclusiva del magistrado con miras a la verificación objetiva de los elementos de las teorías de imputación y de defensa.¹⁹⁵

¹⁹² Eduardo Jauchen, *Derechos del Imputado*, (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2013), 109.

¹⁹³ De la Pava, *Credibilidad del testimonio del menor*, 163.

¹⁹⁴ Peña, *Los Delitos Sexuales y el Acoso Sexual*, 235, 238.

¹⁹⁵ *Ibíd.*, 241-2.

2.5 Sistema del criterio de conciencia

El estándar de criterio de conciencia surge por la necesidad de limitar los excesivos subjetivismos de los otros sistemas de justipreciación de la prueba penal.

Su finalidad consiste en la apreciación probatoria integral conforme a las circunstancias reales del suceso investigado y a los medios de prueba concernientes a todos los elementos de la acusación en términos positivo-negativos, con un criterio de racionalidad plasmado en una decisión judicial suficientemente motivada desde la dimensión fáctica, jurídico-penal y dogmática.¹⁹⁶

Esta visión centra su argumento en tres condiciones inapelables atinentes a la figura del decisor:

- a) Aceptación de la certeza deducida de los medios de prueba, por encima de su criterio subjetivo;¹⁹⁷
- b) Primacía del razonamiento objetivo en el análisis individualizado de cada prueba, ante la posibilidad de prejuicios infundados previos a la investigación de un hecho presuntamente punible, y en el empleo de la psicología del juez al momento de valorar la prueba testimonial;¹⁹⁸y,
- c) Obligación de recopilar todos los medios probatorios para su futura evaluación objetiva y mesurada.¹⁹⁹

Este sistema constituye un mecanismo rígido de control de objetividad de las decisiones judiciales en el ámbito penal; está orientado a la identificación de la perspectiva lógico-racional y razonable aplicada por el juzgador en un caso concreto y a la evitación de su criterio subjetivo traducido en prejuicios, ambiciones personales, fraudes o conductas configurativas de prevaricato que afectan al principio de imparcialidad.²⁰⁰

La funcionalidad del criterio de conciencia depende tanto del aspecto lícito, cualitativo y cuantitativo del acervo probatorio, como del profesionalismo, preparación jurídico-intelectual e instrucción deóntica del magistrado; pues el estándar en análisis propende a la garantía de objetividad, racionalidad e imparcialidad de la actividad valorativa en el marco del debido proceso, donde está vedado el uso protervo, arbitrario

¹⁹⁶ *Ibíd.*, 235, 242.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, 235, 242.

¹⁹⁸ *Ibíd.*, 235, 242.

¹⁹⁹ *Ibíd.*, 235, 243.

²⁰⁰ *Ibíd.*, 244.

y excesivo de la potestad discrecional del decisor,²⁰¹ cuya legitimidad estribará en el criterio objetivo de conciencia materializado en el fallo de absolución o condena.

2.6 Sistema de convencimiento previsto en el Código Orgánico Integral Penal

El sistema de convencimiento yace en el estándar más allá de toda duda razonable, cuyo cimiento es el principio de incertidumbre en cuanto el proceso penal inicia con una posición neutral del tribunal juzgador, donde las tesis de acusación y defensa no pueden ser sostenidas como ciertas o creíbles mientras no se acrediten legal y válidamente con las pruebas de cargo y de descargo practicadas en audiencia de juicio.²⁰²

Todo proceso penal reviste el principio de inocencia en función de la duda fundante del procedimiento a ser ratificada o desvirtuada con el material probatorio idóneo; desde este panorama, el estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable es una fórmula procesal altamente subjetiva nacida del *common law* de los Estados Unidos de Norteamérica, cuya finalidad *prima facie* es generar un nivel convictivo en el jurado decisor, en función de las evidencias presentadas en juicio para la condena o absolución del acusado.²⁰³

La duda en sentido amplio, entendida como una indeterminación (con carácter intuitivo) de juicio entre varias tesis,²⁰⁴ es inherente a la persona humana y está presente en todo el sistema procesal; comprende la ineludible relación fáctico-jurídica de la realidad, el componente social de la justicia como valor y los elementos constitutivos del *dubium*, para su inferencia en el fallo.²⁰⁵

En cuanto a la duda en su dimensión de racionalidad, hasta el momento no existe un criterio unificado para delimitar el concepto de lo razonable pese a los intentos de la doctrina y la jurisprudencia para exterminar la arbitrariedad; pues su indeterminación es connatural a cada individuo y, en el campo procesal penal deriva de la apreciación subjetiva individual del magistrado, cuya convicción no siempre se halla objetivamente motivada, como se exige en los casos de certeza, sino más bien está fundada en

²⁰¹ *Ibíd.*, 244-5.

²⁰² Eduardo M. Jauchen, *Estrategias para la defensa en juicio oral*, (Santa Fe: Rubinzal -Culzoni Editores, 2015), 33-5.

²⁰³ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 448.

²⁰⁴ Jordi Nieva Fenoll, *La duda en el proceso penal*, (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013), 19.

²⁰⁵ Nieva, *La duda en el proceso penal*, 62.

situaciones hipotéticas ante la ausencia de un *quantum* de la duda determinado en la norma para quebrantar o no el estado de inocencia.²⁰⁶

Desde la dimensión de subjetividad, la duda razonable tiene un origen moral y se presenta como una alternativa ética para evitar condenas falsas, generando como consecuencia la necesidad de un alto grado de corroboración probatoria para efectos de la declaratoria de culpabilidad del acusado.²⁰⁷

La solución de la duda en el proceso penal no solo depende de la percepción objetiva o subjetiva de la verdad, sino también de sus intrínsecos e interrelacionados elementos probatorios (medios lícitos de prueba para la demostración de la verdad), económicos (componente pecuniario del daño y la reparación), ideológicos (correspondencia con el origen socio-axiológico de la voluntad legislativa), psicológicos (heurística, sesgos del pensamiento y emotividad) y jurídicos (ejercicio argumentativo de la interpretación de las normas); los cuales son necesarios para la inferencia del *dubium* en la solución de un caso concreto e incluso para la reflexión cotidiana acerca de la justicia.²⁰⁸

El grado de confirmación de la verdad a través de este sistema es más exigente, aunque su carácter de subjetividad refleja, en apariencia, un amplio margen de discreción del juez, objetivamente requiere de prueba lícita suficiente para justificar la duda en los fallos de absolución, del mismo modo que la hipótesis de certeza en las decisiones de condena.²⁰⁹

De este modo, el grado de verificación de la verdad en materia penal relaciona los conceptos de certeza, duda y probabilidad en el escenario de la libre valuación probatoria.

- i) *Certeza*: constituye el grado de convencimiento más fidedigno e incuestionable, implica la reedificación de un elemento fáctico y alude a un conocimiento correcto y completo de la verdad sin dejar lugar a dudas, según esta categoría la verdad existe o no.²¹⁰

No obstante, el grado de certeza puede ser relativo debido a los efectos del recurso de revisión, por cuanto éste pone en tela de duda la calidad de cosa juzgada material de la sentencia de instancia causando una degradación de aquella al punto de considerarla como una presunción rebatible; alterando el grado de convencimiento alcanzado en el

²⁰⁶ *Ibíd.*, 78-83.

²⁰⁷ Taruffo, *La prueba*, 273.

²⁰⁸ Nieva, *La duda en el proceso penal*, 30-4.

²⁰⁹ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 448-450.

²¹⁰ Arocena, *¿De Verdad?*, 64-7.

tribunal de juicio donde la certeza se transforma en una probabilidad positiva; modificando la situación jurídica del recurrente; y, restando credibilidad material a las decisiones judiciales frente a las expectativas sociales, procesales²¹¹ y estatales.

- ii) *Duda en sentido estricto*: se produce por la confluencia equiparable de argumentos positivos y negativos sobre la existencia de un hecho u objeto, fluctuantes con igual fuerza de prueba; ha sido considerada como un conocimiento disyuntivo de la verdad donde el juzgador en una posición neutral no puede inclinarse por el extremo positivo o negativo;²¹² es una suerte de incertidumbre pendular donde sus extremos impiden el desvanecimiento del estatus jurídico de inocencia y conducen indefectiblemente a un fallo de absolución.²¹³
- iii) *Probabilidad*: se constata cuando al mismo tiempo concurren medios probatorios positivos y negativos prevaleciendo los primeros por su idoneidad para el conocimiento de la verdad, de ahí surge su doble estado según la determinación de la existencia (probabilidad positiva) o inexistencia (probabilidad negativa) de un hecho u objeto concreto;²¹⁴ por tal circunstancia, para emitir una sentencia de condena o absolución debe concurrir el estado de certeza eliminando la duda o sospecha y la probabilidad a través de medios probatorios idóneos conducentes a justificar la verdad de los hechos.²¹⁵

En fin, la solución al caso concreto se verifica en la sentencia de condena o de absolución, independientemente del conocimiento o no de la verdad; en el primer caso -decisión condenatoria-, las categorías de certeza y probabilidad positivas son ineludibles para determinar la responsabilidad de la persona procesada y justificar la aplicación de una pena; y, en el segundo caso -decisión absolutoria-, las categorías de duda y probabilidad negativa son suficientes para invocar el principio *in dubio pro reo* como último criterio y materializar el estatus de inocencia como respuesta a la persecución penal y a la matriz política del sistema acusatorio.²¹⁶

En el ámbito procesal penal, estas tres categorías (certeza, duda y probabilidad) pueden aplicarse durante la imposición de medidas cautelares o en la decisión final, donde

²¹¹ *Ibíd.*, 67, 74, 76.

²¹² *Ibíd.*, 67-8.

²¹³ Jauchen, *Derechos del Imputado*, 110.

²¹⁴ Arocena, *¿De Verdad?*, 68.

²¹⁵ Jauchen, *Derechos del Imputado*, 108.

²¹⁶ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 879-81.

la certeza y la probabilidad pueden ser positivas o negativas según ratifiquen o rechacen la existencia del suceso punible.²¹⁷

De acuerdo a estos modos de convencimiento del decisor durante la justipreciación de la prueba penal, de la categoría de duda emerge el sistema del convencimiento más allá de toda duda razonable.

A partir del siglo XIX el sistema judicial norteamericano venía discutiendo sobre el criterio de razonabilidad en la estimación probatoria, si bien consideraban a la duda como un concepto vago e impreciso,²¹⁸ cimentados en el concepto de duda razonable originado en el sistema inglés²¹⁹ culminaron atribuyendo el título *beyond any reasonable doubt*,²²⁰ esto es, más allá de toda duda razonable, a la certeza moral de una prueba; sin embargo, la esencia de aquella noción fue desnaturalizada por la jurisprudencia anglosajona del siglo XX y transmutada en un simple argumento subjetivo de duda para absolución.²²¹

A este indicador probatorio -más allá de toda duda razonable- también se lo considera como una fórmula ambivalente durante la demostración de un hecho punible, por una parte, muestra un nivel superior o máximo cuando el valor intrínseco de un medio de prueba no supera el límite cuantitativo para vencer la duda; y, por otro lado, expresa un nivel inferior o mínimo cuando las hipótesis carecen de pruebas y se sustentan en meros indicios o creencias; sin embargo, la característica progresiva de esta regla ha extendido su aplicación a las decisiones intermedias sobre medidas cautelares así como a los fallos de fondo en materia penal.²²²

Bajo estas circunstancias, el estándar de convencimiento fue positivizado en el ordenamiento jurídico en virtud de la necesidad de convencimiento para la imputación de un delito, si bien su formulación -más allá de toda duda razonable- resulta imprecisa a la luz de la ley, en el ámbito procesal punitivo condensa los estados de certeza y probabilidad en su dimensión positiva para ratificar con alto grado de confirmación probatoria la culpabilidad de la persona procesada; o se extiende a las categorías de duda, probabilidad negativa e improbabilidad para confirmar con prueba idónea suficiente el estatus jurídico de inocencia mediante la aplicación del principio *in dubio pro reo*.²²³

²¹⁷ *Ibíd.*, 496-7.

²¹⁸ Arocena, *¿De Verdad?*, 74.

²¹⁹ Nieva, *La duda en el proceso penal*, 67.

²²⁰ *Ibíd.*, 66.

²²¹ Arocena, *¿De Verdad?*, 74-5.

²²² Ferrer, *Prueba Sin Convicción*, 100-4.

²²³ Arocena, *¿De Verdad?*, 140-8.

En la actualidad, independientemente de la concurrencia de los tres estados subjetivos o espirituales y sus variantes –probabilidad negativa, certeza negativa o improbabilidad y duda en sentido estricto-, el sistema de convencimiento constriñe al decisor a emitir sentencia absolutoria en función del principio *in dubio pro reo*, por cuanto la duda reconocida en el sistema jurídico vigente constituye duda en sentido amplio, la cual lleva implícitas las categorías de probabilidad y duda en sentido estricto.²²⁴

En este marco, el estándar de convencimiento más allá de toda duda razonable encuentra asidero jurídico en el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal en cuanto determina: “La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada”²²⁵; y se afianza en el principio procesal *in dubio pro reo* previsto en el numeral 3 del artículo 5 *ibídem*, el cual expresa: “Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable.”²²⁶ De esta forma, la norma procesal penal exige un alto criterio de suficiencia probatoria para enervar la presunción de inocencia, declarar la culpabilidad y sustentar el fallo de condena; y, del mismo modo requiere de un criterio fundamentado para emitir una sentencia de absolución, en ambos casos la motivación de la sentencia será decisiva para determinar la situación jurídica de la persona procesada.

Al respecto, los criterios de la Corte Constitucional del Ecuador constituyen el punto de partida en la administración de justicia penal en cuanto dotan de contenido a los principios e instituciones procesales contemplados en el Código de la materia.

En principio, este órgano supremo constitucional en la Sentencia No. 794-15-EP/20 de 5 de agosto de 2020, genera como primer parámetro la necesidad de la motivación de los fallos, al expresar lo siguiente:

“19. La motivación corresponde entonces a la obligación de las autoridades de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, en el entendido que precisamente en la justificación de sus resoluciones reposa la legitimidad de su autoridad. Con mayor razón, deben motivar sus decisiones las autoridades jurisdiccionales, que, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, modifican situaciones jurídicas, enunciando en la resolución las normas o principios jurídicos en que se fundamentaron y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.”²²⁷

²²⁴ *Ibíd.*, 91.

²²⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 453.

²²⁶ *Ibíd.*, art. 5 num. 3.

²²⁷ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 794-15-EP/20”, en *Caso No. 794-15-EP*, 5 de agosto de 2020, párr. 19, <http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/>

Al respecto, es necesario considerar que “la motivación postula necesariamente en el razonamiento judicial un carácter de objetividad, cuya presencia está condicionada al uso por parte del juez de criterios objetivos de juicio, que da un contenido a la garantía representada por la motivación.”²²⁸

Debido a la indeterminación legal de la duda y siguiendo una trayectoria secuencial en materia punitiva, la Corte Constitucional circunscribe las bases del umbral probatorio en la Sentencia No. 363-15-EP/21 de 2 de junio de 2021 en los siguientes términos:

“vi. En las sentencias penales condenatorias, las autoridades judiciales deben seguir un curso motivacional que refleje de manera expresa y clara, la forma con la cual ha sido superada la duda razonable dentro de dicho caso y se ha vencido la presunción de inocencia; de tal manera, que los jueces además de enunciar las normas y los hechos, y explicar la pertinencia de su aplicación en el caso específico, en consideración de la gravedad de los derechos que se ponen en juego, deberán exponer la forma en la cual ha sido superado el umbral probatorio de la duda razonable para calificar un hecho como delictivo y al procesado como su responsable.”²²⁹

Finalmente, en relación al sistema de convencimiento y para efectos de una sentencia de condena, este organismo delimita dicho estándar en la Sentencia No. 2706-16-EP/21 de 29 de septiembre de 2021 bajo los siguientes lineamientos:

“31. ...en ciertos contextos la Corte Constitucional ha reforzado este estándar de suficiencia, exigiendo la constatación de elementos adicionales; en tal sentido, este Organismo en consideración de la gravedad de la restricción de los derechos que se pone en juego con una sentencia condenatoria (privación de libertad, suspensión de derechos políticos, etc.), recuerda que la garantía de motivación en los procesos penales exige, dentro de los criterios de suficiencia desarrollados por esta Corte, que se exponga la forma mediante la cual se ha superado el umbral de la duda razonable y se han desvirtuado los argumentos de defensa del procesado; en consideración de la interdependencia que existe entre la garantía de motivación y el principio de inocencia.

32. Asimismo, este Organismo considera apropiado resaltar que, en los procesos y sentencias penales, el elemento de la explicación de la pertinencia de la aplicación de las normas a los antecedentes, debe incluir un examen de adecuación a través del cual el operador judicial ofrezca una **(a)** explicación de cómo los elementos probatorios aportados y practicados, le permitieron llegar a la convicción de que la conducta reproducida por el presunto infractor se ajusta a todos los elementos configurativos del tipo penal. Asimismo, respecto a este criterio, los operadores de justicia deberán exponer las razones por las cuales: **(b)** la acción u omisión del presunto infractor debe calificarse como antijurídica, **(c)** y los motivos por los cuales debe considerarse que el presunto infractor es culpable y que aquel actuó con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta....

10_DWL_FL/e2NhcNBldGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidjYzk2OTFjNy03MWNmLTQ0ZjUtYjgyZC03MGExZDZhMTdkN2EucGRmJ30=

²²⁸ Michele Taruffo, *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*, (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2023), 138.

²²⁹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 363-15-EP/21”, en *Caso No. 363-15-EP*, 2 de junio de 2021, párr. 93, <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/sentencia%20363-15-EP.pdf>

42. En este contexto, la Corte reitera que el análisis aquí expuesto no traduce la exigencia de algún criterio de corrección para la examinación del derecho al debido proceso en la garantía de la motivación, sino que exige como un elemento para medir la suficiencia de la motivación en decisiones penales condenatorias, el que haya existido un pronunciamiento por parte de las autoridades de justicia sobre la forma en que ha sido superada la duda razonable y desvirtuada la defensa del acusado o procesado (congruencia); así como, la explicación de la forma en la que la conducta del presunto infractor se ajusta a todos los elementos del tipo penal, con la explicación de los motivos por los cuales dicha conducta debe ser calificada como antijurídica y al presunto infractor como responsable.”²³⁰

En conclusión, los criterios jurídicos de orden constitucional transcritos nutren la práctica judicial penal y exigen los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la motivación de los fallos condenatorios, de tal forma, que la destrucción de la presunción de inocencia se halle justificada con suficientes elementos de prueba lícitamente aportados y sustentados ante el tribunal a-quo, sin dejar margen a la duda y bajo los supuestos constitucionales de tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica.

En este orden de ideas, una vez examinados los estándares de prueba más representativos en la historia del derecho procesal penal, cabe una disquisición de la práctica judicial nacional donde rige el siguiente régimen tripartito, pese a la estipulación normativa:

- a) El sistema de convencimiento, aplicado en decisiones de absolución para ratificar el estado de inocencia por derivarse del principio de duda a favor del reo;
- b) El estándar de prueba tasada o tarifa legal, imperante en los casos vinculados a delitos sexuales, entre ellos el tipo penal de abuso sexual cuando el testimonio de la víctima (generalmente anticipado, de carácter subjetivo y sin contradicción efectiva) tiene un valor de prueba plena preestablecido y apoyado por el criterio vertido en las sentencias indicativas de la Corte Nacional de Justicia, constituyendo ineludiblemente el sustento de la sentencia de condena, existan o no otras pruebas coherentes y congruentes de ratificación; y,
- c) El sistema de la sana crítica, a aplicarse por imposición de la Corte Constitucional debido a la interpretación conforme del artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal efectuada en la Sentencia No. 12-19-CN/19 de 12 de noviembre de 2019,

²³⁰ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 2706-16-EP/21”, en *Caso No. 2706-16-EP*, 29 de septiembre de 2021, párr. 31, 32, 42. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOic5ZTNiY2Y5My0wZDIyLT_Q3NTItODNkNS05OTRiZTVjN2IzZDcucGRmJ30=

cuando el decisor deba resolver sobre los derechos del sujeto pasivo adolescente dentro del procedimiento conciliatorio en las acciones privadas sustanciadas por el delito sexual de estupro.²³¹

El sistema de la sana crítica es de larga data, estuvo contemplado en el artículo 64 del Código de Procedimiento Penal de 1983, fue ratificado en el artículo 86 del Código de Procedimiento Penal del 2000 y tenía una peculiaridad, pues, imponía el criterio de certeza (previsto en el artículo 324 del Código de Procedimiento Penal de 1983 y posteriormente en el artículo 304-A del Código Procesal Penal de 2000) para los fallos condenatorios cuya emisión requería de la ineludible comprobación tanto de la existencia de la infracción como de la responsabilidad del procesado; la falta de prueba acerca de estos presupuestos, la duda o la demostración de la inocencia del imputado daba lugar a una sentencia de absolución.²³²

Entonces si la sana crítica comportaba en esa norma un sentido objetivo de estimación probatoria, su materialización se acercaba al sistema del criterio de conciencia cuyos parámetros de objetividad, racionalidad, imparcialidad y deontológicos limitan el campo subjetivo del juzgador garantizando en mayor medida los derechos constitucionales de los sujetos procesales y la efectiva protección de sus bienes jurídicos.

Sin embargo, dicho estándar de control objetivo de la sentencia, el más cercano al ideal de justicia, no está exento de un margen subjetivo, pues su pauta deontológica deja el campo abierto para determinar ‘lo bueno o lo malo’ de un proceso desde la cosmovisión individual del juez, donde se relacionan la experticia profesional fuera del sistema operativo (libre ejercicio de la abogacía o ejercicio en otras ramas del Estado), su grado de experiencia en la carrera judicial, la vocación de servicio, sus diversas perspectivas del sistema (utilitaristas o no) y su sentido propio de justicia si su interés es coherente con las finalidades de derecho penal; circunstancias que incidirán en la decisión judicial sea cual fuere el estándar vigente y los medios utilizados para justificarla, bajo argumentos aparentemente identificados con las expectativas intra y extra procesales.

Desde este panorama y en estricta relación a los cambios normativos procesales de los últimos años se puede advertir que en Ecuador la derogación del Código de

²³¹ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 12-19-CN/19”, en *Caso No. 12-19-CN*, 12 de noviembre de 2019, 1.1.b), [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fab1c90f-d6bf-494d-addc-b8599e797220/12-19-cn-19_\(0012-19-cn\).pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fab1c90f-d6bf-494d-addc-b8599e797220/12-19-cn-19_(0012-19-cn).pdf?guest=true)

²³² Ecuador, *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial 360, Suplemento, 13 de enero de 2000, art. 304-A.

Procedimiento Penal del 2000 y el advenimiento del Código Orgánico Integral Penal trajo consigo un cambio de estándar de prueba, el sistema de la sana crítica fue sustituido por el estándar de convencimiento suscitando cambios sustanciales en el proceso de estimación probatoria así como en la interpretación y aplicación de la norma penal.

La diferencia entre el estándar de prueba de la sana crítica (certeza) antes positivizado en el artículo 86 del extinto Código de Procedimiento Penal y el sistema de convencimiento (duda) previsto en el artículo 453 del Código Orgánico Integral Penal se explica con meridiana claridad en dos representaciones teóricas atinentes a la prueba y su apreciación.

La primera noción *-concepción persuasiva-*, se distingue por la primacía de la convicción como criterio decisonal, la prevalencia del principio de inmediación en primera instancia, el menor grado de exigencia motivacional y un sistema de impugnación inflexible, propio del estándar vigente (convencimiento más allá de toda duda razonable).²³³

En cambio, la segunda representación *-concepción racionalista-*, en contraste a la anterior, se vale de la corroboración y la refutación como mecanismos de valuación probatoria, la inmediación se minimiza, hay un alto grado de exigencia en la motivación y el sistema de impugnación es versátil, obedeciendo al criterio de certeza (sana crítica).²³⁴

A partir de estas puntualizaciones, la distinción entre convencimiento y certeza radica en el manejo de la duda en el estándar actual mediante un razonamiento probabilístico, cuyo tratamiento exige de un alto criterio de suficiencia probatoria para enervar el principio de inocencia; a diferencia del canon de certeza mediante el cual la sentencia condenatoria requería la superación de los juicios de tipicidad y de reproche así como la concurrencia y correspondencia de los requisitos descriptivo e intelectual del principio de razón suficiente.²³⁵

Este cambio paradigmático supone un elevado margen de subjetividad en la fase decisonal; no obstante, encuentra limitaciones en los criterios relevantes esgrimidos por la Corte Constitucional en las Sentencias 794-15-EP/20, 363-15-EP/21 y 2706-16-EP/21, donde el abordaje del principio de inocencia y la garantía de motivación de las sentencias

²³³ Richard Villagómez Cabezas, *El recurso de apelación y error de juicio en el COIP*, (Quito: Correo Legal Editorial, 2018), 150-1.

²³⁴ *Ibíd.*, 152-3.

²³⁵ *Ibíd.*, 156-7.

de condena garantizan la tutela judicial, el debido proceso y la seguridad jurídica en la sustanciación y resolución de los casos, en aras de la concretización del ideal de justicia.

