



ECUADOR UNIVERSIDAD
INTERNACIONAL
SEK
SER MEJORES

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS

CARRERA DE DERECHO

TRABAJO DE TITULACIÓN PARA LA OBTENCIÓN

DEL TÍTULO DE ABOGADO

**TÍTULO: “ANÁLISIS DE CASO EN MATERIA
PENAL, SOBRE EL DELITO DE VIOLACIÓN Y LOS**

MEDIOS DE PRUEBA”

AUTOR: GABRIEL ALEJANDRO SOSA DÍAZ

QUITO, MARZO DE 2018

CESIÓN DE DERECHOS

DECLARACIÓN JURAMENTADA Yo, GABRIEL ALEJANDRO SOSA DÍAZ declaro bajo juramento que el trabajo aquí escrito es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional; y que he consultado las referencias bibliográficas que se incluyen en este documento. A través de la presente declaración cedo mis derechos de propiedad intelectual correspondiente a este trabajo, a la UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK ECUADOR, según lo previsto por la Ley de Propiedad Intelectual, por su reglamento y por la normatividad institucional vigente.

.....

GABRIEL ALEJANDRO SOSA DÍAZ

C.I: 1722045216

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios principalmente por haberme dado la oportunidad de estudiar y culminar la carrera de Derecho con gran entusiasmo. Cada momento vivido a lo largo de este proceso para titularme como abogado ha sido lleno de bendiciones. No fue sencillo, pero llegar a esta instancia demuestra que nunca fue imposible. Tuve y espero tener siempre la suerte de contar con el apoyo incondicional de mi madre, el motor de mi vida y la precursora de lo que hoy en día soy, muchísimas gracias por el ánimo en todo momento. A Martha una mención especial por el apoyo brindado. A mi padre, hermanos y a todas las personas que fueron parte de este proceso hoy les extiendo mi eterno agradecimiento.

Resumen

En el delito de violación es importante analizar cuál es la prueba o cuáles son las pruebas relevantes y decisivas dentro del juicio, puesto que las circunstancias en las que esta infracción se comete, comúnmente, sin testigos y en lugares cerrados, esta investigación determinará que no todos los medios de prueba son determinantes en todos los procesos, si no de la circunstancia de cada caso.

El presente trabajo investigativo se basa en la teoría de la prueba para determinar si por parte de la doctrina se establecen parámetros para la presentación de pruebas en este delito.

Dentro de esta investigación se analizó una sentencia, en la cual se sustenta la posición teórica asumida por los jueces al momento de resolver.

Abstract

In the crime of violation, it is important to analyze which the evidence is or what the relevant and decisive evidence is in the trial; since the circumstances in infraction is committed, commonly happen without witnesses and in closed places, this investigation will determine that not all media evidence are determinant in all processes, if not in the circumstance of each case.

The present investigative document is based on the theory of the test to determine if the doctrine establishes parameters for the presentation of evidence in this crime.

Inside investigation a sentence was analyzed, in which the theoretical position assumed by the judges at the moment of solving is sustained.

INTRODUCCIÓN.....	7
CAPITULO I. Juicio N°. 12283-2016-1882 sobre delito de violación.....	8
I. Hechos del caso	8
II. Bien jurídico protegido	9
III. Pruebas determinantes en el proceso.....	9
IV. Valoración de la prueba de los jueces.....	12
CAPÍTULO II. Delito de violación	14
I. Bases conceptuales.....	14
II. Corte Interamericana de Derechos Humanos	19
III. Constitución Ecuatoriana	20
IV. Código Orgánico Integral penal.....	22
CAPÍTULO III. La prueba	24
I. Sistemas de procesamiento criminal.....	24
II. Teoría General de la prueba	25
III. La prueba en el proceso penal.....	30
IV. Valoración de la prueba.....	34
V. Medios de prueba.....	38
CAPITULO IV. Conclusiones	44
Bibliografía	45

INTRODUCCIÓN

Esta investigación trata de establecer cómo se valora de manera correcta los medios de prueba en el delito sexual de violación en Ecuador, en virtud de varias teorías del derecho procesal penal, se procura estudiar el hecho de que el delito de violación es un delito que se comete en lugares cerrados es decir no es un delito que comúnmente se lo pueda cometer en público; por ende, es un acto, típico, antijurídico y culpable que se comete sin la presencia de testigos, que los únicos que lo presencian son la víctima y el victimario y que principalmente el testimonio de la víctima tiene gran importancia en la etapa decisiva del proceso.