3. La interpretación judicial y su alcance en materia penal

El concepto de interpretación trasciende al mundo filosófico, constituye un fundamento ilimitado de la experticia humana donde la dimensión de la realidad se vincula a la perspectiva individual de la vida, el mundo y las cosas, mediante la concatenación de la experiencia, la memoria y el discurso; por tanto, de un modo diferente en cada individuo todas las normas jurídicas se interpretan, incluso las penales.²³⁶

Si bien la tarea de interpretación se realiza en la vida cotidiana, en el proceso penal esta actividad repercute en los órganos de administración de justicia, por cuanto los juzgadores están legalmente facultados para interpretar la ley durante el proceso de valoración probatoria acatando las reglas impuestas por el derecho procesal punitivo; pero también abogados, fiscales y otros operadores de justicia ejecutan dicha labor desde su posición técnica.

De este modo, la interpretación judicial de la norma penal se desarrolla bajo presupuestos racionales y normativos necesarios para la comprensión del espíritu de la ley con el propósito de evitar la arbitrariedad del magistrado durante la resolución de los conflictos puestos en su conocimiento.

Por regla general, la interpretación busca el significado y sentido de la ley para facilitar su aplicación;²³⁷ pero en materia procesal penal, no se trata de una mera tarea mecánica, más bien consiste en un ejercicio intelectual semántico inexorablemente vinculado a la conducta humana objeto de valoración y sus consecuencias jurídicas; de ahí la interpretación inicia con la descripción selectiva de la verdad histórica según la trascendencia de los datos, continúa con la identificación de las pruebas relevantes y culmina con la búsqueda de la solución al caso concreto, basada en una operación lógica, jurídica y fáctica expresada en la decisión.²³⁸

²³⁶ Felipe Rodríguez Moreno, *Verdad histórica y verdad procesal*, (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2016), 69-71, 101, 121-2.

²³⁷ Roberto Dávila Reinoso, *La misión del juez ante la ley injusta*, 5.ª ed., (Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2022), 51.

²³⁸ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 205.

3.1 Aproximación teórica de la interpretación en materia penal

La doctrina ha identificado teorías de aceptación y negación acerca de la validez y necesidad de la interpretación; las primeras, naturalmente defienden la importancia de esta actividad como una operación intelectual orientada a dilucidar el alcance y sentido de la ley para lograr su coherente aplicación al caso; las de negación, en cambio, imaginan al Derecho como nominalista para negar y excluir las reglas interpretativas restándoles sentido, calificando a la decisión del juzgador como un simple acto voluntario inherente a la función.²³⁹

La actividad interpretativa en materia penal requiere de límites preestablecidos en la norma jurídica con fines de orientación, por ello se reconocen principios formales y materiales, así como métodos, formas y clasificaciones exegeticas.

- a) *Principios formales*: los más reconocidos son los de plenitud y coherencia del orden jurídico. El principio de plenitud, compleción o completitud implica la existencia de un sistema jurídico idóneo y sin lagunas donde estén previstas las soluciones a todos los asuntos -reales o hipotéticos-, lo cual facilita la exégesis judicial; encuentra apoyo en el ideal de interdefinibilidad entre las acciones permitidas y prohibidas, y en la obligación de los jueces de dar solución a un caso concreto sin posibilidad de excusa ni amparo en el argumento *non liquet*.²⁴⁰

El principio de coherencia involucra la ausencia de contradicciones en el ordenamiento legal, para evitarlas se fundamenta en los postulados interpretativos de *lex superior* (aplicación de norma jerárquica superior en caso de conflicto entre reglas interpretativas); de *lex specialis* (aplicación de la regla excepcional de interpretación como límite a la general); y, de *lex posterior* (preferencia de aplicación de la nueva norma frente a la derogada); así como en la prevalencia de razonamientos valorativos previos, y en el desplazamiento entre reglas diferentes de interpretación de acuerdo a su tipo de relación -anómalas (redundancia) o normales- y al modo de relación -alternativa, consuntiva, de especialidad y de subsidiariedad-.²⁴¹

- b) *Principios materiales*: los más destacados son los de inocencia y de defensa, constituyen un límite al poder punitivo del Estado y, pese a sujetarse al contexto ideológico, político y cultural imperante, hallan cimiento en la norma

²³⁹ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 202-3, 206.

²⁴⁰ *Ibíd.*, 209-14.

²⁴¹ *Ibíd.*, 217-26.

constitucional materializándose en los principios y reglas procesales de interpretación restrictiva.²⁴²

- c) *Hermenéutica jurídica*: su utilidad en el ámbito jurídico se atribuye a la necesidad de evitar dificultades semánticas y sintácticas para contribuir a la claridad del texto normativo aplicado; teóricamente se clasifican en: i) interpretación literal o gramatical, cuando se emplea la norma sin alterar su mensaje; ii) interpretación subjetiva, si el propósito es develar la intención del legislador en la construcción histórica de la norma; iii) interpretación objetiva, cuando el fin es escudriñar el mensaje transmitido por la norma a sus receptores en función del contexto cultural de su creación; iv) interpretación restrictiva, se observa para aclarar la duda considerando la menor cantidad de casos en relación a las múltiples posibilidades de solución; v) interpretación sistemática o lógica, en caso de recurrir a mecanismos legales auxiliares para superar dudas lingüísticas, ambigüedades e imprecisiones de la norma; y, vi) dogmática jurídica o ciencia dogmática, cuando se utilizan las teorías jurídicas construidas a partir del relacionamiento de los principios formales y materiales de la interpretación con las demás reglas del sistema jurídico vigente.²⁴³
- d) *Formas exegéticas*: Según la calidad del intérprete se dividen en: i) interpretación auténtica, realizada por el legislador cuando mediante ley interpreta una norma legal para dar contenido, precisión y claridad a la misma; ii) interpretación judicial, ejecutada por los juzgadores en el ejercicio de su función para dar solución a los casos de su competencia, marcando relevancia las decisiones de tribunales superiores extraordinarios cuyo fallos reiterativos constituyen jurisprudencia; iii) interpretación doctrinaria, efectuada por los juristas y académicos en cuyas teorías se respaldan los fallos judiciales;²⁴⁴ iv) interpretación extensiva y restrictiva, autorizada por las reglas del artículo 18 del Código Civil; v) interpretación general, atribuida a todo residente del país en cuanto el artículo 13 *ibídem* impone el conocimiento de la ley, de modo obligatorio;²⁴⁵ y, vi) interpretación integral y sistemática de la ley punitiva, cumplida respecto a la norma constitucional en cada fase del proceso penal, exigiendo al decisor un

²⁴² *Ibíd.*, 227-30.

²⁴³ *Ibíd.*, 230-8.

²⁴⁴ *Ibíd.*, 238-42.

²⁴⁵ Ecuador, *Código Civil, Codificación 10*, Registro Oficial, Suplemento 46, 24 de junio de 2005, arts. 13, 18.

criterio de razonabilidad en la aplicación del estándar de prueba vigente para superar la indeterminación legal del mismo en la construcción del fallo.²⁴⁶ En consecuencia, en la exégesis general estarían incluidos los demás participantes de un proceso penal, esto es, Fiscalía, defensores técnicos públicos o privados, sujetos procesales y demás operadores auxiliares de la administración de justicia, cuya actuación en el desarrollo del proceso implica el respeto de los límites señalados en las normas constitucional y penal.

En este contexto, no es prudente obviar que el juzgador en tanto ser humano está provisto de hábitos, inclinaciones y prejuicios que gravitan en su interpretación de la ley y en su decisión;²⁴⁷ por tanto, una correcta exégesis demanda a este operador de justicia un insoslayable sentido de justicia para concretar su misión de encontrar la verdad y, el apartamiento de las fórmulas del silogismo propias del sistema de la prueba tasada; pues las decisiones judiciales deben contener una solución justa para el caso concreto en lugar de una respuesta abstracta puramente legal.²⁴⁸

En materia penal, si bien la regla por antonomasia es la interpretación restringida de la norma, varias legislaciones han incorporado otras disposiciones tendientes al control de la potestad punitiva del Estado; por ello, en la *praxis* jurídica permanece latente el riesgo de una exégesis desproporcionada tendiente a menoscabar a la persona procesada, cuyas garantías y derechos de libertad están en juego; surgiendo la necesidad de una interpretación orientada a garantizar el debido proceso a las partes y, en caso de duda, por error u oscuridad de la norma, aplicarla en pro del imputado.²⁴⁹

En este aspecto, si bien la tarea exegética comporta el respeto al debido proceso, persiste el deber del juez de regirse por el ordenamiento jurídico vigente, la lógica, el sentido común, la experiencia y sobre todo la objetividad en la solución de un caso concreto; el desconocimiento de estos indicadores acarrearía una estimación errada o incompleta de los medios probatorios, desencadenando una serie de transgresiones indirectas de la ley sustantiva por errores de hecho verificados en falsos juicios de existencia por omisión (falta de valoración de uno o varios medios de prueba lícitos) y/o en falsos juicios de existencia por suposición (inclusión de supuestos fácticos no

²⁴⁶ Arocena, *¿De Verdad?*, 90-1.

²⁴⁷ Alberto Vicente Fernández, *Función creadora del juez*, (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980),

71.

²⁴⁸ Dávila, *La misión del juez ante la ley injusta*, 16-9, 29.

²⁴⁹ Jauchen, *Derechos del Imputado*, 70-1, 75.

contenidos en la teoría de las partes, a partir de un elemento convictivo o la tergiversación de este último) ocasionando efectos adversos a la realidad procesal y a la probática.²⁵⁰

En relación a estos posibles casos de interpretación extensiva en materia penal, procedentes de la indebida aplicación de la ley punitiva y que exceden su tenor literal, en la práctica se han detectado varios procesos judiciales atinentes al delito de abuso sexual donde los fallos condenatorios se sustentan en una manifiesta violación indirecta de la norma jurídico-penal por errores de hecho, generalmente plasmada en la descontextualización del contenido fáctico de los medios de prueba testimonial, lo cual constituye un vicio de la convicción y una muestra de la verdad sofista del tribunal decisor; si bien el artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal permita una interpretación integral o extendida de la norma constitucional para efectos de una decisión absolutoria, resulta incongruente que esta forma exegetica sea aplicada para sustentar una sentencia de condena, lo cual configura una flagrante transgresión a la regla de interpretación literal avizorada en el numeral 2 de la disposición legal invocada, tal como se observa en el siguiente caso concreto alusivo a esta temática.

4. Reglas de interpretación en el Código Orgánico Integral Penal

La solución de un caso concreto se consigue mediante la interpretación de los principios constitucionales y la aplicación de las reglas interpretativas procesales, en función de los ideales de plenitud y coherencia del sistema legal.²⁵¹

Bajo esta mirada, en el ordenamiento jurídico interno se identifican cuatro tipos de reglas de interpretación:

- a) *De orden constitucional*: todo decisor debe atenerse a los principios y garantías constitucionales por antonomasia prescritos en los artículos 75 -tutela judicial efectiva-, 76 -debido proceso- y 82 -seguridad jurídica- de la Carta Fundamental en vigor; y, en materia penal la observancia se extiende al contenido de los artículos 77 -debido proceso penal- y 78 -derechos de la víctima del proceso penal- ibídem,²⁵² su aplicación es imperativa en el proceso de estimación probatoria y en su formación convictiva.

²⁵⁰ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 250-1.

²⁵¹ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 204.

²⁵² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, arts. 75-78, 82.

- b) *De tipo procesal*: el Código Orgánico de la Función Judicial al regular los principios rectores de la administración de justicia, en su artículo 6 remite la actuación de sus operadores jurisdiccionales a la exégesis integral de las disposiciones constitucionales, otorgándoles la facultad interpretativa pro derechos en situaciones de incertidumbre, siempre y cuando guarden correspondencia con sus principios genéricos.²⁵³
- c) *De índole general*: el artículo 18 del Código Civil determina las reglas de interpretación legal por oscuridad, anomia o antinomia de las normas, las cuales se aplicarán respetando la literalidad, significación, tecnicidad científica o artística, subsidiariedad y alcance de la ley, observando los principios universales del derecho y procurando coherencia y correspondencia.²⁵⁴
- d) *De carácter integral*: en el ámbito punible son trascendentes las reglas interpretativas señaladas en el artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto se adaptan a la literalidad de la ley, a la norma constitucional y a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, quedando vedada la analogía cuando contraría los principios de legalidad, reserva, taxatividad y no regresividad de los derechos.²⁵⁵

Bajo este contexto, en el campo penal rige la interpretación restrictiva de la ley; sin embargo, las reglas del artículo 13 *ut supra* permiten un sistema exegético mixto, es decir, por una parte admite la interpretación literal eminentemente restringida de la ley punitiva en cuanto a tipificación y sanción para efectos de una sentencia condenatoria; y, por otra coadyuva a la interpretación favorable de la norma constitucional y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, al posibilitar una reflexión extensa sobre el orden de prelación de los principios constitucionales pro homine, in dubio pro reo, inocencia, favorabilidad, no regresividad, de aplicación directa y de cláusula abierta a ser observados en los fallos de absolución; sin embargo, en la *praxis* la aplicación taxativa de estas pautas es relativa y dista de los fines de la normativa jurídica vigente.

²⁵³ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, art. 6.

²⁵⁴ Ecuador, *Código Civil*, art. 18.

²⁵⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 13.

Capítulo tercero

La valoración de la prueba en casos de abuso sexual y problemas relacionados a la interpretación judicial- alcance teórico y práctico

La valoración de la prueba en materia penal conlleva una serie de dificultades derivadas de la interpretación de la norma punible y su aplicación en un caso concreto. Si bien el esquema procedimental por etapas planteado en el Código Orgánico Integral Penal (instrucción, preparatoria y evaluatoria de juicio, juicio) obedece a la materialización de los derechos de tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica, lo cual supone como resultado una sentencia justa; en la práctica, el ideal de justicia muchas veces se alcanza en la fase impugnatoria mediante decisiones obtenidas en las cortes de cierre, lo cual obedece a una sencilla razón, esto es, al ejercicio del derecho a recurrir cuando las sentencias del tribunal de juicio no se compadecen con las pretensiones de los sujetos procesales ni son congruentes con la finalidad de la prueba ni con los principios probatorios contemplados en los artículos 453 y 455 *ibídem*, en su orden.

El derecho a recurrir contemplado en el artículo 76.7.m de la Constitución de la República del Ecuador como garantía del debido proceso, en el campo punitivo se circunscribe al ejercicio secuencial de los medios impugnatorios verticales previsto en la ley. Al respecto y para el tema discutido en esta indagación, el Código de la materia prevé una fase de impugnación contentiva de los recursos de apelación (artículo 653), casación (artículo 656) y revisión (artículo 658), por cuanto el punto de controversia versa sobre los parámetros señalados en la Sentencia No. 2706-16-EP/21, *ut supra* examinada y relativos a la motivación de la sentencia condenatoria (juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad); o, acerca de las causas de la decisión judicial (la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado).

In extremis, por disposición constitucional y legal, la sentencia penal debe hallarse debidamente motivada, no solo en sentido jurídico y fáctico sino también enunciando los medios probatorios legítimos y su respectiva apreciación para justificar la imposición o no de una pena; lo cual conlleva ineludiblemente la actividad interpretativa y la observancia de las reglas del estándar valorativo regente.²⁵⁶ En este sentido, la Corte

²⁵⁶ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 481-2

Constitucional del Ecuador ratifica este criterio en la Sentencia No. 2453-16-EP/19 de 2 de octubre de 2019, donde expresa:

28. La motivación no se agota en la mera enunciación dispersa de normas jurídicas o antecedentes de hecho, sino que obliga al juzgador a efectuar un juicio lógico que explique de manera fundamentada por qué una disposición jurídica se aplica a un antecedente de hecho y qué conclusiones se derivan de esta aplicación. Consecuentemente, la motivación está orientada a evitar la discrecionalidad y arbitrariedad judicial.²⁵⁷

En consecuencia, la inconformidad con las conclusiones vertidas en la decisión penal indefectiblemente activan la fase impugnatoria prevista en la norma procesal, aún más cuanto la sentencia de condena nutre potencialmente la idea sobre la “certeza relativa” debido al margen de subjetividad manejado por el tribunal a-quo especialmente en la valoración de la prueba testimonial, como sucede en los casos de abuso sexual.

Así, el *iter* para la reversión de una sentencia dictada por el tribunal de juicio inicia con la interposición del recurso de apelación y su fundamentación ante la autoridad superior competente. Cuando la respuesta judicial de segunda instancia resulta insatisfactoria para las partes ésta se puede atacar mediante el recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, cuyo fallo puede ser objeto de la acción constitucional extraordinaria de protección. Estos medios de impugnación deben plantearse dentro de los términos y plazos fijados en la norma procesal; a diferencia del recurso extraordinario de revisión, el cual “podrá proponerse en cualquier tiempo, ante la Corte Nacional de Justicia, después de ejecutoriada la sentencia condenatoria.”²⁵⁸

De manera general, la refutación a un fallo de primer nivel empieza con el recurso de apelación, mediante el cual se ataca “la conclusión equívoca [error de juicio o vicio] a la que llega el órgano jurisdiccional (juez/tribunal de garantías penales) luego de realizada la audiencia de juicio en la que se practica la prueba por las partes procesales, y sobre esta base decide bien sea la condena o ratifica el estado de inocencia del acusado”²⁵⁹ por tanto, si la decisión del tribunal a quo es atentatoria a los derechos e intereses de los sujetos procesales, la persona sentenciada o la acusación (fiscal o particular), puede solicitar al tribunal superior nueva valoración de la prueba y con ésta la confirmación o no de la sentencia impugnada, surgiendo la obligación del a-quem de dar una respuesta motivada

²⁵⁷ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 2453-16-EP/19”, en *Caso No. 2453-16-EP*, 2 de octubre de 2019, párr. 28. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUyMDIzJyYwgdXVpZDonM2U4MjIxYTIOTQyMC00NDIkJk4OWItNGM2MzY2U1Y2YzLnBkZid9

²⁵⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 658.

²⁵⁹ Richard Villagómez Cabezas, *El recurso de apelación y error de juicio en el COIP*, 100-1, 125.

en torno al gravamen planteado y al debate inter partes, en función de la revaloración probatoria y en ausencia de la intermediación por cuanto lo examinado por este tribunal son las actuaciones reducidas al proceso por escrito o grabaciones de audio.²⁶⁰ Naturalmente, la sentencia de segunda instancia también será objeto de control mediante recurso de casación ante la Corte Nacional de Justicia, siguiendo la secuencia impugnatoria prevista en el Código Orgánico Integral Penal y en atención a posibles vulneraciones de la ley señaladas en éste; y, la sentencia condenatoria ejecutoriada podrá ser objeto de revisión ante el máximo órgano de la justicia ordinaria mediante la invocación de las causales determinadas en el artículo 658 de la norma penal.

En este contexto y con el propósito de visibilizar cómo opera la teoría en la práctica respecto al tipo penal, los hechos, la prueba y la decisión en los casos de abuso sexual, en el presente capítulo se analizarán dos sentencias de tribunal de cierre. En primer lugar, el fallo de casación emitido en la causa No. 17296-2019-00038, obtenido de la Ficha de Procesamiento publicada en el SIPJUR-Buscador digital de Jurisprudencia a cargo de la Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas, disponible como servicio de la Corte Nacional de Justicia en su portal web oficial; y, en segundo término, la sentencia de revisión recaída en el proceso No. 01283-2016-02033 publicada en abril de 2022 por la Corte Nacional de Justicia en la versión digital de la Gaceta Judicial número 5, serie XIX.

Estas decisiones fueron seleccionadas por su calidad de cosa juzgada proveniente del máximo organismo de justicia ordinaria, contra éstas no se interpusieron acciones extraordinarias de protección y sus actuaciones procesales reposan actualmente en las judicaturas de origen, conforme se verificó en el Sistema Automático de Trámite Judicial-SATJE de la Corte Nacional de Justicia, por cuanto no eran susceptibles de recurso de revisión al tratarse de fallos ratificatorios del estado de inocencia.

La elección de estos casos, entre varios disponibles en las fuentes de consulta, responde a una pauta de coherencia y congruencia con los tópicos centrales de la investigación (elementos valorativos del tipo penal de abuso sexual, incidencia de los medios de prueba y decisiones controvertidas); y, al criterio de razonabilidad empleado para el análisis profundo de los juicios de tipicidad y culpabilidad necesarios para determinar la existencia del delito y la responsabilidad penal del sentenciado por abuso

²⁶⁰ *Ibíd.*, 140-9.

sexual, estas condiciones denotan su originalidad y, por tanto, su posibilidad de contraste con otras sentencias atinentes al mismo tipo penal.

1. Análisis del caso No. 17296-2019-00038²⁶¹ (recurso de casación)

El tribunal de alzada avoca conocimiento del recurso extraordinario de casación interpuesto contra la sentencia de mayoría emitida el 24 de enero de 2020 por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, que ratifica la decisión del a-quo contra O.F.P.F. declarado culpable por el Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Ññaquito del Distrito Metropolitano de Quito, el 6 de agosto de 2019, como autor del delito de abuso sexual, tipificado y sancionado en el primer inciso del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, recibiendo como sanción una pena privativa de libertad de seis años ocho meses por la agravante contemplada en el numeral 8 del artículo 48 *ibídem*, a más de multa y obligaciones de reparación integral a favor de la víctima.²⁶²

En la referida causa, Fiscalía impulsa su acusación basada en el testimonio anticipado de la presunta víctima (mujer estudiante de 18 años de edad) quien, refiriéndose a la conducta del sentenciado (inspector general del colegio) durante algunos episodios de su cercanía en la institución educativa, señaló: “...me abrazó y me puso la mano al pecho y me topó el seno... Siempre me topaba cuando me abrazaba me topaba medio, nunca trató de cogerme de lleno...”²⁶³

Por su parte, el recurrente fundamenta su recurso en la causal de indebida aplicación del artículo 170 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, indicando como norma correcta a aplicarse el artículo 5.4 *ibídem* en relación con el artículo 76.2 de la Constitución.²⁶⁴

En función de estos hechos el tribunal casacional realizó un control de legalidad de la decisión recurrida para verificar si ésta contiene una *argumentación racionalmente aceptable*,²⁶⁵ llegando a la conclusión de que el tribunal ad quem modificó la voz de la víctima y alteró los hechos, cuando en la sentencia impugnada refiere: “... se determinó

²⁶¹ Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Sentencia”, en *Juicio No. 17296-2019-00038*, 27 de enero de 2021.

²⁶² *Ibíd.*, 1.

²⁶³ *Ibíd.*, 14.

²⁶⁴ *Ibíd.*, 2.

²⁶⁵ *Ibíd.*, 8.

en forma exacta el lugar donde el acusado abusó sexualmente de la víctima, tocándole por tres ocasiones el seno...”²⁶⁶

Al mismo tiempo, el tribunal de casación realizó un examen minucioso de tipicidad advirtiendo la inexistencia de los elementos constitutivos del tipo penal en análisis, al no haberse materializado ningún acto lascivo y bajo la consideración de que “los topamientos en un acto de abrazo, el cual es parte de la cultura, no necesariamente entrañan un significado sexual”²⁶⁷ y tampoco equivalen al verbo rector “ejecutar u obligar”, por cuanto la finalidad del Derecho Penal, a través de los principios de legalidad y debido proceso, “es la verificación de adecuación o conformidad entre el hecho histórico suscitado, con los presupuestos que configuran la hipótesis del delito que comunican los elementos de la conducta realizada,”²⁶⁸ por tanto, no se puede juzgar a una persona por elementos no configurados en el tipo penal atribuido.

Finalmente, como ratio decidendi de la decisión, el tribunal de cierre expresa:

12.- El cuadro fáctico revela un hecho, conforme a lo que establece el artículo 22 del Código Orgánico Integral Penal, los tipos penales, establecen los elementos descriptibles y demostrables de las conductas tipo, en coherencia con el artículo 25 del cuerpo legal en mención el artículo 170, establece los elementos que han de ajustarse de manera irrefutable para configurar ese más allá de toda duda razonable; cuando estos elementos no han sido conjugados de manera adecuada dentro del contexto del cuadro fáctico, implicaría que no se han reunido los elementos estructurales del tipo penal; y cuando un juzgador dicta sentencia sin reunir aquellos elementos estructurales del tipo penal, se ocasiona la indebida aplicación de la norma punitiva, con ello, se degenera la sentencia por esa inadecuada aplicación de la ley y resulta el yerro a la luz de la entelequia de los Juzgadores. En el presente caso, el cuadro fáctico, registra que la sujeto pasivo de la infracción ha entregado de su voz que ha sido abrazada por el acusado como sujeto activo de la infracción y que al haber tal abrazo ha habido el topamiento, motivo por el que se lo acusa al hoy recurrente que ha topado su seno, diciendo de seguido que le ha topado medio nunca ha tratado toparle de lleno, entonces no ha dicho más allá, no se detecta a claridad la ejecución del verbo rector ejecutar u obligar, al ritmo de estas cuestiones, al no determinar los elementos constitutivos del tipo penal, se determina que se ha establecido el yerro acusado de indebida aplicación del artículo 170 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, cuando debió ajustarse el razonamiento del juzgador de instancia a la presunción de inocencia sosteniendo la misma.²⁶⁹

A la luz de esta argumentación jurídica, el 27 de enero de 2021, a las 16h29, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, acepta del recurso de casación formulado por O.F.P.F. y casa la sentencia dictada por la Corte Provincial de Justicia de Pichincha “por indebida aplicación

²⁶⁶ *Ibíd.*, 14.