El presente trabajo está compuesto por tres capítulos y para el pleno desarrollo del mismo se realizará en el primer capítulo un análisis del caso en concreto designado con el número de juicio N° 12283-2016-01882 sobre delito de violación cometido en la Provincia de Los Ríos en el cantón Quevedo, el mismo que fue escogido entre varios posibles casos para analizar por el hecho de que abogados y futuros abogados centran sus estudios e investigaciones en casos que se convierten en emblemáticos o casos que son mediáticos y este caso es interesante por el lugar en particular donde se cometió la infracción y porque las pruebas determinantes para condenar a 19 años de prisión a M.V y a DP como autores principales, es la prueba testimonial en este caso el testimonio anticipado de la víctima y el examen médico legal; en el segundo capítulo se tratará el delito de violación desde la teoría, la norma y la jurisprudencia; mientras tanto en el capítulo tercero se tratará sobre la prueba puesto que la investigación principalmente tratara sobre la prueba en el delito de violación y finalmente en el capítulo cuarto se realizará conclusiones sobre la investigación.

CAPITULO I. Juicio N°. 12283-2016-1882 sobre delito de violación.

I. Hechos del caso

En la cantón Quevedo, provincia de Los Ríos, en el puente Humberto Prado el día sábado diecisiete de diciembre del año 2016 aproximadamente a las 15h20, por disposición del ECU 911 se trasladan al lugar efectivos policiales por el mercado de mariscos, a verificar que varias personas, ingresan debajo del puente, entre ellos ven a una menor de edad, se percatan que había un ciudadano con una pantaloneta y ropa interior hasta la rodilla, de nombre M.V, también se encontraba en el lugar la presunta víctima de nombre M.T de once años de edad, la misma que se encontraba desnuda y tenía entre sus manos una blusa con la que tapaba sus pechos, en el lugar también se encontraban D.P. y el adolescente J.A hermano del nombrado ciudadano quienes estaban a un costado de la escena donde habría tenido relaciones sexuales M.V. con la víctima, posterior a que D.P también habría mantenido relaciones sexuales con la menor.

La defensa del procesado M.V expresa que se demostrará en el transcurso de la audiencia que su defendido, no tuvo acceso carnal con la menor, lo único que sucedió es que le dio curiosidad de bajar al puente y que en ese momento realizó sus necesidades biológicas.

Por su parte la defensa del procesado D.P expresa que el día 17 de diciembre del 2016 su defendido se encontraba laborando con su abuelo y hermano como todos los fines de semana y que un niño se le acercó y le comento que su hermano estaba abajo del puente, que posteriormente lo va a ver y mira a una niña desnuda y un sujeto que corrió a precipitada carrera, son detenidos por agentes de la policía nacional junto con su hermano, y aduce que su defendido no adecuo su conducta al tipo penal imputado, solo curioseaba y fue a ver a su hermano y por encontrarse en ese lugar fue aprehendido.

El segundo tribunal de garantías penales de Los Ríos con sede en Quevedo declara a M.V y a D.P culpables y responsables del delito de violación, tipificado y reprimido en el Art.171 numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), en calidad de autores directos conforme el Art. 42 numeral 1 literal a ibidem del mismo cuerpo legal, imponiéndoles una pena privativa de libertad de 19 años, pena que la cumplirán en el Centro de Privación de Libertad de Personas Adultas en conflicto con la ley; la multa establecida será de seiscientos salarios básicos unificados del trabajador en general; como reparación integral se dispone el pago de ciento cincuenta salarios básicos unificados del trabajador en general, que la menor M.T reciba terapia psicológica y terapéutica como asistencia integral para evitar que las secuelas dejadas por este hecho sean superadas y logre su desarrollo integral.

II. Bien jurídico protegido

En el presente caso el bien jurídico protegido no solo es la libertad sexual, sino también el libre desarrollo integral de la menor conforme lo establece el Art.66. 3 de la Constitución de la República, que incluye la integridad física, psíquica, moral y sexual, a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado.

En los delitos sexuales que se cometen en contra de personas con discapacidad o niños, niñas y adolescentes el bien jurídico protegido no es la libertad sexual sino la indemnidad sexual o la intangibilidad sexual, en el presente caso la víctima de la violación es una menor de edad por lo que el bien jurídico protegido que se violento es la indemnidad sexual o la intangibilidad sexual.