²⁶⁷ *Ibíd.*, 13.

²⁶⁸ *Ibíd.*, 11.

²⁶⁹ *Ibíd.* 15.

del Art. 170 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal y acorde al Art. 5.4 del mismo cuerpo legal... ratifica el estado de inocencia”²⁷⁰ de O.F.P.F.

El fallo casacional sintetizado sugiere el análisis jurídico y jurisprudencial de algunos tópicos relativos a la esencia del recurso de casación, a la causal de indebida aplicación de ley penal y al presupuesto de verdad para la identificación de los problemas relacionados a la interpretación judicial subyacentes en la valoración de la prueba en casos de abuso sexual.

1.1 El recurso de casación penal

El recurso de casación es uno de los medios de impugnación previsto en el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal y procede “cuando se haya violado la ley, ya por contravenir expresamente a su texto, ya por haber hecho una indebida aplicación de ella, o por haberla interpretado erróneamente.”²⁷¹

“La casación tiene por propósito la corrección de la aplicación de la ley en el caso concreto”²⁷² por ello, “al *Tribunal de casación* sólo le corresponde el control de la aplicación de la ley sustantiva por el tribunal adquem.”²⁷³ Es decir, el tribunal casacional realiza exclusivamente el juicio de legalidad de la sentencia de segunda instancia quedando prohibido el tratamiento o alteración de los hechos preestablecidos o la valoración de las pruebas actuadas ante el tribunal de juicio, conforme lo ratifica la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 527-16-EP/21 de 14 de abril de 2021 donde manifiesta:

20. Sobre este punto, cabe advertir que la Corte Nacional de Justicia, mediante sus sentencias ha reconocido que al ser la casación en materia penal el medio impugnatorio mediante el cual se asegura la sujeción de los juzgadores de instancia a la correcta aplicación y observancia del derecho positivo en las resoluciones judiciales, su naturaleza es extraordinaria, pues solo puede pronunciarse sobre la legalidad de la sentencia a la luz de los hechos acreditados en la etapa procesal correspondiente, sin que el Tribunal de Casación se encuentre facultado a realizar una nueva apreciación de la prueba; es decir, su labor se constriñe a enmendar posibles errores de derecho contenidos en la sentencia emitida por un Tribunal de Apelación.²⁷⁴

²⁷⁰ *Ibíd.* 15.

²⁷¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 656.

²⁷² Richard Villagómez Cabezas, *Casación Penal conforme el COIP y jurisprudencia obligatoria*, (Quito: Instituto Interamericano de Investigaciones, Publicaciones Jurídicas y Sociales, 2020), 182.

²⁷³ *Ibíd.*, 168.

²⁷⁴ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 527-16-EP/21”, en *Caso No. 527-16-EP*, 14 de abril de 2021, párr. 20. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYw1pdGUUnLCB1dWlkOic1OWNmODM2NS0xNWEwLTQ1NTQtOTM2MS0yMDYzZmFiNjU0YjYucGRmJ30=

22. Bajo esta consideración, el recurso de casación se somete a varias limitaciones que lo configuran como un remedio procesal de carácter extraordinario; así, la base fáctica se encuentra fijada en la sentencia impugnada y es inalterable; por lo tanto, mediante el recurso extraordinario solo es posible el análisis de cuestiones de estricto derecho, existiendo prohibición expresa de la ley para una revisión los hechos tendientes a alterar los ya fijados o a una nueva valoración de la prueba.²⁷⁵

23. Con base en estas limitaciones, el Tribunal de Casación tiene a su cargo analizar si la decisión recurrida se encuentra enmarcada en las disposiciones legales pertinentes y aplicables, sobre la base de los hechos fijados por los operadores de justicia competentes para apreciar la prueba. Desde esta perspectiva, los juzgadores de casación están facultados para revisar la aplicación e interpretación jurídica efectuada por el Tribunal ad quem respecto de la base fáctica acreditada procesal y oportunamente.²⁷⁶

En consecuencia, mediante el fallo casacional “solo cabe establecer la corrección del proceso intelectual por el que se llegó a las conclusiones en la aplicación del derecho sustantivo al caso sub judice,”²⁷⁷ lo cual equivale a la examinación del razonamiento judicial del tribunal ad quem que sirvió de sustento para dictar una sentencia de absolución o condena, lo cual no implica la modificación de los hechos ni la revaloración de la prueba en sede de casación.

En este contexto, “debe considerarse el contenido de la sentencia del Tribunal Adquem y discernir que todo lo que es motivo de valoración, inteligencia o interpretación de un concepto abstracto dado en la ley constituye objeto autorizado del recurso de casación.”²⁷⁸ En el caso *in examine*, la sentencia de casación recaída en el proceso -17296-2019-00038- cumple con las exigencias legales y jurisprudenciales pertinentes, pues en su contenido el tribunal casacional identifica los errores de derecho incurridos por el tribunal ad quem mediante la comparación de los hechos fijados en la causa con el cuadro fáctico deconstruido en la sentencia impugnada que incluso contraría el principio *iura novit curia* establecido en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial; y, analiza la posibilidad de adecuación o no de los hechos a los elementos típicos detallados en el artículo 170 del Código Integral Penal, sin haber incursionado en cuestionamientos acerca de cómo estos hechos han sido apreciados por el ad quem ni a la incidencia del estándar de suficiencia probatoria aplicado para arribar a la decisión definitiva.

1.2 Causal de indebida aplicación de la ley en el recurso de casación penal

²⁷⁵ *Ibíd.*, párr. 22.

²⁷⁶ *Ibíd.*, párr. 23.

²⁷⁷ Richard Villagómez Cabezas, *Casación Penal conforme el COIP*, 162-4.

²⁷⁸ *Ibíd.*, 173.

La indebida aplicación de ley penal en el ámbito dogmático es identificada como “un error de pertinencia que se suscita a partir de la escogencia errónea y luego la aplicación equívoca que efectúa el tribunal adquem respecto de la norma que sirve para decidir el conflicto penal puesto a su conocimiento y resolución mediante recurso de apelación propuesta por parte procesal legitimada.”²⁷⁹

Esta causal es una de las tres cuestiones válidas para la interposición del recurso de casación contra la sentencia del tribunal de segundo nivel, según lo prevé el artículo 656 del Código Orgánico Integral Penal, y para su adecuado planteamiento debe contener “una proposición jurídica completa compuesta por dos elementos sustanciales. Por una parte, se requiere el señalamiento de la norma incorrectamente seleccionada y aplicada por el Tribunal Adquem; y, por otra parte, en complemento de esta proposición se pide el señalamiento de la norma correctamente escogida y aplicada al caso concreto.”²⁸⁰

No obstante, a más de la verificación de estos elementos en la estructuración de la proposición jurídica completa, cuya omisión total o parcial deriva en la inadmisión del recurso de casación, es indiscutible referirse a “la naturaleza de la norma correcta e incorrecta... si el reproche es sobre norma sustantiva, la norma de reemplazo deberá ser sustantiva... la dificultad en la articulación de la proposición jurídica completa, radica en establecer las normas de reemplazo con la misma jerarquía.”²⁸¹

De ahí, la norma sustantiva utilizada por el juez:

Como criterio para la decisión presupone que la *konkrete Tatbestand* (es decir el hecho jurídicamente calificado que es objeto de decisión) se haya verificado efectivamente fuera del proceso y de sus narraciones, es decir, en el mundo de los acontecimientos reales (empíricos, históricos, materiales, etc.). Si dicho hecho no se ha producido “en la realidad” no se puede aplicar la norma y, si se aplica, es suficiente para calificar como injusta la sentencia.²⁸²

En este sentido, si bien el tribunal de casación examina detenidamente la concurrencia de la causal de indebida aplicación del artículo 170 primer inciso del Código Orgánico Integral Penal en el caso 17296-2019-00038, en su parte resolutive identifica la norma sustantiva incorrecta aplicada por el tribunal ad quem y la reemplaza con una norma adjetiva correcta (artículo 5.4 *ibídem*), cuando en su lugar debió invocar como norma sustantiva correcta el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador

²⁷⁹ *Ibíd.*, 151.

²⁸⁰ *Ibíd.*, 151.

²⁸¹ *Ibíd.*, 152.

²⁸² Michele Taruffo, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, en *Discusiones Prueba, conocimiento y verdad*, Año III, No. 3, 2.a ed., mayo 2023, (Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2023), 48. <https://revistas.uns.edu.ar/disc/issue/view/195/25>

y el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos también referentes al estado jurídico de inocencia.

Pero esta circunstancia no contraría la finalidad del recurso de casación ni obsta al debido proceso, por cuanto el recurrente identificó adecuadamente en la fundamentación de su recurso las normas sustantivas en controversia, lo cual tornó como procedente su pretensión.

No obstante, en correspondencia con el análisis de tipicidad efectuado en capítulo I de este trabajo, en este punto cabe subrayar que la indebida aplicación del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal muchas veces obedece a la indeterminación legal del elemento valorativo “acto de naturaleza sexual”, cuyo sentido y alcance durante la valoración del material probatorio es fijado por el tribunal de instancia, de este modo la concepción acerca de la significación lasciva de la conducta tipo equivale a la forma cómo el juzgador penal interpreta el acto pudiendo rebasar la cosmovisión social y cultural, lo cual constituye un problema oculto en la estimación de la prueba relacionado a la interpretación judicial y proveniente de la norma sustantiva penal. Este error incide negativamente en la aplicación de la ley y del estándar de convencimiento, debe ser corregido mediante el recurso de casación, y es directamente atribuible al legislador por cuanto inobservó el principio de taxatividad en la formulación de este tipo penal, obstruyendo la posibilidad de precisión, determinación y comprensión de la norma sustantiva.

1.3 El presupuesto de la verdad en materia penal

El concepto categórico de verdad alcanza significación cuando se diferencia la realidad histórica de la científica y la jurídico-procesal, si bien la ciencia busca acreditar la verdad a través de métodos rígido-comprobables preestablecidos, en materia penal su búsqueda se limita a la reconstrucción de los hechos mediante diversas pruebas con alto contenido subjetivo, dando lugar a una verdad relativa sujeta a las circunstancias de reproducción de hechos pasados, e imposibilitando la constatación de una verdad absoluta la cual se transforma en un ideal o paradigma jurídico,²⁸³ debido a su profunda abstracción filosófica.²⁸⁴

²⁸³ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 171-2.

²⁸⁴ Taruffo, *La prueba*, 26.

Por tanto, el proceso penal parte del supuesto de verdad absoluta como principio de regulación encaminándose hacia una verdad relativa o imperfecta a ser corroborada en el decurso del trámite para determinar la existencia o no de un hecho punible, verdad marcada por la mente sesgada del magistrado la cual deriva en la imposibilidad de unificación de criterios frente a casos análogos acreedores de fallos contradictorios, pese a la coincidencia de los tipos penales y los hechos,²⁸⁵ tal como sucede en los casos de delitos sexuales.

El decisor en su tarea de administrar justicia, tiene como objetivo primordial la dilucidación de la verdad fidedigna del conflicto puesto en su conocimiento, y ésta constituye el sustento de una decisión justa;²⁸⁶ empero, la búsqueda de la verdad implica una actividad cognitiva o intelectual de la prueba bajo tres niveles de convencimiento: certeza, duda y probabilidad.²⁸⁷ *a priori* analizados.

Por tanto, si el proceso convictivo del juzgador se convierte en un juego de probabilidades de distinto peso en el ámbito punitivo, el ideal de justicia se alcanza mediante un trámite respetuoso del debido proceso, el establecimiento verídico de los hechos y una infalible exégesis de la normativa jurídica aplicable para la solución de un conflicto en específico.²⁸⁸

A pesar de las críticas al probabilismo jurídico, hay un problema grave que queda sin solución cuando se descarta la hipótesis de atribuir probabilidades jurídicas a los estándares probatorios. Es que la psicología ya ha demostrado que las inferencias probabilísticas subjetivas están altamente sujetas a sesgos cognitivos. En otras palabras, las probabilidades no son intuitivas, inclusive para los jueces. Esto significa que los jueces evaluarán el grado de probabilidad de un evento que sea necesario para alcanzar el estándar probatorio pertinente al caso a partir de sesgos de representatividad, de disponibilidad, de anclaje y tantos otros que ya fueron debidamente investigados. Eso significa que las personas tienden a creer más en probables eventos que sean más notorios, más susceptibles de ser recordados o más semejantes a otros que el sujeto considere familiares.²⁸⁹

Así, a partir del presupuesto de imparcialidad, la finalidad del proceso penal es la búsqueda de la verdad, entendida ésta como un juicio o conocimiento de la relación objeto conocido-sujeto cognoscente desde el plano objetivo-subjetivo donde los criterios

²⁸⁵ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 450-1.

²⁸⁶ Dávila, *La misión del juez ante la ley injusta*, 5.

²⁸⁷ Arocena, *¿De Verdad?*, 65.

²⁸⁸ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 416.

²⁸⁹ Edilson Vitorelli, "razonamiento probabilístico implícito y el papel de las estadísticas en el análisis probatorio", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, vol. 10/2019, julio-diciembre 2019, 167 https://www.academia.edu/50322793/RAZONAMIENTO_PROBABIL%C3%8DSTICO_IMPL%C3%8DCITO_Y_EL_PAPEL_DE_LAS_ESTAD%C3%8DSTICAS_EN_EL_AN%C3%81LISIS_PROBATORIO

binarios de certeza y probabilidad, así como la duda determinan el éxito o fracaso de la investigación histórica del hecho imputado.²⁹⁰

De este modo y en consideración a la dimensión sustancial, la verdad se escinde en real o material para referirse al proceso punible y el interés estatal; y en formal aludiendo a los procesos no penales y los intereses privados; si bien el concepto de verdad no varía en ambas categorías, la diferencia radica en la objetivación -hechos/ley- de los principios ajustables al proceso penal donde la verdad real o material adquiere la denominación de verdad histórica o verdad objetiva; y en la subjetivización -voluntad de las partes procesales- de los principios aplicables en el ámbito procesal no penal.²⁹¹

Trasladadas estas hipótesis al campo de las teorías de la verdad, se tendría a la verdad histórica como resultado de la verdad-correspondencia objetivamente determinada, en contraste a la verdad-coherencia residente en la connotación subjetiva de las otras verdades y de la certeza misma.²⁹²

Desde otra perspectiva, en el plano procesal y bajo el supuesto de verdad como condición sine qua non para alcanzar el imperativo categórico de justicia en el fallo, se niega la existencia de diferencias sustanciales entre verdad ordinaria o no judicial y verdad formal, convencional o judicial, por cuanto la verdad depende del contexto donde se la investiga, por ello deviene la clasificación de la verdad en judicial o no judicial; desde este enfoque, el esclarecimiento de la verdad en el marco judicial no encuentra obstáculo en las reglas taxativas del proceso penal, al contrario, éstas constituyen un criterio de racionalidad espacio-temporal para la obtención y posterior apreciación de los medios de prueba, lo cual no desnaturaliza ni tergiversa la verdad en sí misma;²⁹³ pese a ello, la búsqueda de la verdad enfrenta varias dificultades en el ámbito práctico, si bien descansa en la discusión contradictoria mediante el ejercicio de principios procesales del sistema oral, la forma de presentar los hechos o practicar las pruebas demarca la decisión del tribunal de juicio.²⁹⁴

A esto se adiciona el excesivo sistema garantista de los derechos humanos (derechos, principios y garantías del debido proceso penal) en cuanto muchas veces involucra la inmolación de la verdad histórica dando lugar como únicamente accesible a la verdad procesal; así como la existencia de otros derechos de libertad protegidos

²⁹⁰ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 841-4.

²⁹¹ *Ibid.*, 848-52.

²⁹² Rodríguez, *Verdad histórica y verdad procesal*, 138.

²⁹³ Taruffo, *La prueba*, 23-5.

²⁹⁴ Leonardo Moreno Holman, *Teoría del caso*, (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012), 22.

constitucionalmente; y, las reglas adjetivas penales de procedimiento, procedibilidad, prejudicialidad y de contradicción (objeción).²⁹⁵

Bajo esta coyuntura y para la comprensión del concepto de verdad admitida en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, es necesario incursionar en las concepciones de verdad histórica, verdad procesal y verdad sofista, pese a que esta clasificación no sea aceptada por una parte de la doctrina procesalista contemporánea.

1.3.1 Verdad histórica

En el devenir histórico el concepto de verdad ha sido configurado según el sistema ideológico de cada época, de esto modo su búsqueda se ha limitado al teologismo o al realismo de cada individuo; sin embargo, la noción de verdad por su carácter de objetividad (ontológico o epistemológico) está exenta de la subjetividad y las falacias humanas, pero lamentablemente en el ámbito penal la verdad es moldeada por el juez según las circunstancias de su decisión sin una reflexión previa sobre la significación filosófica de la verdad, a lo cual se suma la construcción cultural del Derecho y una predecible visión del sistema,²⁹⁶ así como del gobierno administrativo del sector judicial.

La determinación de la verdad ha sido dimensionada desde dos posiciones antagónicas: la verdad-coherencia (dominio subjetivo en la interpretación de lo verdadero) y la verdad-correspondencia (constatación objetiva de lo verdadero); cada una de ellas se sujeta a la percepción individual de lo verdadero frente a lo real, la cual requiere de indicadores mínimos (estabilidad, convergencia e independencia) para su prevalencia en el mundo dual.²⁹⁷

En este espacio, el esclarecimiento y la búsqueda de la verdad puede ser una utopía en el campo jurídico criminal, si bien ésta puede ser delimitada objetivamente, la verdad histórica se convierte en un ideal debido a los límites procesales y a la imposibilidad de recrear con exactitud un suceso concreto pasado.²⁹⁸

Por consiguiente, la verdad histórica en el proceso penal puede reedificarse a través de los medios posibles adecuados sensorialmente percibidos y sin rigurosidades legales, pudiendo alcanzarse una noción aproximada de esta verdad, pero su validez

²⁹⁵ Rodríguez, *Verdad histórica y verdad procesal*, 140-4.

²⁹⁶ *Ibíd.*, 110.

²⁹⁷ *Ibíd.*, 46-8.

²⁹⁸ *Ibíd.*, 105-6.

dentro del proceso penal se halla condicionada por el ordenamiento jurídico vigente (derechos, garantías y presunciones legales),²⁹⁹ por tanto, si no existen evidencias de la verdad histórica ésta pierde significación y en el proceso se relativiza en función de los medios probatorios aportados para su reconstrucción.

Entonces si durante la fase de juicio no se presentan elementos de prueba lícitos para acreditar un hecho como verdadero sería imposible la aproximación a la verdad histórica, aún más cuando las teorías de la acusación y la defensa son fabricadas según la verdad histórica que desean recrear ante el tribunal de juicio, lo cual no necesariamente equivale a dicha verdad o se sustenta en una fragmentación de la realidad; pues, en el camino hacia una decisión judicial cada parte acomoda la hipótesis de verdad según sus pretensiones, provocando fallos de condena o absolución que pueden ser legales pero no justos, de ahí la importancia de fijar como objeto primordial del proceso penal el esclarecimiento de la verdad histórica para que las sentencias se ajusten al presupuesto ideal de justicia.

1.3.2 Verdad procesal

La verdad procesal consiste en la hipótesis fáctica recreada por los medios probatorios aportados a la causa bajo las reglas constitucionales del debido proceso, alcanzando la categoría de verdad judicial cuando el juez penal resuelve el conflicto considerando dichas premisas.³⁰⁰

La teoría procesal de la verdad encarna dos proposiciones: una fáctica, traducida en la comprobación de la verdad mediante la prueba atinente al hecho punible y la responsabilidad de la persona procesada; y otra jurídica, consistente en la verificación de la verdad a través de la subsunción del hecho al tipo penal y su interpretación sistemática en materia criminal.³⁰¹

En el debate jurídico-teórico acerca de la prueba y la verdad procesalmente subsiste una diferenciación entre las teorías de coherencia y correspondencia en el mundo de los enunciados; para la primera -coherencia- la verdad de una proposición factual corresponde a la conexión lógica de ésta con las demás proposiciones de un contexto; y

²⁹⁹ *Ibíd.*, 113.

³⁰⁰ *Ibíd.*, 112-4.

³⁰¹ Moreno, *Teoría del caso*, 26.

para la segunda -correspondencia- la verdad es corolario de la relación de reciprocidad de una proposición fáctica con la situación real o experimental del contexto.³⁰²

De esta forma, la verdad procesal como correspondencia debe aproximarse a la verdad histórica del mundo externo y al ideal de justicia mediante la comprobación; pero concebida como coherencia contribuiría al desorden social y a su fin debido al desmedido criterio de subjetividad del juzgador penal, cuyo orden psicológico en variadas ocasiones sobrepasa al lógico derivando en una decisión injusta e irreal; en el plano extraprocesal esta verdad-coherencia es la principal herramienta de los defensores técnicos.³⁰³

Por ende, si se parte del ideal de verdad histórica su reconstrucción se concreta mediante una aproximación objetiva a la realidad (verdad-correspondencia), pero en el proceso punible esta realidad se materializa parcialmente a través de los medios de prueba dando lugar a la verdad procesal, cuyos resultados se verifican en el criterio supremo de certeza (verdad-coherencia) contenidos en la sentencia penal; por tal razón, la decisión judicial no siempre alcanza ni comporta el ideal de verdad verdadera (histórica).³⁰⁴

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano la verdad procesal constituye un principio rector de la administración de justicia y, envuelve una condición ineludible del fallo, según la cual el juez deberá resolver un caso concreto considerando únicamente los elementos aportados por los sujetos procesales.³⁰⁵ En este sentido, la prueba de oficio o “para mejor resolver”, cuya práctica deviene de una facultad discrecional del magistrado y en la práctica ocasiona un desequilibrio en la igualdad de armas, quedaría excluida de dicha norma procesal, pues si bien la prueba de oficio formaría parte del proceso y sería primordial para determinar la verdad judicial, la misma quedaría excluida del presupuesto del artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, el cual establece como única salvedad a los hechos públicos y notorios que están exentos de exigencia probatoria y deben ser declarados en el proceso cuando sirven para fundamentar la decisión.³⁰⁶

1.3.3 Verdad sofista

La verdad como valor es objetiva, permanece inalterable en el tiempo pese al incorrecto y arbitrario comportamiento del juez que la desecha mediante fallos injustos;

³⁰² Taruffo, *La prueba*, 26-7.

³⁰³ Rodríguez, *Verdad histórica y verdad procesal*, 115, 119, 126.

³⁰⁴ *Ibíd.*, 138-9, 140, 144.

³⁰⁵ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial* art. 27.

³⁰⁶ *Ibíd.*

afianza uno de los fines de la justicia -dar a cada persona lo que le corresponda- a través de los medios de prueba; y es consecuente con la decisión político-estatal de dar respuesta positiva o negativa a las pretensiones de las partes procesales.³⁰⁷

Si bien la verdad histórica, material o absoluta resulta propiamente inalcanzable debido a la irrepitibilidad de los hechos pasados en cuestiones de tiempo, espacio y circunstancias; su reconstrucción se realiza indirectamente a través de las huellas y los testimonios, que incorporados a juicio como medios de prueba dan lugar a la verdad procesal, formal o relativa; y, una vez superada la fase de valoración de estos medios probatorios según su grado de validez y eficacia, se produce la verdad judicial plasmada en la sentencia condenatoria o absolutoria, la cual alcanza categoría de verdad legal particular cuando se han agotado los recursos de impugnación quedando el fallo en firme con calidad de cosa juzgada en un caso concreto,³⁰⁸ sin perjuicio de la verdad legal pública materializada en el imperio del ordenamiento jurídico vigente cuyo sentido obedece a la verdad-coherencia del legislador.³⁰⁹

En este sentido, entendiéndose que la verdad histórica debe guardar correspondencia con los fundamentos fácticos del caso concreto, para una parte de la doctrina resulta inaceptable la creación de una verdad puramente formal o artificial a través de la acusación o del estándar de la sana crítica basada en simples presunciones, estereotipos, intuiciones o antojos del juzgador.³¹⁰

De acuerdo a estos argumentos y conforme a la concepción sobre la injusticia, fuertemente asociada a la arbitrariedad y al error, surge la discusión acerca de la verdad judicial en sentido estricto, esto es, lo proyectado por el decisor en la sentencia penal como la verdad encontrada en el proceso; pero dicha verdad no siempre es histórica ni procesal, ya que la verdad puede traducirse en sofismas imperceptibles con apariencia de verdad, cuya falsedad generalmente se visibiliza a través de los recursos extraordinarios (casación o revisión) de la justicia ordinaria donde impera el criterio categórico de certeza.

En el plano de la Filosofía del Derecho, los sofismas son entendidos como argumentos falaces con apariencia de verdad, o están manifestados como verdad absoluta; se apoyan en recursos retóricos; se traducen en razonamientos anacrónicos formulados

³⁰⁷ Dávila, *La misión del juez ante la ley injusta*, 4, 6-8.

³⁰⁸ Jauchen, *Estrategias para la defensa en juicio oral*, 31-3, 41-2.

³⁰⁹ Rodríguez, *Verdad histórica y verdad procesal*, 126, 130.

³¹⁰ Jauchen, *Derechos del Imputado*, 108.

para contrariar, confundir, manipular, menoscabar o vencer a la contraparte;³¹¹y, en el ámbito jurídico se contraponen a los fines del proceso penal.

En la relación jurídico-procesal los sofismas dan lugar al criterio de verdad sofista, encarnada por la figura del juez cuya *doxa* se impone en la sentencia disfrazada de objetividad, con un predominio impresionante de su plano subjetivo; en este espacio decisonal su sentido pragmático y utilitarista cobran vida con aspecto de auténtica verdad, matizada por la connotación histórica del hecho delictivo, la deconstrucción de los medios probatorios y la hábil interpretación de su contenido y eficacia, supuestos usados para sostener su criterio de convicción.

La verdad sofista encuentra asidero en el pragmatismo y en la teoría de la verdad-coherencia. Su éxito depende: a) de la imponencia de lo tenido como verdadero para cubrir una expectativa utilitarista, en su gran mayoría desnaturalizada cuando adquiere una significación mercantil en el sistema judicial o en el ejercicio de la abogacía; y, b) de la interpretación como un medio para moldear la verdad según la intención del juez.³¹²

Es verdad que en este campo no se pueden eliminar reacciones subjetivas, y no es posible hacer del juez una máquina, pero hay que tener presente que el proceso tiende, si no a la verdad, al menos a la objetividad, en la medida que cabe alcanzarla.³¹³

En el contexto del proceso punitivo, la verdad sofista deconstruye las formas de interpretación autorizada por la ley penal; se sirve del estándar de suficiencia probatoria en vigor para justificar las falacias fáctico-jurídicas de un fallo; se expone a la contraargumentación materializada en el derecho a recurrir; y, se revierte mediante las sentencias de casación o revisión con efectos irreversibles *inter partes*, tal como se desprende del caso 17296-2019-00038 analizado en este apartado, donde el tribunal ad quem bajo estos lineamientos cambia el cuadro fáctico para sustentar su decisión condenatoria, basado en la alteración de la voz de la víctima y expresado en la indebida aplicación del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal a cuya conducta típica no eran subsumibles los hechos fijados en el proceso.

Abordado el presupuesto de la verdad desde una visión integral en los términos *ut supra*, se puede concluir que, pese a las tesis de la doctrina dominante europea (España e Italia) acerca de la existencia de una verdad traducida en hechos (verdad material) y de la

³¹¹ Jesús Santaella, “Sofismos: ¿Qué son, cuáles son sus tipos y cómo se identifican?”, *Economía* 3, 14 de julio de 2023, párr. 2-3, 10, <https://economia3.com/sofismos-definicion>

³¹² Rodríguez, *Verdad histórica y verdad procesal*, 81, 122, 134.

³¹³ Michele Taruffo, *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*, (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2023), 52.

reconstrucción de estos hechos en el proceso (verdad procesal), es sumamente relevante hacer mención a la clasificación de la verdad para clarificar el alcance del artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, por cuanto “la concepción de la verdad procesal como correspondencia con la realidad externa y, por lo tanto, como demostrabilidad en juicio mediante pruebas, es válida para todo tipo de hecho que el juez deba verificar.”³¹⁴

En la *praxis* penal este enunciado, vinculado a la obtención y valoración de la prueba, se verifica en la etapa de juicio:

cuando el aquo dicta sentencia, por efecto del principio de preclusión, la actividad probatoria ha fenecido antes del alegato de cierre de las partes, alcanzándose la verdad procesal que no siendo absoluta ni inmutable, puede entrañar error (de juicio) que puede ser enmendado por el adquem mediante el recurso de apelación a petición de parte, que abre el examen sobre la corrección de juicio (y sus conclusiones) en la decisión del aquo sobre la aplicación del derecho a los hechos, esto a partir de la prueba que ha sido actuada en juicio.³¹⁵

De estas referencias teóricas se infiere que, fuera del proceso existe otra verdad o una verdad no procesal doctrinariamente identificada como verdad material, absoluta, real o histórica (equivalente al hecho real concreto -objeto de investigación); que la verdad procesal al no ser absoluta se torna en verdad relativa o formal (hecho probado lícitamente en juicio); que la verdad procesal al no ser inmutable da lugar a una verdad subjetiva, mutable, sofista o moldeable, sea a criterio del juzgador o como parte de la tesis de la acusación o contratesis de la defensa (hecho pragmático -base de la decisión injusta-); y que la verdad procesal adquiere la calidad de verdad objetiva cuando guarda correspondencia con las alegaciones y los elementos de prueba legalmente aportados por las partes; en conclusión, se puede hablar de una sola realidad (hecho real concreto) pero no de una sola verdad, de esta diferenciación surge la utilidad y conveniencia de su clasificación, acogida por gran parte de la doctrina latinoamericana con fines académicos, para la explicación del principio adjetivo de verdad procesal.

1.3.4 Exigencia de imparcialidad judicial en materia penal

El juzgador va formando su criterio de convicción durante la sustanciación del proceso penal, pero en ocasiones su postura es incompatible con los recaudos procesales, pues sus sesgos, intereses y perspectivas descontextualizan la decisión sostenida por

³¹⁴ Michele Taruffo, “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”, 48.

³¹⁵ Richard Villagómez Cabezas, *El recurso de apelación*, 134-5.

constructos falaces disfrazados de verdad, generando el dilema entre el ser y el deber ser de la administración de justicia.

La norma constitucional y legal ha fijado como derecho de los sujetos procesales la imparcialidad de los jueces, ya sea en el ejercicio de su función (dimensión funcional legitimadora de naturaleza legal³¹⁶) como en su posición personal (dimensión personal presuntiva de carácter subjetivo-formativo³¹⁷) acerca de las personas intervinientes y la materia juzgada sobre las cuales debe emitir una decisión obligatoria,³¹⁸ donde están en juego los ideales del ser y deber ser de la persona del magistrado frente a una sociedad anhelante de justicia.

En doctrina, considerando la evolución de la figura del juez desde la antigüedad, la selección del mismo implica no solamente condiciones cognitivas y empíricas vastamente consolidadas, sino también atributos personales (intuición) y conciencia moral (honestidad) guiados por el inmutable valor justicia, al margen de su interés personal (independencia interna) y de cualquier otra injerencia personal o institucional (independencia externa).³¹⁹

Sin embargo, la personificación de este ideal es inalcanzable debido a la naturaleza humana del juzgador. La colectivización del reproche individual, la permanente presunción social de culpabilidad acentuada vía mediática, el impacto social de ciertos delitos, las opiniones dominantes de la sociedad, la inexperiencia técnica y los sesgos ideológicos personales, influyen irrevocablemente en el pensamiento del decisor e incluso anulan la duda y menoscaban el estado de inocencia;³²⁰ por tales motivos, el ejercicio de la justicia criminal para alcanzar la verdad implica un combate decidido del juez contra su yo interior.³²¹

El juzgador, en su función exegética orientada a la solución de conflictos y al bien común, a más del conocimiento de las circunstancias del caso concreto, de la ley en abstracto y de las pretensiones de los intereses públicos, requiere de un sentido lógico, ético, humano y solidario; de la comprensión sociológica de su entorno sin escapar al plano moral de ésta; y de una conciencia objetiva en la adopción de sus fallos evitando la incidencia (positiva o negativa) de sus opiniones y motivaciones íntimas,³²² donde la

³¹⁶ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 521.

³¹⁷ *Ibíd.*, 520-1.

³¹⁸ *Ibíd.*, 506.

³¹⁹ Dávila, *La misión del juez ante la ley injusta*, 1-4, 20.

³²⁰ Nieva, *La duda en el proceso penal*, 102-128.

³²¹ Rodríguez, *Verdad histórica y verdad procesal*, 135.

³²² Dávila, *La misión del juez ante la ley injusta*, 1-4, 98-104, 127.

objetividad sea tanto la regla para la búsqueda y esclarecimiento de la verdad como el paradigma para consolidar su convicción.³²³

En esta misma línea, es trascendente la sujeción del magistrado al principio de proporcionalidad para soslayar el menoscabo y la anulación de los derechos constitucionalmente protegidos; si bien la valoración de la prueba en conjunto es base de la decisión, ésta puede ser recurrida y controlada por instancias judiciales superiores cuando en el proceso valorativo y exegético se han considerado pruebas obtenidas al margen de la ley o medidas desproporcionadas, cuya valoración es prohibida e inequitativa, de ahí, la finalidad del control de cumplimiento del principio de prohibición de exceso se encamina a jerarquizar el criterio de proporcionalidad sobre el de eficacia en el ámbito procesal penal,³²⁴ un clásico ejemplo en la *praxis* judicial es la valoración del testimonio anticipado receptado en ausencia de la persona procesada y de los peritajes errados como base de la sentencia de condena, limitándose así los derechos de defensa y contradicción del sentenciado.

Si bien el término imparcial implica una posición neutral, en la vida jurídica este atributo pierde significado por cuanto, en la resolución de un conflicto social y bajo la consigna de una sociedad libre de violencia, la decisión de condena o absolución termina favoreciendo a uno de los sujetos intervinientes; no obstante, la doctrina ha establecido tres variables para alcanzar el ideal de imparcialidad del juez: a) su independencia frente al poder del Estado; b) su imparcialidad frente al objeto y los sujetos del caso; y, c) su competencia para el conocimiento y resolución del caso, bajo las modalidades de prevención legal.³²⁵

Desde sus inicios la doctrina venía advirtiendo algunos riesgos en la interpretación judicial; según sus múltiples elaboraciones, el juzgador en su tarea de administrar justicia se halla fuertemente vinculado e influenciado por factores personales, políticos, sociales y culturales, los cuales formarán su propio sentido de justicia o racionalizarán su reacción, debiendo depositar la confianza en sus íntimos sentimientos, siguiendo la tradición jurídica o el derecho vigente;³²⁶ pese a la premisa de que la interpretación busca el alcance del texto legal enmarcado dentro de su *sentido literal posible*.³²⁷

³²³ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 521.

³²⁴ Nicolás González-Cuéllar Serrano, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, (Lima: CENALES Fondo Editorial, 2018), 403-9.

³²⁵ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 740-2.

³²⁶ Alf Ross, *Sobre el Derecho y la Justicia*, 2.^a ed., (Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1997), 131-2.

³²⁷ Mir, *Derecho Penal Parte General*, 125.

El imperativo categórico de imparcialidad tiene gran relevancia durante la valoración de la prueba penal especialmente testimonial, conforme al criterio relevante receptado de la tradición judicial y jurídica española. Si bien la víctima envuelve la calidad de testigo en el marco del proceso judicial, su declaración es fundamental para la reconstrucción de la verdad en cuanto no solo presencié los hechos sino también experimentó los daños directos del hecho punible, a diferencia de otros testigos oculares o meramente referenciales; por tanto, el testimonio de la víctima goza de preferencia y especial atención, pero en su estimación probatoria no se exime de la aplicación de los criterios de credibilidad subjetiva (condiciones personales del declarante, sus motivaciones y su relación con el imputado), insistencia en la incriminación (testimonio íntegro, sostenido, conexo e inamovible) y verosimilitud de la declaración (lógica y coherencia del relato, posibilidad de su validación objetiva externa), lo cual implica una posición objetiva del magistrado cuya doxa no debe estar influenciada por prejuicios relativos a la forma de prestar la declaración, a su contenido, ni a la expresión corporal o facial del testigo, sea víctima o no, independientemente de la verificación de la aptitud del declarante (condiciones de vulnerabilidad, enfermedad mental, estado de conciencia), de ahí la importancia de otras pruebas de ratificación en caso de observarse estereotipos acerca de la víctima en la actuación de los operadores de justicia,³²⁸ aún más cuando la apreciación del testimonio de la víctima como prueba reina para condena contraría la regla del artículo 502.1 del Código Orgánico Integral Penal que señala: “El testimonio se valorará en el contexto de toda la declaración rendida y en relación con las otras pruebas que sean presentadas.”³²⁹

En definitiva, pese a las facultades jurídicas concedidas al decisor, ante una ley injusta corresponde a éste dar vida a la norma mediante un sigiloso ejercicio interpretativo acorde al sentido de justicia, la jurisprudencia, la doctrina y los cambios sociales permanentes.³³⁰

Aunque la duda psicológica persistirá en la mente del juez, corresponde a éste emitir su fallo objetivamente motivado, apoyado en la verdad resultante de los medios probatorios lícitos aportados al proceso en coherencia con la ineludible presunción de inocencia.³³¹ De ahí, la verdad se alcanza cuando el juzgador supera las barreras

³²⁸ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 1051-3.

³²⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 502.

³³⁰ Dávila, *La misión del juez ante la ley injusta*, 67-8, 94.

³³¹ Nieva, *La duda en el proceso penal*, 164-7.

subjetivas de su racionalidad, pero este propósito también implica la obligación subsidiaria de la función legislativa de producir la ley ajustada a los cambios sociales con el aporte de las ramas científicas; de fiscalizar los resultados de sus creaciones; y, de reflexionar acerca del límite en el período de funciones de los operadores de la carrera jurisdiccional de todo nivel para asegurar a la sociedad soluciones judiciales más equitativas e imparciales a sus conflictos, con sujeción a los principios y obligaciones contempladas en el artículo 172 de la Constitución de la República del Ecuador.

En referencia al concepto de imparcialidad, es pertinente una breve referencia al fallo del tribunal ad quem atacado mediante recurso de casación en el proceso 17296-2019-00038. Su contenido da cuenta de un cuadro fáctico viciado por agregaciones a la voz de la víctima para justificar una sentencia de condena dictada al margen de las reglas del artículo 13 del Código Orgánico Integral Penal, del principio *in dubio pro reo* previsto en el artículo 5.3 *ibidem*, de la presunción de inocencia consagrada en el artículo 76.2 de la Constitución de la República del Ecuador, del principio de verdad procesal señalado en el artículo 27 del Código Orgánico de la Función Judicial, de los derechos a la tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica consagrados en los artículos 75, 76 y 82 de la Carta Fundamental y del principio *iura novit curia* contenido en el artículo 140 del Código Orgánico de la Función Judicial, en este último caso por haber sustentado su decisión en hechos disímiles a los constantes en la teoría de la acusación y sin disquisición alguna sobre la finalidad de la prueba y el nexo causal referidos en los artículos 453 y 455 del Código de la materia.

En ese contexto, la verdad del tribunal ad quem no equivale ni a la verdad histórica, ni a la verdad procesal y más bien esboza una verdad eminentemente sofista, relativa e infundada que afecta los derechos de los sujetos procesales al conocimiento de la verdad histórica, a la protección de su integridad personal y a una reparación eficaz por la revictimización a la cual ambos están sometidos durante el proceso judicial; en el caso de la presunta víctima en cuanto ésta se expone a la victimización continua por efectos de la sustanciación de cada etapa procesal que culmina en una decisión infundada que le genera falsas expectativas; y, respecto a la persona procesada por el deterioro físico y emocional sufrido durante el tiempo que estuvo privado de la libertad injustamente, transformándose en víctima del sistema estatal y del proceso penal sustanciado y resuelto al margen del principio de mínima intervención previsto en el artículo 3 del Código Integral Penal y de los principios de duda a favor del reo, inocencia, igualdad, imparcialidad y objetividad contemplados en el artículo 5 *ibidem*, en este punto es

irrefutable la declaratoria de error judicial por efectos del último inciso del artículo 172 de la Constitución de la República del Ecuador, sobre todo cuando las personas inocentes han permanecido privadas de la libertad en circunstancias degradantes; pues, en la práctica, el sistema punitivo del Estado invisibiliza esta problemática y no se conduce con los efectos adversos de una sentencia de falsa condena emitida por sus delegatarios con absoluta irresponsabilidad, inconciencia y manifiesta negligencia, lo cual también genera un perjuicio al sistema judicial y penitenciario, en el primer caso, comprometiendo innecesaria e injustificadamente los recursos humanos y materiales del aparato penal; y en el segundo caso, recrudeciendo las críticas condiciones del sistema de rehabilitación social por cuanto el encarcelamiento ilegítimo de una persona amparada por el estado de inocencia involucra recursos pecuniarios destinados para su manutención, y al mismo tiempo, agudiza el hacinamiento. Entiéndase que el ejercicio de la justicia penal no se trata de condenar a mansalva.

Por añadidura, si bien los artículos 18, 22, 25, 29 y 34 del Código Orgánico Integral Penal establecen los presupuestos jurídicos para precisar la ilicitud de una conducta y su correspondiente sanción; en la sentencia del tribunal ad quem, sin ninguna prueba de ratificación y desfigurando la verdad histórica, el tribunal condenador utilizó un subterfugio fáctico para fabricar el verbo rector adecuando los hechos modificados *motu proprio* a la conducta tipo del artículo 170 *ibidem* y, adicionalmente aplica la agravante configurada en el numeral 8 del artículo 48 del cuerpo normativo en mención, sin haberse justificado en el proceso la relación de poder o autoridad entre la presunta víctima y procesado ni haberse considerado la edad real de la misma (18 años de edad). Conforme a lo anterior, si el topamiento alegado por la presunta víctima no se adecua al verbo rector del tipo penal de abuso sexual y no lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma, entonces la conducta del procesado no es penalmente relevante, es completamente atípica y no amerita sentencia condenatoria ni punición.

En síntesis, la referencia exclusiva a la actividad de los jueces del tribunal ad quem, cuyo fallo recayó en la causa No. 17296-2019-00038 y fue atacado a través del recurso de casación, conduce a varias interrogantes: ¿Cuál es el razonamiento probatorio de los jueces actuales en los casos de abuso sexual? Si no hay suficientes pruebas de cargo ¿por qué se condena en este tipo de infracciones sin ningún reparo y recurriendo a prácticas prohibidas por la misma ley? ¿Acaso sienten temor por futuras sanciones disciplinarias debido a la permanente mediatización de los delitos sexuales? ¿Por qué se

deslindan de sus responsabilidades y las delegan a los jueces superiores escudados en los recursos verticales legal y constitucionalmente establecidos?

Quizá las respuestas a estas cuestiones giran alrededor de las prácticas deshonestas que durante las últimas décadas han minado paulatinamente el sentimiento de justicia, pero también se remiten a una censurable indiferencia ante los nefastos resultados de un desmedido sistema penal materializado en los fallos de sus operadores. Pragmáticamente, estas irregularidades de orden legal y/o ético en un caso concreto podrían frenarse por la inmediata respuesta de los perjudicados mediante una acción penal por prevaricato o una acción disciplinaria por manifiesta negligencia o error inexcusable, pero estas soluciones jurídicas deberían tener un efecto *erga omnes* con el patrocinio del órgano administrativo competente, en el sentido de una exigencia de vocación ética de servicio con sentido de justicia, donde se priorice la comprensión de que la función de administrar justicia no se trata simplemente de una insensible operación mecánica, ni de la aplicación de una fórmula matemática atractiva para los interesados en la contienda judicial, sino que requiere un trabajo deóntico, humanista y formativo en pro de la sociedad, coherente y congruente con la verdad, las finalidades del sistema jurídico y los postulados del artículo 172 de la Constitución de la República del Ecuador, disposición sustantiva donde a más de la aplicación del principio de la debida diligencia previene que los jueces “serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.”³³²

2. Análisis del caso No. 01283-2016-02033³³³ (recurso de revisión)

La Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito conoce el recurso de revisión interpuesto por el sentenciado J.D.Y.T. quien, invocando la causal tercera del artículo 659 del Código Orgánico Integral Penal, impugna la sentencia condenatoria donde se le impone la pena privativa de libertad de seis años ocho meses por la concurrencia de la agravante prevista en el número 9 del artículo 48 *ibidem*, más multa de doce salarios básicos unificados, y se le condena al pago de cuatro mil dólares en concepto de daños y perjuicios así como a la pérdida de sus derechos de participación

³³² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 172.

³³³ Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, “Resolución Nro. 1619-2020”, Juicio No. 17282-2016-02033, 19 de noviembre de 2020, en *Gaceta Judicial CXXV*, número 5, serie XIX (2020): 2746-61. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/Gaceta/Gaceta-Judicial-V-serie-XIX.pdf

por haber sido declarado como responsable y autor directo del delito de abuso sexual tipificado y sancionado en el artículo 170 de la misma norma.³³⁴

Este medio impugnatorio ataca el fallo de condena dictado por el Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Cuenca con fecha 12 de julio de 2017, en el proceso No. 01283-2016-02033; decisión confirmada por la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay, el 05 de octubre de 2017, que fue objeto del recurso extraordinario de casación, el cual se inadmitió por la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, mediante auto de 20 de julio de 2018 debido a la falta de los requisitos de admisibilidad y de fundamentación. Ejecutoriada la decisión condenatoria el recurrente J.D.Y.T. interpuso recurso extraordinario de revisión que fue inadmitido por falta de fundamentación el 29 de mayo de 2019, las 15h02, posteriormente, el sentenciado J.D.Y.T. interpone por segunda ocasión el recurso de revisión por considerar que la sentencia del tribunal a quo contiene errores de hecho implícitos en el Art. 658.3 del Código Orgánico Integral Penal,³³⁵ esto es, por fundarse la sentencia en testigos falsos o informes periciales errados.

En función de la causal invocada, durante la audiencia de sustentación del recurso especial de revisión el recurrente practicó nuevas pruebas de carácter testimonial y pericial. Por una parte, tres testigos nuevos (J.E.B.M., J.M.W.L. y E.R.J.D.) de forma concordante así como en consideración al cargo y las actividades realizadas por el recurrente en unidad de tiempo y espacio en la Comisión de Tránsito del Ecuador, expresaron que la presunta víctima (servidor de la institución antes referida) acusó al sentenciado de la comisión del delito de abuso sexual en represalia al cambio de plaza de trabajo de su pareja; y, por otro lado, la perito psicóloga M.E.P.O., encargada de la auditoría técnico-forense del informe psicológico de la presunta víctima, determinó que éste adolecía de errores técnico-metodológicos y carecía de fundamentos científicos.³³⁶

Bajo este contexto, el tribunal revisor centró su análisis en la nueva prueba pericial, de cuyo contenido se dedujo que en el peritaje psicológico de la víctima no se explicitó la metodología, el número de entrevistas, los protocolos de evaluación utilizados, los resultados de los supuestos tests aplicados, el diagnóstico real de la persona evaluada, la base técnico-científica en relación a los elementos fácticos del caso, ni la explicación del nexo causal entre el hecho punible y la lesión o afectación expresada en

³³⁴ *Ibíd.*, 2746-7.

³³⁵ *Ibíd.*

³³⁶ *Ibíd.*, 2748-51.

un diagnóstico-consecuencia, y en la temporalidad, sintomatología o clínica de la víctima dentro del período comprendido entre la ejecución del delito (26 de enero de 2016) y la evaluación del afectado (mes de abril de 2016), que demuestren la existencia de un daño psico-emocional con alto impacto en todo los ámbitos de su vida personal.³³⁷

La perito forense durante la sustentación de su informe particular estableció la existencia de un error diagnóstico en el peritaje auditado; aclarando que, para verificar el daño en la psiquis de una persona por efecto de un hecho traumático dentro del lapso de cuatro meses, debe existir un desorden o alteración de la personalidad en las esferas volitiva, afectiva, cognoscitiva y emotiva; de no verificarse estas condiciones solamente se configuraría un trastorno o un diagnóstico psicológico.³³⁸

En referencia al aspecto formal del informe auditado, la experta refirió que una evaluación psicológica debe practicarse: a) mediante un protocolo-guía donde se especifique el objeto, metodología, reactivos psicológicos y tipo de entrevistas a aplicarse de forma objetiva, evitando su contaminación; y, en caso de ser necesario, b) a través de un protocolo adicional para una evaluación accesoria de la declaración, la cual debe ser previamente grabada o filmada con la anuencia de la persona evaluada para evitar su revictimización, especialmente en los casos donde se indaga la credibilidad del testimonio.³³⁹

Además, reiteró la obligación de todo perito acreditado por el Consejo de la Judicatura de emitir los informes cumpliendo los requisitos del artículo 21 del Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, esto es, con la indicación de las bases técnico-científicas y bibliográficas, de las evidencias documentales y de las conclusiones fundamentadas del caso en concreto.³⁴⁰

En dichas circunstancias, el tribunal de revisión restó eficacia a las pruebas de la acusación evacuadas en la etapa de juicio, y, acogiendo la prueba testifical y pericial practicada en la fase de impugnación, ratificó el estado de inocencia del sentenciado y declaró como falsos a los testimonios de la presunta víctima y sus testigos, y como errado al informe psicológico de primera instancia; revalidando el hecho de que, si bien el testimonio de la víctima es relevante en los casos relacionados con la integridad sexual y reproductiva por su carácter de puerta cerrada, son inexorables las pruebas de

³³⁷ *Ibíd.*, 2751-3.

³³⁸ *Ibíd.*, 2753-4.

³³⁹ *Ibíd.*, 2754.