III. Pruebas determinantes en el proceso

Las pruebas que oportunamente anunciaron y presentaron las partes son las siguientes:

Fiscalía por su parte presentó el informe de reconocimiento médico ginecológico, informe investigativo, pericia psicológica, CD del testimonio anticipado de la víctima, versión de Kerly Petra prima de la víctima, informe genético forense, informe del reconocimiento del lugar de los hechos, versión de los procesados, versión de los agentes, certificados biométricos de los procesados.

El abogado del procesado M.V presentó certificado de antecedentes penales, certificado de estudios del Colegio Nicolás Díaz, certificación de la asociación 20 de mayo, informe genético forense, testimonio del procesado.

El abogado del procesado D.P presentó certificado de trabajo, certificado de estudio, testimonios de conocidos de D.P.

Si bien es cierto dentro del proceso se anunciaron y practicaron varias pruebas por los sujetos procesales, cada uno con su interés propio y legítimo de que la sentencia que se emita no afecte a sus defendidos, por parte de la defensa de los procesados presentaron varias pruebas documentales, testimoniales y periciales con el fin de que se excluya la responsabilidad de cada uno de ellos, por su parte fiscalía como el titular de la acción penal pública aduce haber encontrado varias pruebas para que se determine la responsabilidad de los procesados.

De estas pruebas presentadas por fiscalía, la defensa de M.V y la defensa de D.P tanto testimoniales, periciales como documentales se ha determinado por parte del tribunal la participación y responsabilidad de los procesados, ya que la menor con su testimonio anticipado ha manifestado que fueron las personas que el 17 de diciembre del 2016, a las 15h20, fueron a la parte inferior del puente ubicado en el cantón Quevedo, provincia de Los Ríos, calle Eloy Alfaro y que hubo el acceso carnal por vía vaginal hacia la menor, que a la fecha de la comisión del ilícito tenía once años y dos meses de edad.

Se considera por parte del tribunal la alegación presentada por la defensa del procesado M.V en relación a la prueba de ADN en la que se observa que su perfil genético se excluye de estar presentes en las muestras, sin embargo el tribunal tiene claro que en este tipo de ilícitos y cuando hay la participación de varias personas en la relación sexual como en el presente caso, la menor ha relatado los hechos y afirma que primero tuvo relaciones sexuales con una persona desconocida que huyó del lugar, luego con M.V y posteriormente con D.P, luego M.V nuevamente quiso tener sexo con la menor y en ese momento llegó la fuerza pública, entendiéndose por que se lo encontró al procesado con la pantaloneta y el interior debajo de las rodillas.

Es por ello que el tribunal considera que no es pertinente tomar esta prueba como excluyente absoluta de responsabilidad, ya que existen otras pruebas que efectivamente responsabilizan a los procesados del cometimiento del ilícito, en especial y como principal prueba el testimonio anticipado de la víctima, la que por medio de asistencia profesional psicológica manifestó que mantuvo relaciones sexuales con los procesados, lo que da al tribunal el convencimiento de la responsabilidad de M.V y D.P.

Los testigos presentados por el procesado D.P no han aportado en absolutamente nada sobre los hechos materia del juzgamiento, lo que al tribunal si le ha quedado claro es que vieron al procesado junto con su hermano menor, correr a la parte inferior del puente al que llegaría la policía y los llevara detenidos, hecho que fue afirmado por el propio testimonio de D.P. es por ello que los testimonios presentados por la defensa del procesado no constituyen suficientes para desvirtuar la imputación realizada por fiscalía.

Por lo anteriormente expuesto el tribunal expone que más allá de toda duda razonable, efectivamente existió el cometimiento del delito de violación, tipificado en el Art.171. 3 en contra de la menor, que a la fecha de los hechos tenía once años y dos meses de edad,

así también el tribunal ha determinado que los actos realizados por los procesados M.V y D.P han sido con voluntad y conciencia por ende el juzgador ha cumplido con lo establecido en el COIP en los artículos 453 y 455.

IV. Valoración de la prueba de los jueces

Para Echandía (2002) La valoración de la prueba puede ser entendida como una operación mental o intelectual que se comprende como la operación que se realiza en la mente con la finalidad de conocer el valor de certeza o de convicción que se produce en el juzgador y este por ende emitirá una resolución conforme a esa certeza y convicción que en él se produjo durante la audiencia de juicio.