³⁴⁰ *Ibíd.*

corroboración que valoradas en conjunto pueden generar en el decisor un convencimiento más allá de toda duda razonable,³⁴¹ conforme así lo expresó en la parte considerativa:

Si bien es cierto que dentro de los procesos penales por delitos contra la integridad sexual y reproductiva adquiere total relevancia el testimonio de la víctima, al tratarse de infracciones que se cometen generalmente en la clandestinidad, tal como lo sostiene la doctrina autorizada y ha sido objeto de múltiples pronunciamientos por parte de esta Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Nacional de Justicia, éste debe ser valorado en conjunto con los demás medios probatorios, con la finalidad de que los juzgadores puedan tener el convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la existencia de la infracción y la responsabilidad del justiciable. Al contrario de lo examinado, este tribunal de revisión tiene el convencimiento, a partir de las declaraciones de las personas presentadas en audiencia, que la sentencia objetada se sustenta principalmente en el testimonio falso de J.P.A.A., y en ese mismo sentido de [J.C.M.R.] y [E.M.M.S.]³⁴²[Por otra parte], como lo sostuvo la perito María Elena Polit Ordoñez, quien ha acreditado experiencia y conocimiento en su campo, el informe auditado no cuenta con el señalamiento de la metodología aplicada, ni se tiene la seguridad de que los tests que allí constan fueron realmente empleados, por lo que, además de no observar los requerimientos de orden reglamentario para este tipo de documentos, las conclusiones a las que se arriban no tienen sustento técnico ni científico, por lo que a todas luces nos encontramos frente a un informe pericial errado,³⁴³ ... por lo tanto, al suprimir estos elementos de prueba, no se tiene que [J.D.Y.T.] haya ejecutado sobre J.P.A.A., o lo haya obligado a ejecutar sobre sí mismo, actos de naturaleza sexual, en contra de su voluntad, consiguientemente, no se cumplen los elementos típicos del delito de abuso sexual, previsto en el Art. 170 del Código Orgánico Integral Penal. En definitiva, el tribunal de primer nivel cometió un error de hecho, esto es, un yerro al momento de establecer la premisa fáctica de su resolución, debido a los testimonios falsos de algunas personas, entre ellos la víctima, y la equivocación del informe pericial psicológico, por lo cual, el ejercicio posterior de subsunción del caso concreto a la norma está viciado, al no corresponder los acontecimientos demostrados con la hipótesis de la disposición referida, lo que significa que, al haber justificado el recurrente la causa tercera del Art. 658 *ibídem*, o lo que es lo mismo, que la sentencia condenatoria se dictó en virtud de testigos falsos y un informe pericial errado, se ha destruido su calidad de cosa juzgada y de la decisión alcanzada en su contra.³⁴⁴

Desde este panorama jurídico-procesal, vale precisar que el recurso de revisión es un medio impugnatorio previsto en el artículo 658 del Código Orgánico Integral Penal, cuyo propósito es destruir la calidad de cosa juzgada de una decisión condenatoria, poniendo en duda la certeza del tribunal de juicio; este recurso procede cuando el fallo de condena se halla ejecutoriado, desplaza la carga de la prueba al sentenciado para justificar la inexistencia de la infracción y la ausencia de su responsabilidad en el presunto hecho punible; y, los resultados probatorios posibilitan la ratificación del estado de inocencia

³⁴¹ *Ibíd.*, 2758-61.

³⁴² *Ibíd.*, 2759.

³⁴³ *Ibíd.*, 2760.

³⁴⁴ *Ibíd.*, 2761.

así como la recuperación de los derechos de libertad de la persona sentenciada, y el resarcimiento vía repetición por parte del Estado o a través de acciones disciplinarias.³⁴⁵

En función de estas premisas y considerando que la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 609-11-EP/19 de 28 de agosto de 2019, advierte:

30... La decisión judicial se estructura lógicamente, de tal forma que guarda la debida coherencia y relación entre los alegatos y las normas jurídicas, siendo que los criterios jurídicos vertidos a lo largo de la misma tienen un hilo conductor con los argumentos puestos en conocimiento del operador de justicia. De este modo, el fallo es coherente entre las premisas fácticas (causas), las disposiciones aplicadas al caso concreto (normas), la conclusión y decisión final del proceso.³⁴⁶

Resulta factible concluir que el fallo de revisión dictado en el proceso penal No. 01283-2016-02033 representa la dicotomía del contexto de cada operador en el sistema de justicia, traducido en el combate entre el ser y el deber de su intervención en el proceso penal, donde las posiciones antagónicas se miden en los resultados del litigio. Por una parte, el sistema acusatorio penal permite que el monopolio de la prueba se concentre en la Fiscalía produciendo una desigualdad de armas respecto a la persona procesada. Esta ventaja se refleja en una implacable teoría de imputación, acompañada de prácticas extraprocesales reprochables para la fabricación de las pruebas, verbigracia instruyendo a la víctima previo a la rendición de su testimonio, o sugiriendo gráficamente al inculpado durante la diligencia de identificación del sospechoso, o rompiendo la cadena de custodia para conocer anticipadamente los resultados de la investigación, o incluso nominando como testigos a personas de confianza de la presunta víctima que se prestan para dar contenido o sustentar una falsa imputación, como sucede en el caso estudiado.

Al contrario, “la ineficiencia probatoria de la acusación [jugará], de hecho, a favor del acusado, que será absuelto con mayor facilidad cuanto más escasa sea la actividad probatoria de la acusación (aunque esto, naturalmente, no juega a favor de la determinación de la verdad).”³⁴⁷

Por otro lado, los peritos como auxiliares de la administración de justicia están obligados a proveer al tribunal de primera instancia las conclusiones técnicas de la

³⁴⁵ Richard Villagómez Cabezas, *El recurso de revisión penal en el Estado constitucional de derechos y justicia*, 2.ª ed. (Quito: Correo Legal Editorial, 2018), 10-1.

³⁴⁶ Ecuador, Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 609-11-EP/19”, en *Caso No. 609-11-EP*, 28 de agosto de 2019, párr. 30. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYw1pdGUyMDIzJywgdXVpZDonMjhjNDc2MWMtNzgwMS00OGJhLWJlMmEtMWJiODVIMDA1NDE3LnBkZid9

³⁴⁷ Michele Taruffo, “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”, en *Discusiones Prueba, conocimiento y verdad*, Año III, No. 3, 2.a ed., mayo 2023, (Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2023), 112. <https://revistas.uns.edu.ar/disc/issue/view/195/25>

investigación realizada en el caso concreto, así sus condiciones de idoneidad y probidad entran en juego durante la sustanciación de la audiencia de juicio y se potencian durante la valoración de su aporte como medio de prueba.

2.1 La actuación de los peritos en materia penal

De manera general, el informe pericial, válida y legalmente sustentado en audiencia de juicio, se instituye en un medio probatorio gravitante en la decisión del juzgador, quien le dota de un elevado grado convictivo por gozar de la presunción de especialidad, certeza y concreción fáctico-técnica de las circunstancias del acontecimiento delictivo, sus causas y efectos.³⁴⁸

El dictamen forense objetivo practicado por peritos acreditados debe guardar coherencia con los métodos científicos aplicables al caso concreto; su eficacia y validez como medio probatorio individual o de apoyo a la prueba testimonial se limita al ejercicio contradictorio de las partes.³⁴⁹

En el campo indagatorio de los delitos ejecutados contra la integridad sexual y reproductiva sobresale el desempeño de los peritos en Psicología, si bien su trabajo está limitado objetivamente a la verificación de un posible efecto traumático en la víctima por la lesión a su integridad sexual y a la explicitación de su orden psíquico en un escenario histórico determinado; en la *praxis*, la actuación pericial es fuertemente cuestionada debido al recurrente contenido valorativo de sus informes, generalmente observado en el criterio de credibilidad (verdad) o incredibilidad (mentira) del testimonio de la persona evaluada implícito en sus conclusiones, cuando dicho discernimiento es una atribución privilegiada del juez.³⁵⁰

La ley establece de manera taxativa los requisitos de un informe pericial, pero los parámetros de la entrevista, protocolos, guías e instrumentos a aplicarse quedan a criterio del perito psicólogo, quien en su labor puede recurrir a los procedimientos sugeridos por sectores académicos influyentes entre ellos el SATAC (Simpatía, Anatomía, Tocamientos, Abuso –contexto-, Cierre) entendido como un proceso semiestructurado destinado a la obtención de amplia información mediante narraciones sobre diversas vivencias de la persona entrevistada; o la utilización de muñecos diseñados en base a la

³⁴⁸ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 701-3.

³⁴⁹ *Ibíd.*, 675.

³⁵⁰ De la Pava, *Credibilidad del testimonio del menor*, 178-9.

anatomía humana correcta para el caso de entrevistas con niños y niñas víctimas de delitos sexuales.³⁵¹

Si bien en la práctica el decisor acoge el relato de la víctima esgrimido durante el examen médico y sobrevalora la pericia psicológica, el dictamen forense en sí mismo no debe constituirse en una verdad absoluta, por cuanto su contenido está altamente plagado por criterios subjetivos inaceptables y generalmente responde a los indicios recopilados en una sola entrevista con el psicólogo, la cual es insuficiente para emitir un diagnóstico objetivo sobre la lesiones producidas en la integridad de la persona afectada así como las secuelas psíquicas reales causadas por el suceso traumático investigado en un caso concreto, cuya determinación requiere de varias reuniones valorativas con el experto donde se aplicarán protocolos, tests, procedimientos y tratamientos terapéuticos para atenuar los efectos perjudiciales del hecho delictivo y sobre todo para disminuir el margen de error diagnóstico, lo cual puede verificarse por el juzgador a través de un interrogatorio eficaz entorno a la experticia del perito y los fundamentos científicos y técnicos aplicados para validar su dictamen.³⁵²

En tal sentido, es trascendente la diferenciación entre la evaluación clínica y la evaluación pericial, si bien la primera -evaluación clínica- responde a la espontaneidad, confidencialidad y voluntariedad del evaluado así como a la posibilidad de una intervención terapéutica para tratar una psicopatología; la segunda -evaluación pericial- se somete a exigencias técnico-formales, a la probabilidad de simulación, manipulación, disimulación y poca colaboración del evaluado, así como a los sesgos ideológico-deónticos del evaluador, e incluso a su escasa preparación profesional en el ámbito forense sobre todo en áreas potencialmente sensibles relacionadas a menores de edad y personas con discapacidad, cuyo impacto se mide en la decisión judicial y en sus efectos sobre la persona evaluada.³⁵³

Desde esta visión, la responsabilidad de un perito idóneo se observa cuando su actuación envuelve una tarea objetiva, compleja y no revictimizante tendiente a identificar en la narración las expresiones y personalidades de la persona evaluada, contradicciones, supuestos de la imaginación o exageración de un hecho real; las cuales desvirtúan las categorías de autenticidad y espontaneidad del relato y, al mismo tiempo,

³⁵¹ *Ibíd.*, 180-2.

³⁵² *Ibíd.*, 183-6

³⁵³ Enrique Echeburúa, José Manuel Muñoz e Ismael Loinaz, “La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro”, *International Journal of Clinical and Health Psychology* 11, n.º 1 (2011): 154-6, <https://www.redalyc.org/pdf/337/33715423009.pdf>

configuran una enfermedad mental limitativa de la soberanía psíquica del individuo; circunstancias que contribuyen a una decisión judicial razonable, imparcial, justa y libre de hipótesis infundadas u otros criterios intrínsecos preconcebidos por los operadores y auxiliares de la justicia,³⁵⁴ sin perjuicio de la posición ocupada por la persona evaluada en la relación jurídico-procesal.

A este respecto, las contribuciones de las ciencias exactas e inexactas son gravitantes en los casos relacionados con tipos penales cuya comprobación e interpretación es altamente subjetiva, como es el caso del delito de abuso sexual.

Desde la Psicología su aporte significativo podría cristalizarse en la dotación de un psicólogo del testimonio en la recepción de las declaraciones de las partes con el ánimo de delimitar la duda del juzgador, siempre y cuando se permita la inmediatez de éste, la contradicción de las partes y la corroboración objetivo-científica motivada de los resultados de la intervención de dicho psicólogo, en contraste con otros medios probatorios de ratificación a ser valorados por el tribunal del juicio.³⁵⁵

Las ciencias exactas también ayudan, en gran medida, a la constatación científica-explicativa de la verdad y la realidad, pero esta labor vista desde el funcionamiento del cerebro humano, donde yace la concepción objetiva y subjetiva de la verdad en relación al mundo exterior, ha logrado la incursión de la Neurociencia en el campo jurídico, discutida y minuciosamente vigilada en los últimos años.³⁵⁶ Si bien en principio sus herramientas (electroencefalograma, electromiografía, resonancia magnética funcional) eran utilizadas por la corriente conductista de la psicología del testimonio para detectar la mentira en la declaración del testigo,³⁵⁷ en estos días su utilidad se expande a la categoría dogmática de culpabilidad para establecer la imputabilidad o no del acusado y a la fase de ejecución penitenciaria para efectos de la reincorporación del sentenciado a la sociedad.³⁵⁸

Esta visión integral de la pericia en materia de delitos sexuales permite concluir que el informe pericial psicológico evacuado en la audiencia de juicio del proceso penal discutido 01283-2016-02033, carecía de sustento fáctico, técnico y científico, por cuanto al basarse en el testimonio falso de la presunta víctima, las conclusiones obtenidas del

³⁵⁴ De la Pava, *Credibilidad del testimonio del menor*, 202-8.

³⁵⁵ Nieva, *La duda en el proceso penal*, 148-9, 154-7.

³⁵⁶ Rodríguez, *Verdad histórica y verdad procesal*, 99-104.

³⁵⁷ Nieva, *La duda en el proceso penal*, 149-50, 157.

³⁵⁸ Gustavo A. Arocena, *Neuroderecho Penal Neurociencias, culpabilidad penal y ejecución penitenciaria*, (Madrid: Editorial REUS/ B de F Editorial, 2021), 21.

mismo adolecían de error y, por ende, este vicio afectó la decisión judicial generando un falso positivo de condena.

Esta falla en las hipótesis fácticas también tuvo secuelas en la subsunción de los hechos a la conducta típica del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, ya que el razonamiento probatorio proveniente de las falsas hipótesis de hecho generó error en la decisión del a quo y una afectación directa al estado de inocencia de la persona sentenciada; pues “el juez formula una hipótesis interpretativa (lo que la prueba dice sobre el hecho) y la experiencia, en un primer momento, sirve de guía para la elección de una hipótesis atendible y, en un segundo momento, junto al conjunto de las propiedades del medio de prueba, sirve para dar soporte lógico a la hipótesis misma.”³⁵⁹

Por consiguiente, la adecuación de los hechos falsos a la conducta tipo de abuso sexual expone un problema subyacente al proceso de justipreciación de la prueba relacionado a la interpretación judicial y proveniente de la prueba. Este error es atribuible al perito ya que sus equivocaciones en el caso cuestionado inducen a error al juzgador, aún más cuando el informe pericial no reunía los requisitos formales y sustanciales contemplados en la norma procesal e incluía impresiones diagnósticas alejadas de la realidad del testigo, lo cual distorsionó la esencia de su función y desencadenó una sentencia injusta.

Estas circunstancias cuestionables y recurrentes en la *praxis* judicial podrían merecer una posición reactiva contra los peritos mediante la activación del régimen disciplinario contemplado en el Código Orgánico de la Función Judicial y en el Reglamento del Sistema Pericial Integral de la Función Judicial, o el inicio de una acción penal por fraude procesal si el caso concreto lo amerita. Mas la solución no se consigue mediante sanciones ni debe esperar de éstas, al contrario, la respuesta eficaz a este nudo crítico se alcanza simplemente con una actitud responsable, firme, objetiva y consciente en el ejercicio de la función que cada operador desempeña dentro del sistema de justicia en general, y dentro de un proceso judicial de manera particular.

3. Otras cuestiones de alta relevancia vinculadas al tipo penal de abuso sexual

Si bien el núcleo central de esta investigación versa sobre la valoración de la prueba en los casos de abuso sexual y los problemas de interpretación judicial subyacentes

³⁵⁹ Michele Taruffo, *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*, (Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2023), 50.

a dicho proceso, merecen especial atención tópicos de orden sustantivo y procesal que podrían modificar sustancialmente la situación jurídica de las personas procesadas por el presunto cometimiento de la infracción tipificada y sancionada en el artículo 170 del Código Integral Penal, entre ellos la incidencia de la intervención de la defensa, la afectación a los derechos de los sujetos procesales, la dosimetría penal y la pena.

3.1 La intervención de la defensa -técnica de la persona procesada-

La positivización de las normas jurídicas desde tiempos inmemorables tiene un trasfondo político, por cuanto la función legislativa, al desarrollar el contenido de los derechos en la normativa infraconstitucional, aplica el criterio ideológico del grupo dominante en sus filas con matices populistas ineficaces para solucionar la problemática social, tal como se verifica en el aumento del catálogo de infracciones o en el endurecimiento de las penas preexistentes, bajo el pretexto del reproche exasperado contra ciertos comportamientos sociales inadecuados.

Conforme a esta situación contextual, el juez sustancia el proceso penal salvaguardando los requisitos formales de cada procedimiento, y sin dar la importancia debida a los asuntos de fondo en aras de garantizar mínimamente los intereses de los sujetos procesales. Si bien la Constitución proclama los derechos de protección en el ámbito procesal (tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica), en el camino hacia la averiguación de la verdad éstos se ven trastocados por el decisor cuando escuda su actuación en el impulso fiscal muchas veces infundado, o por el inadecuado manejo técnico de la defensa, desencadenando perjuicios tanto para la presunta víctima como para la persona procesada, en el primer caso cuando se generan quiméricas esperanzas respecto a los resultados de la contienda judicial y, en el segundo caso cuando el descuido de la defensa conlleva la aplicación de una injusta sanción.

En las últimas décadas, el sistema de justicia criminal ha venido sufriendo una serie de transformaciones en virtud del intenso debate internacional sobre los derechos humanos de las víctimas y de las personas privadas de libertad, pero éstas se limitan a los aspectos de forma tales como cumplir los plazos, evitar la caducidad de medidas cautelares, impedir la prescripción de la acción o disminuir el índice de audiencias fallidas mediante la conminación a la Defensoría Pública; pero la solución a los problemas identificados en la fase de reparación o en los centros carcelarios no se solucionan matemáticamente, sino más bien requieren de una intervención articulada, consciente y

responsable de otros operadores de justicia entre ellos los defensores técnicos públicos o particulares, desde un plano práctico y teórico.

En la dimensión práctica, el ejercicio de la defensa en el sistema adversarial se origina en el principio de contradicción como garantía constitucional del debido proceso, y se materializa en la sujeción a los principios procesales positivizados en el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal, así como en el respeto a los derechos de protección consagrados en el Capítulo octavo del Título II de la Constitución de la República del Ecuador y a los principios rectores establecidos en el Capítulo II del Título I del Código Orgánico de la Función Judicial.

Al efecto, la connotación *técnica* de esta defensa obedece al hecho de ser ejercida por un profesional del Derecho, cuyo conocimiento científico debe plasmarse en la orientación de su defendido respecto a derechos y obligaciones; en el control de legalidad del proceso; en el examen crítico y refutación de los medios probatorios de la acusación; en la fundamentación fáctica y jurídica de su tesis con énfasis crítico en las pruebas de cargo; en el ejercicio del derecho a recurrir de la decisión de condena o de las medidas cautelares; y, en el uso efectivo de la persuasión y la argumentación como instrumento de influjo en el criterio del magistrado.³⁶⁰

Desde una dimensión teórica, la actuación de los defensores técnicos se refleja en la demostración fáctico-jurídica de su hipótesis de verdad en la audiencia de juicio, en doctrina usualmente denomina teoría del caso y correspondiente a *su versión sobre la realidad*,³⁶¹ cuya construcción no es improvisada ni volátil, como generalmente se observa en la *praxis*, ni obedece a un discurso marcado netamente formal; sino más bien envuelve una tarea compleja y decisiva para obtener una respuesta favorable a su pretensión.

La construcción de la teoría del caso parte de un presupuesto esencial, esto es, el conocimiento completo, detallado y objetivo del caso concreto, desde sus aristas fácticas y jurídicas (sustantivas y adjetivas); y de la dogmática, jurisprudencia y estándares internacionales adaptables al caso.³⁶²

Esta labor de la defensa técnica necesariamente implica la obligación de investigar, comprendida como un supuesto previo para la reconstrucción del hecho histórico, la construcción y comprobación de la verdad presentada al juez, y para rebatir

³⁶⁰ Jauchen, *Estrategias para la defensa en juicio oral*, 21, 53.

³⁶¹ *Ibíd.*, 18.

³⁶² Moreno, *Teoría del caso*, 45.

los argumentos de la contraparte; pero también como un presupuesto del derecho a la defensa de la persona inculpada.³⁶³

En este evento, la indagación de los defensores técnicos debe orientarse a fortalecer su teoría del caso y vislumbra:

- a) La examinación de los hechos base del expediente fiscal, de la versión de la persona imputada y de los testigos, del lugar de acaecimiento del delito y de los elementos de convicción de Fiscalía;³⁶⁴
- b) El análisis integral, desde el punto de vista jurídico, de los componentes deducidos de la imputación fiscal, y de los elementos del tipo penal al cual presuntamente se subsume el suceso investigado;³⁶⁵y,
- c) La búsqueda de las evidencias útiles, pertinentes y conducentes para justificar su hipótesis de verdad ante el tribunal de juicio, siempre y cuando sean susceptibles de admisión legal.³⁶⁶

Mas este trabajo indagatorio es opacado por el contrapeso del Ministerio Público en el impulso penal, pues a más de su potestad preferente del ejercicio de la acción pública, este litigante se beneficia del enorme aparataje estatal puesto a su disposición para cimentar su actividad probatoria con el fin de conseguir una sentencia de condena.

Ante dicha circunstancia, si Fiscalía construye el relato fáctico-jurídico de la acusación respetando los principios de congruencia, prohibición de sorpresa e igualdad de armas, para contribuir a una defensa efectiva, probar sus asertos ante el tribunal de juicio, y generarles convencimiento según el estándar de valoración vigente; el trabajo de la defensa se restringe a crear una historia disímil al de la imputación fiscal para demostrarla en la audiencia de juzgamiento o a contradecir las pruebas del otro litigante mediante la argumentación y/o el contraexamen para sembrar duda en el juzgador.³⁶⁷

En este marco, la intervención de la defensa en juicio depende de la alternativa escogida para sustentar su teoría del caso, por ello puede:

- i) Atacar la eficacia probatoria de Fiscalía sin presentar un relato opuesto a ésta³⁶⁸ (*duda razonable pura*³⁶⁹);

³⁶³ *Ibíd.*, 46.

³⁶⁴ *Ibíd.*, 47-8.

³⁶⁵ *Ibíd.*, 48.

³⁶⁶ *Ibíd.*, 48.

³⁶⁷ *Ibíd.*, 48-52.

³⁶⁸ *Ibíd.*, 56.

³⁶⁹ Elpidio Batista Ortiz, *El Abogado Defensor Puertorriqueño: Litigación, Vivencias, Casos y Comentarios*, (Puerto Rico: Ediciones Situm, 2002), 1: 79-80, citado en Leonardo Moreno Holman, *Teoría del caso*, (Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012), 56.

- ii) Presentar pruebas contradictorias para negar las de Fiscalía, en relación a uno o varios componentes del presunto hecho punible;³⁷⁰o,
- iii) Acoger los argumentos justificativos de la persona procesada, cuando ésta reconoce su participación en el delito bajo los supuestos de las causales de justificación; o los motivos de excusa, en cuanto el imputado reconoce su responsabilidad por haber incurrido voluntariamente en la conducta prohibida.³⁷¹

La primera opción -i)- corresponde a la defensa pasiva o negativa; aquí el defensor técnico se escuda en la presunción de inocencia del acusado, es incisivo en recordar al decisor a quién corresponde la carga de la prueba, y aplica los medios de defensa necesarios para negar los hechos o las repercusiones legales argüidas por el Ministerio Público, o desvanecer sus pruebas aprovechando los puntos endebles de la teoría fiscal; ya sea mediante un intenso debate argumentativo, la objeción o contraexamen de la prueba testimonial, o la prueba propia oportunamente aportada al proceso penal.³⁷²

La segunda alternativa -ii)- pertenece la defensa activa o positiva y se perfila como la mejor elección para obtener un fallo absolutorio, sea por la contundencia de la teoría probada o por la duda razonable del magistrado radicada en la prueba de la defensa;³⁷³ en este caso el defensor técnico construye una hipótesis de verdad incompatible o divergente con el relato de Fiscalía, la sustenta con evidencias probatorias idóneas tendientes a desvirtuar la teoría fiscal o demostrar la concurrencia de causas de exclusión de la conducta, de la antijuridicidad o de la inculpabilidad, e impugna la prueba fiscal,³⁷⁴ bajo el principio de contradicción y en ejercicio de los derechos constitucionales de tutela judicial efectiva, debido proceso y seguridad jurídica.

La tercera modalidad -iii)- configura una defensa formal o inactiva; es habitual en el contexto nacional especialmente en el ejercicio de la defensa pública, eslabón indispensable del sistema penal para evitar audiencias fallidas, en dos momentos: 1) cuando el defensor técnico hace acto de presencia para el desarrollo de las audiencias de flagrancia, formulación de cargos, preparatoria de juicio o cualquier otra donde la persona procesada se halle en indefensión por condiciones económicas o por ausencia de su patrocinador privado; y, 2) cuando el defensor técnico expresa al magistrado la decisión de su defendido de acogerse a un modo anticipado de terminación del proceso como el

³⁷⁰ *Ibíd.*, 56.

³⁷¹ *Ibíd.*, 56.

³⁷² *Ibíd.*, 57-8.

³⁷³ *Ibíd.*, 61.

³⁷⁴ *Ibíd.*, 58.

procedimiento abreviado, o cuando éste a falta de pruebas es un mero espectador en los procesos penales donde acude de oficio para suplir las deficiencias o dilaciones técnicas del abogado particular, limitándose a una argumentación sostenida o la contradicción efectiva tendiente a la disminución de la pena o al cambio de tipo penal con efectos favorables para su defendido.

En todo caso, si bien la hipótesis de la defensa circunscribe el terreno a escudriñar para justificar la verdad expresada en la teoría del caso, este quehacer presenta varias dificultades en el decurso procesal, entre ellas:

- I. La difusión segmentada del suceso investigado, en función de la relevancia jurídico-penal, para formar el criterio del juez;³⁷⁵
- II. La probable ineficacia probatoria individual de las evidencias sustentadoras de la teoría del caso, por la ausencia de otras pruebas de confirmación;³⁷⁶
- III. La imposibilidad de justificar la verdad debido a las limitaciones derivadas de la descripción oral de los hechos, ya sea por la falibilidad humana en la percepción y memorización de lo documentadamente indagado, o por la deformación de la verdad implícita en la transcripción verbal de la teoría del caso;³⁷⁷ y,
- IV. El error en la aplicación de las estrategias de litigación, no basta la recopilación de evidencias útiles, pertinentes y conducentes para acreditar la verdad de la teoría del caso, pues la forma de reproducirlas persuasivamente como prueba en audiencia incide en el criterio del tribunal de juicio.³⁷⁸

Pese a ello, los precedentes racionales expuestos causan poco impacto en las narrativas de los abogados quienes, en el afán de conseguir sus fines utilitaristas, en el proceso adversarial manipulan los hechos induciendo a engaño y error al juzgador, lo cual promueve la polémica acerca de la legitimidad y eticidad de su rol frente a la verdad y la carga de la prueba.³⁷⁹

En fin, tanto los defensores técnicos como los peritos tienen, en menor o mayor medida, un grado de responsabilidad en el ejercicio de su función; los abogados propendiendo a la garantía, respeto y efectividad de los derechos de su defendido, y los peritos realizando informes objetivos técnica y científicamente sustentados para proveer a los jueces de elementos probatorios necesarios para llegar a una decisión ecuánime.

³⁷⁵ *Ibíd.*, 23.

³⁷⁶ *Ibíd.*, 23.

³⁷⁷ *Ibíd.*, 24.

³⁷⁸ *Ibíd.*, 25.

³⁷⁹ Taruffo, *La prueba*, 197-202.

Aunque este ideal resulte utópico no es posible obviar las situaciones en que la inactividad, negligencia, impericia, desidia, parcialidad y subjetividad terminan conculcando los derechos de personas ilegalmente privadas de libertad, tal es el caso de los acusados de la infracción de abuso sexual *ut infra* se ejemplifica.

3.2 Afectación a los derechos de la víctima y principio *in dubio pro víctima*

Toda decisión judicial genera consecuencias jurídicas a los sujetos participantes de un proceso, en el ámbito penal la combinación binaria –víctima/persona procesada- es la pauta para determinar los derechos en discusión durante la relación jurídico-procesal nutrida desde la indagación previa hasta la fase de ejecución del fallo.

Entonces, si el juez desnaturaliza su función mediante decisiones injustas provocará en las partes procesales sentimientos de aflicción e impotencia según la solución dada al caso concreto;³⁸⁰ de este modo, la afectación es concomitante para la presunta víctima del hecho punible y para el supuesto autor cuando el sistema judicial no presta condiciones mínimas de imparcialidad y objetividad en la aplicación de la ley, por ello es importante la aproximación teórica al trasfondo y los principios concernientes a la víctima y el procesado en el entorno jurídico-penal.

El vocablo víctima en principio tuvo origen religioso por hallarse relacionado con los seres sacrificados como ofrenda a los dioses o con un rito; empero, con el desarrollo del *ius punendi* esta acepción se consolidó como un elemento del fenómeno criminal, donde víctima se consideraba a toda persona que sufría una lesión o los resultados nocivos de la infracción, siendo ésta el sujeto de interés para el Derecho Penal y la Criminología a decir de Neuman, y la base de la Victimología entendida como una rama de la ciencia bio-psico-social conforme lo señaló Mendelsohn.³⁸¹

A lo largo de la historia, la víctima pasó por tres etapas que van desde el protagonismo, la neutralización y el resurgimiento; ya que, en la evolución del proceso penal la víctima asumía el papel de ofendido cuando imperaba la venganza privada y éste hacía justicia propia en virtud de la Ley del Talión; durante el imperio de las 12 Tablas el afectado podía usar la venganza contra el victimario por la ofensa recibida; en la Edad

³⁸⁰ Dávila, *La misión del juez ante la ley injusta*, 8.

³⁸¹ Álvaro E. Márquez Cárdenas, “La Victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal”, *Revista Prolegómenos-Derechos y valores* 514, n.º 27, (Julio-Diciembre 2011): 31, <https://www.redalyc.org/pdf/876/87619038003.pdf>

Media la víctima fue anulada en el proceso inquisitorio y su existencia se limitaba a la aplicación de atenuantes; y, a partir de 1950 el desarrollo de la Victimología permitió el resurgimiento de la víctima en el proceso penal.³⁸²

Con el apareamiento de la Victimología se inició el análisis de la víctima de una infracción, su personalidad, condiciones físicas, biológicas, psicológicas, morales, sociales y culturales; su vínculo con el infractor y su rol en la causa del hecho delictivo; con este preámbulo, Mendelsohn identifica tres aspectos incluidos en esta ciencia: a) el aspecto bio-psico-social (el individuo frente a las posibilidades de convertirse en víctima exista o no un infractor); b) el aspecto criminológico (la personalidad de la víctima considerada en relación bio-psico-social con los problemas de la criminalidad, desde lo terapéutico y profiláctico); y, c) el aspecto jurídico (la víctima en relación a la ley sustantiva y adjetiva penal para efectos de la reparación).³⁸³

En el sistema penal acusatorio este objeto de interés se analiza desde tres niveles, tomando en cuenta que el estudio de la víctima también incluye su comportamiento aislado y vinculado a la conducta criminal de existir: i) nivel individual: la víctima; ii) nivel conductual: la victimización; y, iii) nivel de reparación del daño.³⁸⁴

La evolución de la Victimología ha develado un cambio multifacético en el estudio teórico de la víctima, el sistema procesal imperante y el contexto han contribuido a una variada clasificación. En este sentido, Mendelsohn realiza una distinción basado en la dosificación de la culpabilidad, posteriormente, considera el origen biopsicosocial del comportamiento de la víctima, y añade que en función de las correlaciones de culpabilidad la conducta de la víctima determina la sanción y la reparación, llegando a la siguiente división: 1) víctima completamente inocente o ideal (la que no interviene en el hecho criminal); 2) víctima de culpabilidad menor o víctima por ignorancia (la que por una circunstancia involuntaria provoca su propia victimización); 3) víctima tan culpable como el infractor o víctima voluntaria (la copartícipe); 4) víctima más culpable o víctima únicamente culpable (la que actúa con imprudencia o falta de cuidado); y, 5) víctima más culpable o únicamente culpable (la que resulta afectada cuando busca lesionar a otro).³⁸⁵

Por su parte, Von Hentig apartándose del ámbito jurídico, realiza una clasificación según la connotación por él atribuida a cada individuo, así: 1) las clases generales

³⁸² *Ibíd.* 34-6.

³⁸³ *Ibíd.*, 37.

³⁸⁴ *Ibíd.*, 37.

³⁸⁵ *Ibíd.*, 37-8.

conformadas por: i) los niños o jóvenes (inexperiencia); ii) la mujer (debilidad); iii) el anciano (discapacidad); iv) los débiles y enfermos mentales (incluye adicciones); y, v) los inmigrantes, las minorías y los tontos (desventajas); y, 2) los tipos psicológicos: a) el deprimido; b) el ambicioso; c) el lascivo; d) el solitario y acongojado; e) el atormentador; y, f) el bloqueado, el excluido y el agresivo.³⁸⁶

Esta doble ordenación parte de cuatro criterios que evidencian un tratamiento distinto a la víctima: 1) situaciones de la víctima, comprende a la víctima aislada (solitaria, se priva de la protección comunal); y a la víctima por proximidad (familiar o profesional); 2) impulsos y eliminaciones de inhibiciones de la víctima, contiene a la víctima con ánimo de lucro (susceptible a estafas); la víctima con ansias de vivir (trata de recuperar el tiempo perdido); la víctima agresiva (por saturación pasa de víctima a victimario); y la víctima sin valor (inútiles, estereotipadas como de menor valor); 3) víctima con resistencia reducida, incluye a la víctima por estados emocionales (primacía de sentimientos fuertes); a la víctima por transiciones normales en el curso de la vida (se consideran según el ciclo vital: i) la corta edad, ingenuidad, la confianza y la inexperiencia; ii) la pubertad y la vejez; iii) la mujer en embarazo o menopausia); la víctima perversa (psicopáticos); la víctima bebedora (influencia del alcoholismo); la víctima depresiva (autodestrucción); y la víctima voluntaria (no presta resistencia y permite el hecho delictual); y, 4) víctima propensa, agrupa la víctima indefensa (la intervención judicial es más lesiva que la lesión en sí misma); la víctima falsa (la que se autovictimiza); la víctima inmune (su victimización constituye un error); la víctima hereditaria; la víctima reincidente (la que por no tomar precauciones vuelve a ser victimizada); y la víctima que se convierte en autor (producto de la transmigración mutua de la violencia).³⁸⁷

Finalmente, Jiménez de Asúa realiza una categorización concreta de las víctimas: a) víctimas indiferentes, son las elegidas por el delincuente al azar; b) víctimas determinadas, son las escogidas directamente por el criminal; c) víctimas resistentes, pueden ser en forma real (la que se defiende efectivamente) o en forma presunta (la victimizada); y, d) víctimas coadyuvantes, son las que intervienen de forma activa en la infracción.³⁸⁸

³⁸⁶ *Ibíd.*, 38.

³⁸⁷ *Ibíd.*, 38-9.

³⁸⁸ *Ibíd.*, 39-40.

En el plano internacional, la figura de la víctima alcanza reconocimiento a partir del concepto de dignidad humana y gracias a su positivización en instrumentos internacionales sobre derechos humanos y en la legislación interna; a partir de este planteamiento la dignidad en el ámbito sexual está vinculada al derecho a la libertad de decidir sobre el cuerpo y la sexualidad, independientemente de cualquier atributo de origen moral.³⁸⁹

En la trayectoria histórica de la sociedad, las relaciones asimétricas de poder han venido minando los derechos de mujeres, niños, niñas y adolescentes mediante la naturalización de la violencia machista y la imposición de roles culturales estereotipados a cada individuo humano; transformándose en la principal fuente de vulnerabilidad de las víctimas y de vigorosidad de las personas agresoras.³⁹⁰

A partir de 1995, por efectos de la ratificación de instrumentos internacionales de derechos humanos destinados a la protección de la mujer contra cualquier tipo de violencia, la perspectiva de género se ha convertido en un enfoque transversal para el tratamiento de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, por tanto, bajo esta variable la apreciación probatoria en los casos de abuso sexual debe realizarse con una visión objetiva y equitativa; al margen de las construcciones patriarcales para eludir desigualdades, discriminaciones y exclusiones; con sujeción a las reglas y estándares incorporados a la normativa jurídica vigente; y, con especial énfasis en la persona titular del bien jurídico lesionado por la infracción penal -la víctima-.³⁹¹

En este espacio, la doctrina dominante ha sido concordante con la jurisprudencia al pronunciarse sobre la necesidad de protección de la intimidad de la víctima durante el desarrollo del proceso penal, así destaca la aplicación del principio de pertinencia, esto es, la exclusión de pruebas relacionadas a la conducta socio-sexual de la víctima *ex ante* y *ex post* al delito investigado; y del principio de amplitud probatoria en cuanto permite la obtención de la prueba desde la perspectiva de género.³⁹²

Por tal razón, la tendencia progresiva del rol de la víctima en el proceso penal ha sido determinante para desvanecer el criterio retrógrado de la jurisprudencia, en cuanto se sustentaba en la vida privada anterior o el contexto de la víctima para desacreditarla o dotarle de consentimiento en la comisión de delitos sexuales, especialmente cuando ella

³⁸⁹ Parma, *Valoración de la prueba en los delitos sexuales*, 78-9.

³⁹⁰ *Ibíd.*, 71-8.

³⁹¹ *Ibíd.*, 65-70.

³⁹² *Ibíd.*, 92-4.

se encontraba en situaciones de pérdida de conciencia transitoria como el estado de embriaguez; o para desconocer alguno de los elementos valorativos del tipo como la connotación sexual de la conducta del sujeto activo.³⁹³

Si bien la presunción de inocencia es consustancial al derecho penal y se concreta en el principio *in dubio pro reo*; su jerarquía ha declinado por efectos del reconocimiento de la víctima en la órbita jurídica al punto de contrarrestar el estatus de inocente con el inacabado *in dubio pro víctima de abuso sexual*, enunciado construido con los aportes de la jurisprudencia dominante donde el testimonio de la víctima es el soporte de la decisión condenatoria, por cuanto la clandestinidad característica de las infracciones contra la integridad sexual, según los magistrados impiden la producción de otras pruebas,³⁹⁴ pese a la necesidad de confirmación por otros medios de convicción.

En este mismo sentido, es esencial el principio *pro infans* en cuanto protege a niños, niñas y adolescentes de situaciones revictimizantes producidas en el decurso procesal por efectos de la investigación de delitos sexuales, e impide a éstos su comparecencia a juicio para prestar su declaración en un entorno donde la verdad inicial puede trastocarse por una incisiva contradicción.³⁹⁵

En consideración a estos precedentes, resulta trascendental la intervención técnica oportuna para la recepción del testimonio de los menores así como la producción de otros medios probatorios de ratificación para generar certeza en el pensamiento del juzgador sin menoscabar los derechos de este grupo vulnerable, esto ante la invasiva y preferente valoración otorgada a la prueba anticipada, seriamente cuestionada por la doctrina y los profesionales del Derecho por atender a la garantía de contradicción de la persona procesada,³⁹⁶ que procesalmente se tornaría ineficaz por la forma de su obtención.

3.3 Lesión a los derechos de la persona procesada y estado de inocencia e *in dubio pro reo*

La doctrina ha resaltado la trascendencia de la presunción, estado o estatus jurídico de inocencia de la persona procesada como sustento del sistema procesal penal en contrapartida a la presunción contraria -culpabilidad-; pese a la dicotomía inocente-

³⁹³ De la Pava, *Credibilidad del testimonio del menor*, 149-50.

³⁹⁴ Parma, *Valoración de la prueba en los delitos sexuales*, 95-6.

³⁹⁵ De la Pava, *Credibilidad del testimonio del menor*, 173-4.

³⁹⁶ *Ibíd.*, 173-7.

culpable vigente desde la producción de la infracción, la sentencia condenatoria en firme constituye el cambio del status de inocente por el de culpable y la justificación idónea para la imposición de una pena;³⁹⁷ por consiguiente, la carga de la prueba corresponde a Fiscalía o a la parte acusadora y, en ningún caso, ésta se puede invertir exigiendo al imputado prueba acerca de su estado o presunción de inocencia.³⁹⁸

Sin embargo, dicha presunción en sus inicios consistía en una regla de la carga de prueba de carácter pasivo,³⁹⁹ pero en el transcurso del tiempo alcanzó rango constitucional subyaciendo a todo el proceso penal, por cuanto la persona imputada goza del beneficio de la duda durante todo el decurso procesal hasta la emisión de un fallo condenatorio en firme.⁴⁰⁰

La evolución procesal ha incidido significativamente en la configuración del estado de inocencia, en principio surge como ápice de la legislación romana materializándose en la norma suprema inglesa de 1215 como derivación de la exigencia de un juicio previo; con el transcurso de los siglos fue adquiriendo contenido gracias a las contribuciones de los pensadores europeos de los siglos XVII y XVIII –Hobbes, Voltaire, Beccaria- y a la positivización de las reglas de respeto de la persona procesada en el artículo 9 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada en Francia el 5 de octubre de 1789, cuya influencia se propagó en Europa y el resto del mundo, pese a las detracciones de una importante sector de la doctrina –Garófalo, Ferri, Manzini- quienes criticaron la fórmula “presunción de inocencia” en cuanto reduce la potestad punitiva estatal y contraría las conjeturas materiales de la imputación inicial, las posibilidades de reincidencia y los altos grados de responsabilidad del imputado, siendo a su juicio más una presunción de culpabilidad.⁴⁰¹

La presunción de inocencia es una institución jurídica multidimensional, constituye al mismo tiempo una garantía del debido proceso, una regla de prueba (elementos de cargo) y un estándar de prueba (grado de convencimiento); pues no se trata únicamente de exponer las razones o motivaciones de un fallo sino de justipreciar las evidencias con arreglo a los principios de igualdad material, pro persona y contradicción, al derecho de tutela efectiva y en función del enfoque de género.⁴⁰²

³⁹⁷ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 486-92.

³⁹⁸ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 514.

³⁹⁹ Nieva, *La duda en el proceso penal*, 67-8.

⁴⁰⁰ Jauchen, *Derechos del Imputado*, 110-1.

⁴⁰¹ *Ibíd.*, 102-5.

⁴⁰² Parma, *Valoración de la prueba en los delitos sexuales*, 97-9, 101.

El estatus jurídico de inocencia es bifuncional, esto es: a) comporta una regla de juicio al constituirse en veredicto decisivo en casos de duda respecto a situaciones fácticas; y, b) sostiene al principio de solución de incertidumbre, entendido como un imperativo de valoración fundada y motivada, con alto grado de certeza, de las pruebas de cargo tendientes a la declaratoria de culpabilidad del acusado; y, regido por las reglas de carencia de prueba apropiada y de exigüidad de las pruebas de la acusación, las cuales impiden un grado suficiente de convicción acerca de la existencia de hecho punible y la responsabilidad de la persona procesada.⁴⁰³No obstante, en cuanto criterio para la estimación de la prueba, el estado de inocencia como derecho del imputado adquiere una significación admonitoria y se transforma en un principio informativo procesal penal frente al ilimitado arbitrio judicial durante el proceso exegético.⁴⁰⁴

De ahí, la presunción de inocencia en cuanto regla de prueba y de juicio supone: a) Una sentencia condenatoria basada en prueba legal suficiente, emitida con alto grado convictivo del tribunal de juicio; b) La prevalencia de la carga de la prueba, correspondiendo a la acusación el deber de probar su teoría de imputación; c) La justipreciación de los medios probatorios de acuerdo a la lógica, ciencia y experiencia; y, d) La imposibilidad de condena cuando subsisten incertidumbres razonadas sobre la culpa del imputado en la comisión de una conducta prohibida; o, cuando se pretende una sanción fundada en meras conjeturas, pruebas ilícitas u omisiones probatorias, la concurrencia de una o varias de estas circunstancias develarían una flagrante transgresión del estatus de inocente.⁴⁰⁵

En el ámbito procesal penal, la presunción constitucional y legal de inocencia alcanza su máximo esplendor cuando a falta de certeza por duda o certeza negativa acerca de la responsabilidad de la persona procesada en la comisión de un delito, sea para la imposición de medidas cautelares o en la fase decisional, se aplica el principio procesal *in dubio pro reo* como arista del estándar valorativo de convencimiento más allá de toda duda razonable, como expresión de la interpretación restrictiva mediante el proceso reductor de los hechos y de la norma y, a la vez, como garantía de la ausencia de certeza positiva para una sentencia de condena o para la persecución penal, materializándose a plenitud en la absolución en un escenario donde la verdad procesal se impone ante la

⁴⁰³ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 523.

⁴⁰⁴ Nieva, *La duda en el proceso penal*, 72-4.

⁴⁰⁵ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 524.

verdad histórica y la ausencia de certeza positiva culmina en la ratificación del estado de inocencia.⁴⁰⁶

En definitiva, el propósito esencial de la presunción de inocencia frente al pensamiento del tribunal de juicio es la exclusión de las ideas socialmente preconcebidas de culpabilidad, como una forma de legitimar las actuaciones del poder estatal en aras del sosiego comunitario; por tanto, el respeto a esta máxima constitucional implica: i) la actuación de un juez imparcial; ii) la evitación de condenas legalmente infundadas; y, iii) la protección personal y patrimonial durante la indagación mediante criterios de razonabilidad.⁴⁰⁷

En tal sentido, la Corte Constitucional de Ecuador en la Sentencia No. 14-15-CN/19 de 14 de mayo de 2019, estableció cuatro efectos trascendentes del estado de inocencia:

- 1) Constituye un derecho legal y procesalmente limitador del poder punible del Estado;⁴⁰⁸
- 2) Subsiste como estatus jurídico de inocencia previo al inicio del proceso punitivo y en el transcurso de éste;⁴⁰⁹
- 3) Como presunción debe desvanecerse con la declaratoria judicial de culpabilidad sustentada en prueba legal;⁴¹⁰ y,
- 4) La carga de la prueba corresponde a Fiscalía o a la persona acusadora.⁴¹¹

En correspondencia a estos enunciados, según la Sentencia No. 363-15-EP/21 de 2 de junio de 2021, a criterio de este organismo la presunción de inocencia genera consecuencias jurídicas en la dimensión probatoria, pues a más de la delimitación de la carga de la prueba y el control de legalidad de ésta, la hipótesis de inocencia incide en el ejercicio del derecho de tutela de la persona procesada por cuanto: "... i) determina un umbral de suficiencia probatoria que debe ser vencido, ii) instituye una forma de jerarquización de errores que parte del *in dubio pro reo*, y iii) añade un elemento para calificar la suficiencia de la motivación en una decisión."⁴¹²

⁴⁰⁶ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 494-5, 500-2, 506, 846, 854-7.

⁴⁰⁷ Nieva, *La duda en el proceso penal*, 76-7.

⁴⁰⁸ Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 14-15-CN/19", en *Caso No. 14-15-CN*, 14 de mayo de 2019, párr. 18, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUyMDIzJywgXVpZDonYmQ4YjYyOGItMjI0OC00ZDM2LTllZWEtNGU2MTg2ZjA5NzVlLnBkZid9

⁴⁰⁹ *Ibíd.*

⁴¹⁰ *Ibíd.*

⁴¹¹ *Ibíd.*

⁴¹² Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 363-15-EP/21", párr. 57.

El primer indicador -i)- supone la disipación de la duda razonable en la mente del juzgador, mediante la justificación probatoria suficiente para respaldar la hipótesis de culpabilidad de la persona procesada así como para rebatir los argumentos persuasivos contrarios de la defensa.⁴¹³

En el segundo caso -ii)- la presunción de inocencia constituye un criterio imperativo para la asignación de yerros en el sistema judicial, esto es, ante la posibilidad de condenas o absoluciones falsas y su impacto lesivo en el imputado, el juez está obligado a sustentar su decisión condenatoria en pruebas lícitas suficientes e idóneas sobre la responsabilidad de la persona sentenciada.⁴¹⁴

El tercer presupuesto -iii)- comporta la necesidad de motivación de los fallos de condena, donde se explicita de forma fundamentada las razones que sirvieron de sustento al decisor para despejar la duda razonable o vencer la presunción de inocencia en consideración a los intereses en conflicto, y para determinar la existencia o no de una conducta prohibida así como la responsabilidad de la persona procesada.⁴¹⁵

En cuanto al *in dubio pro reo*, la doctrina atribuye su doble formulación: a) como regla probatoria en materia penal, según la cual ante la existencia de duda es obligación fallar a favor de la persona procesada; y, b) al final del proceso valorativo, como principio favor rei garantizando y materializando el estado de inocencia.⁴¹⁶

El tratamiento del principio *in dubio pro reo* está matizado por la perspectiva procesal, desde este enfoque se lo ha catalogado como secuela del principio de culpabilidad (sentido negativo del principio de inocencia), manifestado en la imposibilidad de la declaratoria de culpabilidad por la existencia de la duda; por tanto, corresponde al tribunal de juicio encontrar la verdad en el acervo probatorio mediante el criterio de certeza, sin lugar a la dubitación.⁴¹⁷

Pese al abordaje antagónico de los sujetos del proceso penal, una parte de la doctrina se ha interesado en reflexionar sobre la calidad de víctima del delincuente; resalta como un hecho innegable la existencia de entornos violentos, marginales, de exclusión y dominados por bandas delictivas como causas de la criminalidad, donde las personas van configurando su comportamiento delictivo desde temprana edad, de la cual son víctimas

⁴¹³ *Ibíd.*, párr. 58.