El tribunal segundo de garantías penales de Los Ríos, competente para resolver sobre el juicio No 12283-2016-01882, emitió su resolución con respecto a los hechos del caso, cumpliendo con los principios que amparan al derecho como tal y en específico al derecho penal, durante el proceso y la audiencia de juicio se presentaron pruebas tanto por parte de fiscalía como por la defensa de los procesados individualmente.

Fiscalía afirmo haber encontrado los elementos suficientes para acusar a los procesados y presentó las pruebas que recabo y anuncio en la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio, por parte de los procesados intentaron desvirtuar estas pruebas y en su defecto presentar las pruebas que creyeron pertinentes para ratificar la inocencia de los procesados.

La valoración que realizan los jueces en el presente caso tiene un trasfondo teórico, el delito de violación es una infracción que como bien ha señalado el tribunal a fojas 257 del proceso *se realiza en la clandestinidad, sin testigo*, es decir las circunstancias del delito en si son complejas.

El tribunal a fojas 257 ha citado al doctrinario Miranda Estrampes, quien al estudio de delitos sexuales, otorga gran importancia al testimonio del ofendido considerándolo como suficiente para sentenciar a una persona, de hecho en su obra “La mínima actividad probatoria en el proceso penal”, refiere que el Tribunal Supremo Español, en reiteradas resoluciones admite que la declaración de la víctima constituye un elemento probatorio adecuado o idóneo para formar la convicción en el juzgador, por tanto apto para poder destruir la presunción de inocencia, incluso cuando sea la única prueba, es así como el tribunal expone con base en lo expuesto tener el convencimiento pleno mas allá de toda duda razonable que efectivamente los procesados son responsables del delito.

CAPÍTULO II. Delito de violación

I. Bases conceptuales

Es importante cuando se habla del delito de violación determinar que es la integridad sexual puesto que es el bien jurídico protegido en este delito; la integridad sexual es la libertad sexual de la persona que tiene más de 18 años y el libre progreso sexual de aquellos que se determina por la ley como menores de edad. Debe tenerse en cuenta que nadie puede implantarse en la esfera sexual ajena sin la voluntad de las otras personas, que tienen capacidad para consentir, y menos aún con los que no tienen la capacidad de consentir algo tan importante como la sexualidad. (Donna E. , 2007)

Para Martines (2000) Los delitos que atentan contra la libertad sexual son aquellos en los cuales las personas atacan a la libertad de otras personas que deciden sobre su cuerpo, tales agravios a la libertad son los ilícitos netamente sexuales que se encuentran estructurados en gran parte de la normativa de los países de Latinoamérica. El autor afirma que la libertad sexual tiene que ser protegida porque esta libertad refleja las más íntimas y esenciales dignidades de la humanidad, es decir que las relaciones sexuales no se realicen de manera obligatoria.

Entonces, la libertad sexual como tal se define como la independencia que tiene cada individuo de determinar de manera autónoma cuándo, con quién, y cómo quiere ejercer su sexualidad, de manera que cada uno es el que tiene el control de cuándo quiere relacionarse sexualmente con otra persona. En una parte, se tendrá el derecho a escoger

y realizar en cada momento que decida utilizar su cuerpo sexualmente sin limitaciones, pero respetando la libertad sexual de las personas; y, en otra parte está presente en el consentir o rechazar las proposiciones sexuales que le lleguen.

Es pertinente entrar al análisis del delito de violación y verificar posturas distintas de autores que consideran a un sujeto activo y un sujeto pasivo determinado para que el delito de violación se constituya como tal.

Dentro de esta clasificación se puede determinar que cuando los autores tratan sobre el acceso carnal ya se está hablado implícitamente sobre un sujeto activo determinado, que en este caso es el hombre puesto que su naturaleza anatómica es la que le permite acceder carnalmente a la víctima, por ejemplo para este autor el delito de violación se da cuando el varón accede carnalmente a otra persona, aprovechándose de su inmadurez, estado mental o en sí de su estado de indefensión, pudiendo utilizar la violencia para el cometimiento del acto. (Núñez, 1988)

Maggiore (1955) por su parte asevera que el delito de violación carnal es el que consiste en exigir y obligar a una persona denominada sujeto pasivo, a la unión carnal, utilizando violencia o amenazas para lograr la relación sexual.