⁴¹⁴ *Ibíd.*, párr. 59.

⁴¹⁵ *Ibíd.*, párr. 60.

⁴¹⁶ Ramiro J. García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, 2.^a ed., (Quito: Latitud Cero Editores, 2014), 70-1.

⁴¹⁷ *Ibíd.*, 71.

sin la posibilidad de substracción de estos espacios donde la fuerza, la intimidación y las amenazas son la regla; en fin, no solo se trata de una estratificación social (pobreza) sino de la carencia de valores sociales y la falta de asistencia estatal a este grupo de personas cuyo único modo de vida es la criminalidad.⁴¹⁸

La aproximación a la doble representación del sistema penal víctima/procesado permite la introversión sobre la primacía de los derechos en el proceso penal. La evolución histórica ha permitido el posicionamiento de la víctima desde la perspectiva de género cuando se trata de infracciones contra la integridad sexual y reproductiva en compensación a los beneficios contemplados por la norma constitucional y la ley para la persona procesada; pese a ello perduran las dudas acerca de la situación del acusado que, luego de una sentencia condenatoria por abuso sexual materializada en la privación de la libertad y los efectos negativos de ésta, recibe la absolución y se convierte en víctima del sistema estatal.

Si bien este acontecimiento no es de interés del sistema judicial ni penal debido a la falta de declaración de error judicial en las sentencias de casación o revisión, en la realidad la calidad de inocente/ex condenado requiere indisolublemente la efectivización de los derechos contemplados en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador, para que la lesión a sus derechos de libertad sean reparados mínimamente, aunque ello no signifique volver las cosas al estado anterior a la infundada acusación y la falsa condena.

3.4 Falta de aplicación del principio de proporcionalidad en la formulación del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal

La aplicación de una pena envuelve varios principios constitucionales relacionados con los derechos de protección, a cuya sujeción está obligado el decisor. Si bien la regla por excelencia para fines de una sanción es la interpretación literal del tipo penal, la pena pendular incluida en éste suele sobredimensionarse al punto de transgredir indirectamente los derechos constitucionales de los sujetos procesales, sea inaplicando la sanción objetivamente calculada para un caso concreto o aplicando desproporcionadamente los techos máximos de la pena configurada en abstracto sin atención al grado de lesión a los bienes jurídicos en juego.

⁴¹⁸ Peña, *Los Delitos Sexuales y el Acoso Sexual*, 135-6.

El principio de proporcionalidad, también denominado prohibición de exceso, nace en las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales dominantes de Alemania a partir de 1875; por su trascendencia inicialmente se incluyó en la norma constitucional extendiéndose su positivización al proceso penal de Europa y América en el siglo XX, con énfasis en las medidas cautelares; y, arranca de la jerarquización de los valores constitucionalmente reconocidos, hallando soporte en el principio *favor libertatis* y en los subprincipios de idoneidad (ajuste de la pena a su fin), necesidad (mínima intervención) y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación de intereses y concretización de valores).⁴¹⁹

En el proceso penal, el principio de proporcionalidad desde sus orígenes tuvo aceptación y aplicación durante el debate de la temporalidad de la prisión preventiva, en función de la sanción a imponerse según la gravedad del hecho delictivo; en la actualidad, dicho principio se extiende a la duración del proceso penal, partiendo de una ponderación entre valores individuales y colectivos, de la necesidad de persecución penal del hecho *criminius* y de la vigencia del estatus de inocencia.⁴²⁰

El principio de proporcionalidad considerado en sentido amplio (aplicación de una pena según la gravedad del hecho punible) está previsto en la norma constitucional; y, en sentido estricto se distingue en el proceso de formación de la ley como parámetro para la creación del catálogo de tipos penales en abstracto atendiendo al subprincipio de necesidad.⁴²¹

De ahí, su aplicación entorno a las medidas cautelares necesita dos requisitos extrínsecos, el subjetivo (judicialidad) y el formal (motivación); el subjetivo hace referencia a la posibilidad del juez para discernir acerca de la limitación de un derecho en función de peso y contrapeso de los intereses en conflicto; el formal implica la obligación constitucional de motivación de las decisiones judiciales, en este caso desde la perspectiva del principio de prohibición de exceso.⁴²²

La doctrina jurídica también destaca la exigencia de tres requisitos intrínsecos para la procedencia del principio de proporcionalidad en el campo procesal penal verificados en los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido

⁴¹⁹ González-Cuéllar, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, XXIII-35.

⁴²⁰ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 494-5, 528-9, 538.

⁴²¹ González-Cuéllar, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 39-40.

⁴²² *Ibíd.*, 127, 165.

estricto; así el subprincipio de idoneidad responde a la adecuación objetiva y subjetiva de los medios a los fines de una medida en su relación causa-efecto.⁴²³

Por su parte, el subprincipio de necesidad implica la mínima intervención penal, la determinación del grado óptimo de eficacia de los derechos constitucionales restringidos y la comparación de las medidas alternativas aplicables en el caso concreto de acuerdo al nivel de lesividad de las mismas.⁴²⁴

Finalmente, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o de ponderación de valores y concretización (interpretación constitucional) materializa el principio constitucional de proporcionalidad en sentido amplio; su aplicación se supedita a la verificación previa de los subprincipios de idoneidad y necesidad; y, recurre a las técnicas de contrapeso y ponderación de los bienes y valores en conflicto en el caso concreto, en función de los intereses estatales, bajo los criterios de razonabilidad y equilibrio, considerando la primacía del valor libertad en el proceso penal estribado en los principios de verdad y justicia, y sin quebrantar el principio de legalidad.⁴²⁵

En el campo jurídico, el principio de prohibición de exceso se vincula a los derechos y principios constitucionales derivados de la dignidad humana;⁴²⁶ pero debido a la naturaleza restrictiva de la interpretación su aplicación en materia penal se reduce a los pisos y techos de las penas contenidas en cada tipo penal positivizado.

El cumplimiento del principio de proporcionalidad en materia penal es susceptible de control y evidencia la intrusión desproporcionada de otros organismos estatales encargados del control de constitucionalidad de las actuaciones del poder público, arriesgando la independencia judicial, la igualdad y la seguridad jurídica.⁴²⁷

La injerencia de los órganos de control de constitucionalidad constituye un límite a la discrecionalidad del juzgador cuando éste aplica el principio de prohibición de exceso frente a las disposiciones legales -de deber- y constitucionales -de poder-; y, al mismo tiempo, impone al decisor la exigencia de subordinación al criterio de razonabilidad durante la aplicación del principio de proporcionalidad,⁴²⁸ lo cual garantiza en cierta medida la interpretación restrictiva durante la valoración probatoria.

⁴²³ *Ibíd.*, 178-80.

⁴²⁴ *Ibíd.*, 221-34.

⁴²⁵ *Ibíd.*, 269-76, 280-1, 293.

⁴²⁶ *Ibíd.*, 41.

⁴²⁷ *Ibíd.*, 381.

⁴²⁸ *Ibíd.*, 383-4.

No obstante, el control de cumplimiento del principio no se sujeta a un criterio absoluto, por el contrario dicha actividad lleva implícitas las categorías de certeza positiva (admisibilidad de las medidas por sujetarse al principio en sentido amplio), certeza negativa (vulneración del principio por la desproporción de las medidas) y duda (grado de incertidumbre en relación al cumplimiento o no del principio); y exterioriza la doble formulación del principio, en sentido positivo cuando se instituye como variable constitucional de la decisión judicial; y, en sentido negativo cuando la aplicación del principio deriva en la exclusión de valores e intereses confrontados y en la contraposición a los principios de igualdad, legalidad y seguridad jurídica.⁴²⁹

Esta bifurcación del principio -positiva/negativa- ha dado lugar a una serie de cuestionamientos especialmente cuando el control de cumplimiento del principio de proporcionalidad afecta la independencia de los órganos judiciales y la subjetividad de su contenido justifica la extralimitación de la potestad discrecional; por ello, la doctrina se ha encargado de resaltar los beneficios de la aplicación del principio para evitar las injusticias devenidas de una aplicación matemática y mecánica de la ley.⁴³⁰

La prohibición constitucional de exceso se extiende al proceso de individualización de la ley realizado por el legislador; pues, el principio de proporcionalidad en sentido estricto incide en la cuantificación de la pena abstracta en función a la relación hecho-daño; pero corresponde al decisor la materialización del principio (proceso de individualización judicial) considerando la norma vigente, la gravedad del comportamiento reprochado, la finalidad de la pena, el enfoque constitucional de los derechos involucrados y los criterios de razonabilidad y racionalidad en su labor interpretativa y ponderativa de valores (contrapesos y jerarquización).⁴³¹

De estas elaboraciones doctrinarias, Ecuador reconoce el principio de proporcionalidad en sentido amplio en el numeral 6 del artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, pero se remite a su formulación legal para efectos de la especificación de la pena en relación a la gravedad de la infracción; siendo mínimo su impacto en el quehacer procesal penal por cuanto en la etapa de creación de la ley el legislador no siempre considera el grado de lesión al bien jurídico para la dosimetría penal, tal es el caso del tipo penal de abuso sexual cuya vaga positivización materializa

⁴²⁹ *Ibíd.*, 384-7.

⁴³⁰ *Ibíd.*, 388-90.

⁴³¹ *Ibíd.*, 42-5, 61-3.

la desproporción entre la infracción, la pena y el grado de lesión al bien o bienes jurídicos lesionados en un caso concreto.

3.5 Consideración de la imputabilidad disminuida para los casos de trastornos parafílicos debidamente comprobados

La ley, en el plano filosófico, es definida como “la ordenación de la razón, encaminada al bien común y promulgada por aquél que tiene el encargo de cuidar la comunidad,”⁴³²a partir de este aserto la obligación de legislar en materia penal no solo se concreta en la reforma o aumento del catálogo de tipos penales, sino también en el respeto de los principios de la dignidad humana y la libertad para coadyuvar al orden social;⁴³³y, en la materialización de los derechos y garantías de las personas sin caer en formulismos excesivos ni arbitrariedades disociales.

En ese sentido, la dosimetría penal adquiere significación cuando el principio de proporcionalidad se aplica en la cuantificación de la pena en abstracto, estimada en función de la gravedad del hecho, el grado de lesión y el tipo de bien jurídico afectado; y, en el cálculo de la pena impuesta en el caso en concreto.

En esta coyuntura, el legislador en su labor creadora de la ley debe conocer profundamente el contexto histórico, social y cultural al cual se remite; el atributo de generalidad dado a la norma en ningún momento puede excluir la situación de personas o grupos particulares, pues su invisibilización puede coadyuvar a fallos legales pero injustos;⁴³⁴por lo tanto, es obligación de la función legislativa el acatamiento del principio constitucional de prohibición de exceso para evitar la vulneración de los derechos reconocidos en la Constitución, debiendo sujetarse con rigurosidad a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto cuando se ponderen bienes, valores e intereses en conflicto (sujetos procesales vs. Estado) en el campo penal.⁴³⁵

A esta se añade la obligación del legislador de medir el grado de libertad de los tribunales para evitar el descontrol y fundamentaciones insostenibles que generan temor,

⁴³² Santo Tomás de Aquino citado por José Juan García, *Ley Natural*, Enciclopedia de Bioética, última modificación 6 de julio de 2020, párr. 3, <https://enciclopediadebioetica.com/mod/page/view.php?id=3356#:~:text=%E2%80%9CLey%20es%20la%20ordenaci%C3%B3n%20de,un%20consejo%20o%20una%20recomendaci%C3%B3n>.

⁴³³ Dávila, *La misión del juez ante la ley injusta*, 98.

⁴³⁴ *Ibíd.*, 4, 49-50.

⁴³⁵ González-Cuéllar, *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, 393-400.

preocupación y difidencia en el sistema judicial;⁴³⁶ pues, la ausencia del criterio de proporcionalidad en la formulación de la norma revela múltiples falencias técnicas en cuanto la creación de nuevas leyes y la reforma de otras ya existentes según el índice transitorio de moralidad y reprochabilidad, evidencia el desconocimiento de las motivaciones sociales y contribuye a la ineficacia de los bienes jurídicos reconocidos, dejando en manos de la sociedad su protección coercitiva.⁴³⁷

A estos deberes del legislativo converge la invisibilización de las condiciones del sentenciado como parte del sistema penitenciario, que en lugar de rehabilitarse para una adecuada reinserción social, en muchas ocasiones se profesionaliza en el delito. La formulación de una pena basada en la etiqueta de culpabilidad del procesado revierte su finalidad cuando se delimita una sanción restrictiva de la libertad sin un supuesto de corroboración científica acerca de la capacidad de autogobierno mental del sentenciado, aunque resulte irrelevante, esta omisión podría causar un importante detrimento de varios bienes jurídicos como la vida cuando el propósito de reeducación y reinserción social no es coherente con la situación psíquica ni neurobiológica de la persona privada de libertad.⁴³⁸

En este sentido y en alusión al tipo penal de abuso sexual en análisis, dada la complejidad en la obtención de pruebas relativas a delitos sexuales por su connotación de clandestinidad o de puerta cerrada, corresponde al legislativo establecer el criterio de suficiencia probatoria para estos casos especiales, si bien en la actualidad encuentran apoyo en la pericia psicológica del testimonio de la víctima, ésta no siempre se practica bajo procedimientos destinados a la conservación de la evidencia, pues en la mayoría de casos la declaración de la persona evaluada no es grabada, lo cual supone un serio riesgo de revictimización, subterfugios y deformación del contexto y el discurso en la repetición del testimonio, cuando se requiere de éste para la práctica de nuevos peritajes debido a inconsistencias, dudas o contradicciones detectadas en el dictamen inicial.⁴³⁹

Otro punto álgido en este aspecto es la categoría de culpabilidad, si en principio la persona responsable de un hecho punible conoce de la prohibición de su conducta también es consciente del merecimiento de una pena, siempre y cuando no comporte

3. ⁴³⁶ Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*, 2.^a ed., (Bogotá: Editorial Temis, 1999), 122-

⁴³⁷ Dávila *La misión del juez ante la ley injusta*, 4, 20-1, 54-5.

⁴³⁸ Arocena, *Neuroderecho Penal*, 103-4.

⁴³⁹ Pantoja, *Tratado de la Prueba Judicial*, 569-73.

fuerza ni alteración de sus funciones cerebrales;⁴⁴⁰ ergo la última parte de esta proposición genera un acercamiento a las neurociencias, cuyos aportes científicos se traducen en la ineludible consideración de la trilogía cerebro-conducta-contexto en la formulación y discusión jurídica de las normas punitivas.⁴⁴¹

En este orden de ideas, el cerebro humano, debido a su composición anatómica, es objeto de estudio y observación para establecer la incidencia de su funcionamiento en el plano emotivo-cognoscitivo del delincuente, quien toma decisiones durante el *iter criminis* en relación con sus motivaciones morales o pragmáticas;⁴⁴² poniendo en vilo la estricta noción socio-normativa de culpabilidad, la cual prevé como posible la libre autodeterminación del individuo en cuanto a su conducta frente a la antijuridicidad de sus actos.⁴⁴³

Así, del estudio de la estructura cerebral surge la polémica acerca de lo considerado como trastorno mental. Esta causal de inimputabilidad es indeterminada en la norma penal, su alegación y prueba se limita a las enfermedades psíquicas más graves, de origen interno o externo, y rebasa el ámbito mismo de la Psiquiatría;⁴⁴⁴ sin considerar que la severa afectación a ciertas estructuras del cerebro, por ejemplo el lóbulo frontal, influye en el comportamiento de las personas, lo cual no puede ser invisibilizado en la construcción de la ley penal;⁴⁴⁵ al contrario, requiere el énfasis especial del decisor en la revisión de la clasificación de las enfermedades mentales formulada tanto por la Organización Mundial de la Salud como por la Asociación Psiquiátrica Americana sobre todo cuando éste deba pronunciarse sobre la aceptación o no de un posible trastorno mental como eximente de responsabilidad penal.

Al respecto, la constante revisión dogmática de la teoría del delito se ha detenido en la categoría de culpabilidad desde mediados del siglo XIX en cuanto se refiere a las enfermedades mentales como causa de inimputabilidad o como parte de una imputabilidad disminuida.⁴⁴⁶

⁴⁴⁰ Claus Roxin, *Sistema del hecho punible/2. Ilícito y justificación*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2015), 30-1.

⁴⁴¹ Arocena, *Neuroderecho Penal*, 105.

⁴⁴² *Ibíd.*, 48.

⁴⁴³ *Ibíd.*, 90-7.

⁴⁴⁴ García, *Código Orgánico Integral Penal Comentado*, 485.

⁴⁴⁵ Arocena, *Neuroderecho Penal*, 98.

⁴⁴⁶ Frank Harbottle Quirós, “La imputabilidad disminuida: una categoría problemática del Derecho Penal”, *REJ –Revista de Estudios de la Justicia* 25, (2016): 34, <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/44601/46624>

En relación a este tópico, la doctrina dominante ubica en la imputabilidad disminuida a las personas imputables que han actuado con su capacidad intelectual fragmentada debido a un trastorno psicopatológico, cuya condición legalmente probada podría derivar en la reducción de la pena o en la pérdida de relevancia penal; empero, la legislación internacional sin términos medios propugna la dualidad de la categoría de culpabilidad (imputabilidad e inimputabilidad) con la previsión de las penas aplicables en cada caso; pese a que otros sectores doctrinarios, considerando los aportes de la neurociencia, plantean la aplicación de penas privativas de libertad aminoradas, sanciones punitivas mixtas (reclusión más medida de seguridad), o únicamente la imposición de medidas de seguridad para aquellos imputados que han actuado con una alteración parcial de su conciencia.⁴⁴⁷

En este horizonte jurídico-penal, los trastornos psicológicos y de la conducta son aspectos relevantes que deben ser calificados en la determinación negativa de las conductas penalmente relevantes. Su consideración en la formulación de la dosimetría punitiva para los casos de abuso sexual debe ser ineludible, no para propender a la impunidad sino con fines rehabilitadores efectivos. Al efecto, piénsese en el caso de individuos con trastornos parafílicos, si éstos se exponen a una sanción netamente privativa de libertad sin recibir una atención especializada para tratar su trastorno comportamental, al cumplir la pena será reinsertado a la sociedad con un alto riesgo de reincidencia o de cometimiento de delitos más graves como la violación, exponiendo gravemente la integridad sexual de terceros.

Entonces no es posible minimizar las manifestaciones psicopatológicas de carácter sexual incluso cuando están asociadas a enfermedades mentales graves. Las etiquetas de ‘enfermo sexual’ o ‘depravado sexual’ no pueden escapar a la configuración de la pena en los delitos sexuales, por cuanto ciertas actitudes incontrolables del instinto o el pensamiento sexual como intimidar o perseguir a la víctima con actos de índole lascivo, acariciar su vestidura con fines expresivamente lúbricos o tocar el cuerpo o las partes íntimas de la víctima, comportan formas de satisfacción instintiva normalizadas e interiorizadas en la mente del agresor, que arraigadas por el transcurso del tiempo y a falta de un tratamiento médico especializado, dan lugar a repetidos episodios de inconductas lesivas a la integridad sexual de otras personas.

⁴⁴⁷ *Ibíd.*, 37-48.

En este punto cabe destacar que en el área psiquiátrica, los trastornos parafilicos reciben tratamientos con hormonas (castración química temporal) tendientes a disminuir el libido sexual de las personas que representan alto grado de peligrosidad y resultan más eficaces cuando se trabajan al mismo tiempo terapias conductuales/cognitivas; o con medicamentos psicoactivos, como el Prozac (fluoxetina) que pese a no ser tan eficaz como las hormonas antiandrógenas, tienden a reducir el deseo sexual, es bien tolerado, presenta pocos efectos secundarios y reduce los síndromes obsesivo/compulsivos observables en la mayoría de las parafilias.⁴⁴⁸

Si bien dicha psicopatía no altera completamente la conciencia del agresor, su permanencia en el tiempo afecta su comportamiento en sociedad; por ende, su concurrencia obliga al legislativo a la cuantificación de la pena atendiendo al estado mental del autor, a la posibilidad de sanciones mixtas proporcionadas (cumplimiento de una medida de seguridad no invasiva mientras cumple una pena privativa de libertad reducida en un sistema de rehabilitación diferenciado), así como a la atenuación de la pena cuando la alteración de la conciencia por trastornos parafilicos ha sido legalmente acreditada en la audiencia de juicio, esto en correspondencia a los fines preventivos de la pena.

3.6 Necesidad de correspondencia entre la pena, grado de lesión y bien jurídico concreto afectado por la conducta típica de abuso sexual

La doctrina dominante, atendiendo a los fines del proceso penal, ha sido radical en considerar como límite del poder punitivo del Estado a los bienes jurídicos, entendidos como las condiciones preestablecidas o propósitos ineludibles para una vida libre, pacífica, segura y garantizada por el reconocimiento de los derechos humanos; u obligatorios para la articulación de las funciones del sistema estatal con miras a su protección; por consiguiente, la amenaza penal se legitima cuando las conductas se catalogan como prohibidas si contrarían o lesionan a un bien jurídico protegido y cuando se han agotado mecanismos extrapenales menos severos.⁴⁴⁹

⁴⁴⁸ M. Muse y G. Frigola, “La Evaluación y Tratamiento de Trastornos Parafilicos”, en *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace*, No. 65, 2003, 60. <https://pavlov.psyciencia.com/2014/06/Parafilias-Evaluacion-y-Tratamiento.pdf>

⁴⁴⁹ Claus Roxin, *Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva*, (Buenos Aires: Hammurabi, 2013), 507-10.

Desde esta posición, el Derecho Penal se convierte en protector subsidiario de los bienes jurídicos, por cuanto le resulta imposible abarcar el conjunto de derechos constitucionalmente protegidos, siendo inadmisibles disposiciones punitivas de orden moral o paternalista si éstas no configuran una vulneración a un bien jurídico en específico.⁴⁵⁰

De esta forma, la formulación de la ley, constitucionalmente atribuida al legislador, implica un conocimiento real de la problemática social, un límite a la arbitrariedad de su creador y la inexorable observancia del valor justicia y el bienestar común; por ende, las falencias detectadas durante la aplicación de la norma frente al sentido de justicia, deben superarse por vía legal o por vía interpretativa,⁴⁵¹ en atención a lo más favorable para el ejercicio efectivo de los derechos de las partes.

Frente a la dicotomía sociedad (dinámica)-ley (estática), la doctrina ha sido enfática en la necesidad de adecuación humanista de la norma a la compleja vida social, no como una mera operación matemática-mecanicista sino como una forma de exteriorización del componente histórico-cultural y moral para evitar la anomia y cualquier fórmula non liquet en la solución de un caso concreto,⁴⁵² donde se involucran los intereses de los sujetos en conflicto y del proceso penal.

Mas a la inversa, el arquitecto de la ley pese al principio de mínima intervención penal y escudado en argumentos éticos de carácter político-populista, se centra en la punición de toda conducta reñida con la moral y la costumbre, lo cual no justifica suficientemente la amenaza de una pena mientras dicha conducta reprochada no perjudique los postulados de la convivencia armónica humana,⁴⁵³ aún más cuando esta postura no considera el margen de afectación a los bienes jurídicos de quienes son perseguidos infundadamente por el aparato punitivo del Estado.

En el Código Orgánico Integral Penal existen varias disposiciones legales divergentes con los fines de la pena y del proceso penal. Si bien la norma punible contiene un amplio catálogo de infracciones, en pocos casos se hace una meditación respecto a los grados de lesión al bien jurídico protegido para efectos de la cuantificación e imposición de una pena. En referencia al tipo penal especificado en el artículo 170 *ibídem* -abuso sexual- la punición es consecuente únicamente con la expectativa social de reproche, pero

⁴⁵⁰ Roxin, *Sistema del hecho punible*/2, 23-4.

⁴⁵¹ Dávila, *La misión del juez ante la ley injusta*, 4, 20-1, 57-62, 69.

⁴⁵² *Ibíd.*, 83-6.

⁴⁵³ Claus Roxin, *Sistema del hecho punible*/1, 514-5.

no es congruente con la prohibición de exceso en lo relativo al hecho, al bien jurídico protegido y al grado de lesión a éste; por ello, es indispensable la graduación legal de la pena y la aplicación proporcionada de la misma, en función de los bienes jurídicos afectados por el hecho incriminado y el grado de lesividad de los mismos.