Si bien es cierto Maggiore no determina explícitamente al hombre como sujeto activo de la violación, pero en el momento en que habla sobre la unión carnal tácitamente afirma que es el hombre el sujeto activo puesto que su naturaleza anatómica determina a este para que logre el acceso carnal.

Por otra parte, para Frías Caballero (1996) señala que la violación se da mediante el elemento material que es la conjunción o acceso carnal como la finalidad, en contra de

la voluntad de la víctima y valiéndose de la intimidación como medio o tomando en cuenta su condición.

En conclusión, para estos autores el delito de violación se da cuando se logra el acceso carnal en el sujeto pasivo por medio de la fuerza y de la intimidación que el sujeto activo utiliza para lograr su fin, aprovechándose de la incapacidad de la víctima por no comprender que es una relación sexual y mucho menos consentirla.

No se discrimina a hombres o a mujeres al momento de determinar a las personas que pueden ser víctimas de un delito de violación sexual, aquí es pertinente señalar el desarrollo teórico del delito de violación puesto que hace cincuenta años atrás autores como Frías Caballero o Maggiore solo hablaban de acceso carnal o tácitamente que el hombre podía ser el único sujeto activo de este delito y no se trataba de la utilización de objetos que pueden ser introducidos en las cavidades del cuerpo humano por parte de cualquier persona sea hombre o mujer, por lo que era imposible imputar este delito de violación a una mujer.

Al contrario de lo tratado anteriormente, se afirma que el órgano sexual masculino no solo puede ser utilizado para la consumación de un delito de violación por parte del hombre con la finalidad de introducir en una cavidad vaginal o una similar, sino puede ser el hombre el sujeto pasivo de esta infracción cuando se utiliza su órgano sexual y es introducido en la cavidad de otro sujeto.

Manzini (1948) Con una perspectiva amplia sobre el delito de violación en cambio afirma que es un acto en el que el órgano sexual masculino, que puede ser víctima o victimario, es introducido en el cuerpo de otra, por vía vaginal o por otra vía que se denomina anormal, con la finalidad de que se convierta en coito o algo similar.

Si bien es cierto Manzini determina que la violación se da cuando el órgano genital se introduzca en el cuerpo de otra persona, también habla de que el hombre puede ser víctima de violación cuando es obligado o por su condición intelectual no puede comprender lo que sucede, es decir el hombre puede ser el sujeto pasivo de una violación en la que existió introducción del miembro genital en alguna cavidad del cuerpo de otra persona.

Ahora se recopilará algunas acepciones sobre la violación desde el lado feminista y se identificará cuáles son las características que determinan a este delito. Desde esta perspectiva el delito de violación o acto sexual violento está previsto en los códigos penales tanto: a) en la forma propia, que es la puesta en práctica de la violencia con la finalidad de consumir la relación sexual; o, b) como se da en la forma calificada como impropia, que se basa en las características de la víctima, también en la edad o en la salud mental. En general, no se hace distinción si la víctima es hombre o mujer. (Facio, 1999)

Dentro de la misma línea feminista, se califica al delito de violación como cruento, con su significado sangriento, En tal sentido, se adecua al sexo forzado por un individuo con poder de intimidación sobre otro. Se deja en claro que los hombres no son los que realizan esta práctica cotidiana, ni las mujeres son las que siempre son víctimas. (Segato, 2003)

Se concluye que el feminismo no se aleja mucho de lo que antes se había indicado sobre el delito de violación que es un delito en el que se utiliza la violencia y muchas veces se aprovecha de las características de la víctima para consumir la relación sexual forzada. También es importante el hecho de que no determinan a los hombres como únicos sujetos activos de la violación ni a las mujeres como únicas víctimas de este delito, es aquí donde también es pertinente señalar el desarrollo doctrinario del delito de

violación, ya que algunos autores 50 años atrás sin necesidad de promulgar el feminismo afirmaban que el hombre era el único sujeto activo.

Es importante referirse a la mujer como víctima de violación dentro del ámbito matrimonial. Como se verá a continuación, existen algunas posturas sobre este tema la unión conyugal, que no se puede dudar sobre la existencia y el deber que existe de dos personas que han decidido casarse o unirse, ya que los fines esenciales de esta unión son el instinto sexual, la procreación lo que también justifica la fidelidad, es por ello que esta doctrina sostiene que el marido tiene el derecho de obligar a su esposa al acceso carnal y la violencia ejercida no constituye delito. (Belluscio, 2011)

Es interesante tratar sobre este tema del delito de violación dentro del ámbito matrimonial, como bien se puede ver en la doctrina anteriormente explicada se sostiene que no existiría violación cuando el marido quiera mantener relaciones sexuales con su esposa y ella se opone, puesto que hasta la actualidad en el derecho civil que es el que regula el matrimonio se habla de los fines que son procrear y crear una sociedad de bienes, entonces de esta manera desde el derecho civil estaría justificada esta postura hasta la actualidad, pero en la actualidad según el COIP constituiría violación este hecho.

Para algunos autores, entre ellos Belluscio (2011) la violación se considera el ayuntamiento carnal normal e ilícito, con una persona de sexo femenino y contra la voluntad de la misma. Sobre el requisito de ilicitud la autora Fries (1999) dice que es totalmente confuso, porque entonces, cuando se considera lícito no es violación; es decir, cuando una mujer está casada y su esposo la obliga a mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad no es una violación, porque no existe ilicitud por el hecho de estar casados.

Actualmente no sería un tema de discusión tratar a si la mujer puede o no ser víctima de una violación en el ámbito matrimonial, es un tema que se ha superado con el paso del tiempo y que si el esposo obligaría a la esposa a mantener relaciones sexuales de manera obligatoria simplemente se estaría cometiendo un delito de violación, más allá de la obligación civil que ambos tengan.

Finalmente sobre la violación se concluye que es un delito que se consuma en el momento del acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, cuando es realizado por vía vaginal o anal, se consuma también si se ha introducido objetos o partes del cuerpo, es decir ya no se requiere que el elemento que penetra la vagina o el ano sea exclusivamente el miembro viril, y que este sea completo, es decir, que exista desfloración o eyaculación, pero un elemento indispensable para constituir el tipo penal es que se ejerza violencia o grave amenaza sobre la víctima para obligarla a practicar dichos actos, también depende del estado de inconsciencia o incapacidad de resistencia.

II. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La CIDH en la publicación realizada el 9 de diciembre del 2011 titulada el ACCESO A LA JUSTICIA PARA MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA SEXUAL EN MESOAMÉRICA ha determinado que pese a que en la mayoría de casos de delitos sexuales la víctima no cuenta con testigos, los fiscales exigen a las policía la búsqueda de los mismos; lo que evidencia la falta de conocimiento de cómo se perpetran estos delitos.

Se llega al extremo de no presentar el caso ante los juzgadores cuando la única prueba es el testimonio de la víctima, anulándolo como prueba suficiente para presentar la acusación. Se le otorga nulo valor al testimonio de la víctima, la primera reacción por

lo general es no creerle; contrario a lo que establecen las normas penales, referentes a la libertad de probar en donde la víctima es considerada como un testigo calificado.

Esto es contrario a los estándares interamericanos que sostienen que la violencia sexual es un tipo particular de agresión que, en general, se caracteriza por producirse en ausencia de otras personas más allá de la víctima y el agresor o los agresores. Por lo tanto, no se puede esperar la existencia de pruebas gráficas o documentales y, por ello, la declaración de la víctima constituye una prueba fundamental sobre el hecho.

III. Constitución Ecuatoriana

La Constitución ecuatoriana prevé algunas acciones y prevenciones cuando de delitos sexuales se trate y más cuando las víctimas sean niñas, niños o adolescentes como en su Art. 46. 4 en el que afirma que es el Estado el responsable de adoptar, entre otras, las siguientes medidas que aseguren a las niñas, niños y adolescentes la protección y atención contra todo tipo de violencia, maltrato, explotación sexual o de cualquier otra índole, o contra la negligencia que provoque tales situaciones.

Mientras tanto en el Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas entre otros en el numeral 3 el derecho a la integridad personal, que incluye:

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

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

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

Mientras que en el Art. 81 la Constitución determina que la ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.

En el Art. 347.- Será responsabilidad del Estado se trata sobre una obligación del estado y en específico sobre la educación sexual en el numeral 3 a asegurar que todas las entidades educativas impartan una educación en ciudadanía, sexualidad y ambiente, desde el enfoque de derechos.