En el primer capítulo de esta investigación se sostiene que la integridad sexual y reproductiva y la libertad sexual no son los únicos bienes jurídicos protegidos por la ley en los delitos sexuales, por cuanto existen otros valores amparados constitucionalmente como la integridad física y psicológica, el libre desarrollo de la personalidad, la reserva sobre la vida sexual y la intimidad personal; desde esta perspectiva y sin perjuicio de las circunstancias legales relativas a la edad y condiciones de la víctima, la dosificación punitiva en los casos específicos de abuso sexual debería regirse a la naturaleza del bien jurídico conculcado y su grado de lesión, en combinación alternativa con una pena pecuniaria adicional como antiguamente se contemplaba en otras legislaciones, verbigracia, entre los años 1989 y 1990 en España el delito de abuso deshonesto, hoy tipificado como abuso sexual en Ecuador, era sancionado con penas pecuniarias únicamente incluso en casos emblemáticos como la “sentencia de la minifalda.”⁴⁵⁴

Por ejemplo si el acto incidió en la integridad física y psicológica de la víctima la sanción debería sujetarse a los parámetros del artículo 152 del Código de la materia; pero si el acto quebrantó el libre desarrollo de la personalidad, la reserva sobre su vida sexual o su intimidad personal el hecho punible podría catalogarse como una contravención o ameritar una pena menor privativa de libertad combinada con una significativa sanción económica; si bien esta conducta prohibida es altamente reprochable cuando se ejecuta contra menores de edad o personas con discapacidad, no es menos cierto que las penas actualmente consideradas en la ley son excesivamente desproporcionadas y no se compadecen con los fines del Derecho Penal.

De estos matices jurídico-fácticos relativos a la formulación de la pena, se deduce que las falencias del orden instituido no son atribuibles únicamente a los participantes del proceso punitivo; pues, el problema se expande a la función legislativa, por cuanto sus carencias técnicas están trascendiendo en la concretización negativa de los derechos constitucionales de los sujetos procesales.

Con respecto a ello, cabe diferenciar la pena en abstracto impuesta por la ley y la pena en concreto verificada en un caso particular; así como el impacto de las mismas en

⁴⁵⁴ Parma, *Valoración de la prueba en los delitos sexuales*, 83.

la sociedad e inter partes en conflicto, si bien la norma determina los derechos de las víctimas y las obligaciones de las personas procesadas, en la práctica éstas son desproporcionadas y atienden a las decisiones políticas y populistas imperantes al momento de la tipificación penal.

Entonces, si bien es obligación del legislador regular la norma para mantener la seguridad, el orden y la paz social, en la *praxis* su actuación tergiversa el valor justicia por la producción incesante de tipos penales sin un sustento técnico adecuado, cuyo contenido demuestra la inobservancia del parámetro de proporcionalidad en la emisión de la norma y la ausencia de los aportes multidisciplinarios de las ramas sociales y científicas para la formulación de la ley, ciencias como la Criminología, Psicología Forense, Antropología, Sociología, Medicina, Neurociencia, y otras auxiliares del Derecho son determinantes para la creación o reforma de la norma punitiva ideal; por consiguiente, si el legislador obvia el carácter cambiante de la sociedad y desvalora las contribuciones del sector científico fracasará en su misión constitucional y legal de generar reglas para una sana y pacífica convivencia.

Por tales razones, la función creadora de la norma penal debe caracterizarse por una dosimetría punitiva humanista y proporcional en la relación hecho-lesión-sanción, con un enfoque integral de derechos como respuesta efectiva a la creciente criminalidad, sin olvidar que la ley penal también debe preocuparse por la situación de las personas inocentes injustamente condenadas, donde es inexorable una intervención oportuna del Estado para compensar los daños derivados del error judicial, en este punto tal vez el excesivo tecnicismo de los recursos extraordinarios dejan pocas evidencias procesales de estos casos e incluso pueden ser insuficientes para tratar efectivamente esta problemática; no obstante, es ineludible identificar las condenas falsas para visibilizar la atroz realidad de que muchas personas inocentes están cumpliendo sentencias injustas por el delito de abuso sexual y terminan siendo víctimas de un sistema punitivo deslumbrado por el populismo y por los intereses inhumanos de una falsa imputación.

Conclusiones

- La línea argumentativa de la presente investigación conduce a serios cuestionamientos sobre la actuación de los jueces y otros operadores de justicia (defensores técnicos y peritos) en la sustanciación y resolución de los casos de abuso sexual, como secuela de una ley penal concebida con múltiples abstracciones sustantivas y adjetivas, desproporcionadas e incongruentes con la norma constitucional y las expectativas de la sociedad.
- Durante la evolución de la humanidad los delitos de naturaleza sexual son el resultado de las relaciones asimétricas de poder, nutridas por las construcciones patriarcales del género y arraigadas en los entornos básicos de la comunidad, que menoscaban la dignidad humana de las víctimas de esos hechos punibles.
- El tipo penal de abuso sexual en concreto es de reciente data, su positivización en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, vigente a partir del 10 de agosto de 2014, ha sido objeto de dos reformas orientadas al endurecimiento de las penas (2019) y a la expansión de sus elementos objetivos (2021). Si bien esta infracción se adecua a las categorías dogmáticas de la teoría del delito, el elemento valorativo referido al acto de naturaleza sexual produce un alto riesgo de error en la sentencia, debido a la indeterminación legal de dicho elemento y al margen variable de subjetividad del juez cuya decisión gira alrededor de su cosmovisión personal acerca de los delitos sexuales.
- En el ámbito procesal penal, los criterios para la estimación probatoria se remiten a las reglas de interpretación judicial autorizadas por la Constitución y la ley de la materia; no obstante, los nudos problemáticos identificados en varios fallos definitivos relativos a la infracción de abuso sexual, envuelven una incorrecta apreciación de la relación binaria hecho/norma, que abordada desde una dimensión objetiva podría contribuir a la realización del ideal de justicia. En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador juega un rol preponderante en la administración de justicia penal, por cuanto a través de su jurisprudencia vincula

derechos fundamentales, reglas del debido proceso, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica con las instituciones procesales de la justicia ordinaria criminal.

- En el decurso del proceso penal, la valoración de los medios de prueba requieren de un umbral o base mínima de suficiencia probatoria para acreditar como verdaderas o falsas las tesis de la acusación y la contratesis de la defensa, pero este limen se torna impreciso y trasciende al vasto mundo de la interpretación cuando el estándar de prueba en vigor -el convencimiento más allá de toda duda razonable- responde a un juego probabilístico al momento de apreciación de la prueba y trasciende en la decisión del tribunal de juicio, a diferencia del criterio de certeza contemplado en el extinto Código de Procedimiento Penal donde la existencia del delito y la responsabilidad penal debían ser materialmente probadas para justificar una sentencia condenatoria. Esta circunstancia es determinante, por cuanto los aspectos críticos subyacentes a la interpretación judicial en los casos específicos de abuso sexual, se visibilizan en varios procesos judiciales cuya sentencia de condena, en sede de casación o revisión, han sido revertidas nutriendo potencialmente la idea de certeza relativa del fallo del tribunal a quo.
- Este contexto refleja el imperio del componente subjetivo de la decisión judicial en los casos relacionados con el delito de abuso sexual, develada por la participación antagónica del juez cuyo criterio responde a un sentido pragmático de la verdad a su juicio encontrada en el proceso, convergiendo en una inminente afectación a los derechos de las partes discutidos en la relación jurídico-procesal en concreto, al margen de la finalidad del sistema de convencimiento más allá de toda duda razonable.
- En la actualidad, la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador es categórica en la materialización del ideal de justicia en materia penal, por cuanto los criterios relevantes principalmente expresados en las sentencias 2706-16-EP/21 (delimitación del umbral de la duda en la motivación de la sentencia condenatoria), 363-15-EP/21 (efectos jurídicos del principio de inocencia en materia probatoria penal) y 794-15-EP/20 (necesidad de motivación de los fallos), exigen la superación de los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad para la declaratoria de existencia del delito y responsabilidad penal del procesado.

- Las decisiones judiciales del tribunal de cierre recaídas en los casos 17296-2019-00038 y 01283-2016-02033, objeto de análisis en el tercer capítulo, evidencian las consecuencias jurídicas adversas de la actuación judicial cuando la sentencia de condena es producto, en el primer caso (recurso de casación), de la ausencia de los juicios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en la aplicación del tipo penal de abuso sexual previsto en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal: y, en el segundo caso (recurso de revisión), de la apreciación de informes periciales errados o testimonios falsos según el sistema de convencimiento y bajo el criterio de supremacía del testimonio de la víctima como prueba decisiva en la resolución de los casos atinentes a delitos sexuales, receptado de la jurisprudencia española, pese a la estipulación en contrario señalada en el artículo 502.1 *ibídem*.
- El estudio de la sentencia de casación dictada en el proceso penal No. 17296-2019-00038 sugiere que la indebida aplicación del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal en varias ocasiones obedece a la indeterminación legal del elemento valorativo “acto de naturaleza sexual”, abordado en el capítulo I de este trabajo, cuyo sentido y alcance durante la valoración del material probatorio es fijado por el tribunal de instancia, lo cual constituye un problema oculto en la estimación de la prueba, relacionado a la interpretación judicial y proveniente de la norma sustantiva penal.
- El análisis del fallo de revisión recaído en el proceso penal 01283-2016-02033 demuestra que la falsedad de las hipótesis fácticas afectan la decisión judicial generando un falso positivo de condena; y, error en la subsunción de los hechos a la conducta típica del artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, ya que el razonamiento probatorio proveniente de las falsas hipótesis de hecho afecta al estado de inocencia de la persona sentenciada y, a la vez, expone un problema subyacente al proceso de justipreciación relacionado a la interpretación judicial y proveniente de la prueba.
- Si bien el núcleo central de la investigación radica en la valoración de la prueba y la interpretación judicial penal, es inexorable una breve referencia a otros aspectos trascendentes relativos al tipo penal de abuso sexual. En primer lugar, la actitud

proactiva de la defensa técnica de la persona procesada necesariamente incide en su situación jurídica: y, en segundo término, los efectos de las sentencias condenatorias también se transfieren a la función legislativa, por cuanto el trasfondo de una decisión de condena no se limita al acervo probatorio y a la forma en que éste se valora o se interpreta la norma penal aplicable, sino más bien implica la intención del legislador y el contexto de la creación de la ley penal para fines sancionadores, es decir, en este espacio la dosimetría penal adquiere significación cuando el principio de proporcionalidad se aplica en la determinación objetiva de todos los elementos de un tipo penal, la cuantificación de la pena abstracta y la consideración de los derechos de los sujetos procesales en sintonía con el artículo 76.6 de Constitución de la República del Ecuador.

- En fin, la debida correspondencia entre la norma constitucional y la ley penal para efectos de la valoración probatoria y la interpretación judicial dependerá de menos abstracciones legalistas y más concreciones garantistas de los derechos de los sujetos procesales, no concebidos en su posición antagónica sino vistos desde su dignidad humana.

Bibliografía

- Albán Gómez, Ernesto. *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano Parte Especial Tomo I*. Quito: Ediciones Legales EDLE, 2018.
- Arocena, Gustavo A. *¿De Verdad? Prueba, racionalidad y verdad en el procedimiento criminal*. Lima: ZELA Grupo Editorial/Editorial CEJI, 2020.
- . *Neuroderecho Penal Neurociencias, culpabilidad penal y ejecución penitenciaria*. Madrid: Editorial REUS/ B de F Editorial, 2021.
- Baumann, Jurgen. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Editorial Heliastra, 1993. <https://es.slideshare.net/YuhryGndara/diccionario-juridicoelementalguillermocabanellas>
- Campos Álvarez, Patricia. “Análisis del bien jurídico protegido en el delito de abuso sexual”. Actividad formativa equivalente a tesis, Universidad de Chile, 2008. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/173120/Analisis-del-bien-juridico-protegido-en-el-delito-de-abuso-sexual.pdf?sequence=1>
- Colombia. *Ley 599 de 2000*. Diario Oficial 44097, 24 de julio de 2000.
- . *Ley 1236 de 2008*. Diario Oficial 47059, 23 de julio de 2008.
- Couture, Eduardo. “Pruebas y su valoración”. En *Valoración Judicial de las Pruebas*, compilado por Fernando Quiceno Álvarez, 7-22. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2000.
- Creus, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.
- Da Fonte Carvalho, Marcella. *El bien jurídico penal y la protección de los derechos humanos de las mujeres*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022.
- Dávila Reinoso, Roberto. *La misión del juez ante la ley injusta*. 5.^a ed. Ciudad de México: Editorial Porrúa, 2022.
- De la Pava Marulanda, Ricardo y Nancy Estela de la Pava Betancourt. *Credibilidad del testimonio del menor abusado sexualmente*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2022.
- De Madariaga, Salvador. “Nota verbal”. *ABC*. 20 de junio de 1971. <https://www.abc.es/archivo/periodicos/abc-madrid-19710620-151.html>

- Donna, Edgardo Alberto. *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.
- Echeburúa, Enrique, José Manuel Muñoz e Ismael Loinaz. “La evaluación psicológica forense frente a la evaluación clínica: propuestas y retos de futuro”. *International Journal of Clinical and Health Psychology* 11, n.º 1 (2011): 141-59. <https://www.redalyc.org/pdf/337/33715423009.pdf>
- Ecuador. *Código Civil, Codificación 10*. Registro Oficial, Suplemento 46, 24 de junio de 2005.
- . *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial 360, Suplemento, 13 de enero de 2000.
- . *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de agosto de 2014.
- . *Código Penal 1837*. <https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador>
- . *Código Penal 1872*. <https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador>
- . *Código Penal 1906*. <https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador>
- . *Código Penal 1938*. <https://www.fielweb.com/Index.aspx?157Rabf6ik65998#app/buscador>
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.
- . *Ley Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 107, Suplemento, 24 de diciembre de 2019.
- . *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal para prevenir y combatir la violencia sexual digital y fortalecer la lucha contra los delitos informáticos*. Registro Oficial 526, Cuarto Suplemento, 30 de agosto de 2021.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador. “Sentencia No. 14-15-CN/19”. En *Caso No. 14-15-CN*. 14 de mayo de 2019. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUyMDIzJywgXVp

ZDonYmQ4YjQyOGItMjI0OC00ZDM2LTIIZWEtNGU2MTg2ZjA5NzVlLnBkZid9

- . “Sentencia No. 609-11-EP/19”. En *Caso No. 609-11-EP*. 28 de agosto de 2019. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUyMDIzJywgXVpZDonMjhjNDc2MWMtNzgWMS00OGJhLWJlMmEtMWJiODVlMDA1NDE3LnBkZid9
- . “Sentencia No. 2453-16-EP/19”. En *Caso No. 2453-16-EP*. 2 de octubre de 2019. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUyMDIzJywgXVpZDonM2U4MjkxYTIOTQyMCO0NDIkLTk4OWItNGM2MzM3Y2U1Y2YzLnBkZid9
- . “Sentencia No. 12-19-CN/19”. En *Caso No. 12-19-CN*. 12 de noviembre de 2019. [http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fab1c90f-d6bf-494d-addc-b8599e797220/12-19-cn-19\(0012-19-cn\).pdf?guest=true](http://doc.corteconstitucional.gob.ec:8080/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/fab1c90f-d6bf-494d-addc-b8599e797220/12-19-cn-19(0012-19-cn).pdf?guest=true)
- . “Sentencia No. 794-15-EP/20”. En *Caso No. 794-15-EP*. 5 de agosto de 2020. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidjYzk2OTFjNy03MWNmLTQ0ZjUtYjgyZC03MGExZDZhMTdkN2EucGRmJ30=
- . “Sentencia No. 639-19-JP/20 y acumulado”. En *Caso No. 639-19-JP y acumulado*. 21 de octubre de 2020. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiOGZhYmMxNy01YjkyLTQ1M2EtOTJkNS0xMWNkYmY4MWE3Y2UucGRmJ30=
- . “Sentencia No. 2064-14-EP/21”. En *Caso No. 2064-14-EP*. 27 de enero de 2021. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic1MDM5NmI5Ny1hZmFiLTQ1OWEtYWRIbWJlMmEtMWJiODVlMDA1NDE3LnBkZid9
- . “Sentencia No. 2366-18-EP/23”. En *Caso No. 2366-18-EP*. 9 de febrero de 2021. <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/Sentencia-2366-18-EP-23.pdf>
- . “Sentencia No. 751-15-EP/21”. En *Caso No. 751-15-EP*. 17 de marzo de 2021. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOic0NTZkYzFmMS01YmMwLTRjOWEtOWMxOS1iNTM0Mzg5OTUxNWJlucGRmJ30=#:~:text=La%20Corte

%20analiza%20el%20m%C3%A9rito,quejas%20y%20recibir%20respuestas%20motivadas

- . “Sentencia No. 527-16-EP/21”. En *Caso No. 527-16-EP*. 14 de abril de 2021. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCBldWlkOic1OWNmODM2NS0xNWExLTQ1NTQtOTM2MS0yMDYzZmFiNjU0YjYucGRmJ30=
- . “Sentencia No. 2706-16-EP/21”. En *Caso No. 2706-16-EP*. 29 de septiembre de 2021. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCBldWlkOic5ZTNiY2Y5My0wZDIyLTQ3NTItODNkNS05OTRiZTVjN2IzZDcucGRmJ30=
- . “Sentencia No. 13-18-CN/21”. En *Caso No. 13-18-CN*. 15 de diciembre de 2021. <https://www.fiscalia.gob.ec/pdf/Sentencia-No-13-18-CN21.pdf>
- . “Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados”. En *Caso No. 365-18-JH y acumulados*. 24 de marzo de 2021. <https://www.defensoria.gob.ec/wp-content/uploads/2021/04/Corte-Constitucional-Sentencia-No-365-18-JH21.pdf>
- . “Sentencia No. 34-19-IN/21 y acumulados”. En *Caso No. 34-19-IN y acumulados*. 28 de abril de 2021. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCBldWlkOidIZGE2NDE0YS1jNDI1LTQzMGMtYWVwNi1jYjY0ODQ1YTQ2NWUucGRmJ30=
- . “Sentencia No. 363-15-EP/21”. En *Caso No. 363-15-EP*. 2 de junio de 2021. <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/sentencia%20363-15-EP.pdf>
- . “Sentencia No. 77-16-IN/22”. En *Caso No. 77-16-IN*. 27 de enero de 2022. https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/7716IN22.pdf
- . “Sentencia No. 17-21-CN/23”. En *Caso No. 17-21-CN*. 11 de enero de 2023. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCBldWlkOic0ZTQ5N2QzMC0xZDkzLTQ5MmMtOWU0OC0wNGIyZTRkODUxYTQucGRmJ30=
- Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “Resolución Nro. 1619-2020”. Juicio No. 17282-2016-02033. 19 de noviembre de 2020. En *Gaceta Judicial* 125, n.º 5. Serie 19 (2020): 2746-61. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/Gaceta/Gaceta-Judicial-V-serie-XIX.pdf

- . “Sentencia”. En *Juicio No. 17296-2019-00038*. 27 de enero de 2021.
- Encalada Hidalgo, Pablo. *Teoría constitucional del delito- Análisis aplicado al Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Corporación de Ediciones y Publicaciones, 2015.
- Fernández, Alberto Vicente. *Función creadora del juez*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1980.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *Prueba Sin Convicción Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2021.
- Fondevila, Gustavo. “Castidad y honestidad sexual de la mujer en la justicia”. *Perfiles latinoamericanos* 32, (Julio – diciembre 2008): 203-27.
https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0188-76532008000200009
- García Falconí, Ramiro J. *Código Orgánico Integral Penal Comentado*. 2.^a ed. Quito: Latitud Cero Editores, 2014.
- García, José Juan. “Ley Natural”. *Enciclopedia de Bioética*. 6 de julio de 2020.
<https://enciclopediadebioetica.com/mod/page/view.php?id=3356#:~:text=%E2%80%9CLey%20es%20la%20ordenaci%C3%B3n%20de,un%20consejo%20o%20una%20recomendaci%C3%B3n.>
- González Pascual, Arturo. *Delitos contra la libertad sexual*.
<https://www.conceptosjuridicos.com/delitos-contra-la-libertad-sexual/>
- González-Cuéllar Serrano, Nicolás. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Lima: CENALES Fondo Editorial, 2018.
- Guía Legal. *Delito de abuso sexual en Estados Unidos*.
<https://guialegal.com/abogados/ley-criminal/abuso-sexual/>
- Harbottle Quirós, Frank. “La imputabilidad disminuida: una categoría problemática del Derecho Penal”. *REJ –Revista de Estudios de la Justicia* 25. (2016): 33-50.
<https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/44601/46624>
- Jauchen, Eduardo. *Derechos del Imputado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2013.
- . *Estrategias para la defensa en juicio oral*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2015.
- Maier, Julio B.J. *Derecho Procesal Penal: fundamentos. Tomo I*. 2.^a ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Márquez Cárdenas, Álvaro E. “La Victimología como estudio. Redescubrimiento de la víctima para el proceso penal”. *Revista Prolegómenos-Derechos y valores* 514,

- n.º 27 (Julio-Diciembre 2011): 27-42. <https://www.redalyc.org/pdf/876/87619038003.pdf>
- Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. 10.^a ed. Barcelona: Editorial B de F, 2016.
- Moreno Holman, Leonardo. *Teoría del caso*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.
- Muse, M. y G. Frigola. “La Evaluación y Tratamiento de Trastornos Parafílicos”. En *Cuadernos de Medicina Psicosomática y Psiquiatría de enlace*, 65 (2003): 55-72. <https://pavlov.psyciencia.com/2014/06/Parafilias-Evaluacion-y-Tratamiento.pdf>
- Nein Heisst. “Ahora la ley establece que no es no”. 2021. <https://nein-heisst-nein-berlin.de/es/casa>
- Nieva Fenoll, Jordi. “La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida”. En *Contra la carga de la prueba*, 23-52. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2019.
- . *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2013.
- . *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.
- Osman Maldonado, Pedro. “Sistema del libre convencimiento del juez”. En *Valoración Judicial de las Pruebas*, compilado por Fernando Quiceno Álvarez, 567-84. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2000.
- Pantoja Bravo, Jorge. *Tratado de la Prueba Judicial*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2022.
- Parma, Carlos. *Valoración de la prueba en los delitos sexuales*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2021.
- Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl. *Los Delitos Sexuales y el Acoso Sexual*. Lima: Ediciones Legales, 2019.
- Real, Andrea. “Agresión, abuso... Las penas por delitos sexuales en Europa van desde los seis meses a los 30 años”, *Newtral*. 1 de diciembre de 2022. <https://www.newtral.es/penas-delitos-sexuales-europa/20221201/>
- Rodríguez, Gustavo Humberto. “La calificación de la prueba”. En *Valoración Judicial de las Pruebas*, compilado por Fernando Quiceno Álvarez, 143-59. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2000.
- Rodríguez Moreno, Felipe. *Verdad histórica y verdad procesal*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2016.

- Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*. 2.^a ed. Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1997.
- Roxin, Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Madrid: Editorial Civitas, 1997.
- . *Sistema del hecho punible/1. Acción e imputación objetiva*. Buenos Aires: Hammurabi, 2013.
- . *Sistema del hecho punible/2. Ilícito y justificación*. Buenos Aires: Hammurabi, 2015.
- Santaella, Jesús. “Sofismos: ¿Qué son, cuáles son sus tipos y cómo se identifican?”. *Economía 3*. 14 de julio de 2023. <https://economia3.com/sofismos-definicion>
- Stein, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2.^a ed. Bogotá: Editorial Temis, 1999.
- Taruffo, Michele. “Algunos comentarios sobre la valoración de la prueba”. En *Discusiones Prueba, conocimiento y verdad*, Año III, No. 3, 2.^a ed., mayo 2023: 95-112. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2023. <https://revistas.uns.edu.ar/disc/issue/view/195/25>
- . “Algunas consideraciones sobre la relación entre prueba y verdad”. En *Discusiones Prueba, conocimiento y verdad*. Año III. No. 3. 2.^a ed. mayo 2023, 23-49. Buenos Aires: Editorial de la Universidad Nacional del Sur, 2023. <https://revistas.uns.edu.ar/disc/issue/view/195/25>
- . *Contribución al estudio de las máximas de experiencia*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2023.
- . *La prueba*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2008.
- . *La Prueba, Artículos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana, 2008.
- Velepucha Ríos, Manuel. *Violación y abuso sexual en el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Editorial Lex et litterae, 2023.
- Villagómez Cabezas, Richard. *Casación Penal conforme el COIP y jurisprudencia obligatoria*. Quito: Instituto Interamericano de Investigaciones, Publicaciones Jurídicas y Sociales, 2020.
- . *El recurso de apelación y error de juicio en el COIP*. Quito: Correo Legal Editorial, 2018.
- . *El recurso de revisión penal en el Estado constitucional de derechos y justicia*. 2.^a ed. Quito: Correo Legal Editorial, 2018.
- Vitorelli, Edilson. “Razonamiento probabilístico implícito y el papel de las estadísticas en el análisis probatorio”. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*. 10/2019, julio-diciembre 2019: 165-82. <https://www.academia.edu/50322793/>

RAZONAMIENTO_PROBABILÍSTICO_IMPLÍCITO_Y_EL_PAPEL_DE_LAS_ESTADÍSTICAS_EN_EL_ANÁLISIS_PROBATORIO

Vishinski, Andrei. “Libre calificación de la prueba”. En *Valoración Judicial de las Pruebas*, compilado por Fernando Quiceno Álvarez, 181-201. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2000.

Walter, Gerhard. “La libre convicción en la doctrina”. En *Valoración Judicial de las Pruebas*, compilado por Fernando Quiceno Álvarez, 533-47. Bogotá: Editorial Jurídica Bolivariana, 2000.