Se puede visualizar por medio de la investigación que la Constitución de la República predice acciones de aseguramiento para la integridad sexual de todas las personas y en especial de las que se encuentran en un estatus especial como los niños, niñas y adolescentes, es importante con estos parámetros constitucionales evitar y prevenir el cometimiento de este tipo de delitos por medio de una educación sexual a los niños y

niñas con la finalidad de que sepan cuán importante es este bien jurídico protegido denominado integridad sexual o indemnidad sexual en el caso de menores de edad.

IV. Código Orgánico Integral penal

Dentro del COIP encontramos sobre la violación sexual que se considera como un crimen de lesa humanidad en el artículo 86 cuando este se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

Cabe recalcar que no se señala como crimen de lesa humanidad la violación sexual si no que esta tiene que cumplir con el presupuesto de que se haya dado en contra de una población civil determinada y de manera generalizada o sistemática, entonces la violación a una persona no es calificado como un crimen de lesa humanidad.

De ahí en el mismo COIP se determina al tipo penal violación en el artículo 171 del cuerpo legal como el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

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

De conformidad a la investigación es posible verificar que como algunos autores han señalado anteriormente a la violación se la definía simplemente como el acceso carnal actualmente el COIP ha dejado atrás esta definición del delito de violación ya que implementa en el tipo penal la introducción de objetos u otros órganos del miembro viril

a una persona de cualquier sexo, tácitamente el COIP no determina un sujeto activo ni un sujeto pasivo determinado para el cometimiento de este delito.

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

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

El hecho de sancionar con el máximo de la pena se puede verificar como agravantes para el delito de violación puesto que en el listado que el COIP señala es necesario verificar presupuestos que tiene que cumplir en algunos casos el sujeto activo y en otros el sujeto pasivo como por ejemplo para la víctima que sufra una lesión física o daño psicológico permanente, que la víctima como consecuencia de la violación contraiga una enfermedad grave o mortal, que la víctima sea menor de diez años o que la víctima finalmente se encuentre bajo el cuidado del agresor; en el caso del sujeto activo que el

agresor tenga una cercanía con la víctima o que tenga un grado ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

CAPÍTULO III. La prueba

I. Sistemas de procesamiento criminal

Es importante traer a colación los sistemas de procesamiento criminal puesto que dependiendo del sistema se determina las directrices de la investigación en el proceso penal y en sí la forma de obtención y práctica de las pruebas es por ello que a continuación se hace un breve recuento del sistema inquisitivo, acusatorio y mixto.

La doctrina ha reconocido a lo largo de la historia del derecho penal, diferentes sistemas criminales, entre ellos encontramos al sistema inquisitivo, al sistema acusatorio y al sistema mixto, cada uno de estos tienen sus propias características el sistema inquisitivo que principalmente tiene una sola persona que investiga y que juzga, entre otras

características como que en este predomina los documentos, este es secreto, violenta derechos humanos y no existe participación de la ciudadanía. (Roxin, 2000)

Por el lado del Sistema Acusatorio supone un modelo diferente al anterior que está conformado por un acusador, un defensor y finalmente por un juzgador; finalmente el sistema mixto es el que toma presupuestos del sistema inquisitivo y acusatorio. (Roxin, 2000)

Es evidente la importancia de los sistemas de procesamiento criminal puesto que dependiendo de cada uno se determina quién es la persona adecuada para realizar la investigación, es decir quién es el obligado de recabar pruebas de cargo y descargo, como en el sistema inquisitivo era el juzgador el mismo que investigaba puesto que no existía una imparcialidad al momento de decidir.

Por el lado del sistema acusatorio en cambio surge una nueva idea de que una persona llamada fiscal autónoma e independiente con relación al juez realice la investigación y presente pruebas de cargo y descargo, mientras que por otro lado exista una defensa que refute y vele por los intereses del procesado para que el juzgador pueda decidir de manera imparcial y valorando las pruebas presentadas por las partes.

En la actualidad el sistema utilizado en Ecuador es el oral adversarial acusatorio como lo sostiene el COIP (2014) en su presentación, ya que se basa en el marco garantista constitucional el que vela los derechos y garantías de las personas, con relación al sistema oral: quiere decir que se sustanciará de manera oral, adversarial: que el procesado tendrá garantizado su estado de inocencia e igualdad de armas, acusatorio se refiere a que existe un investigador autónomo e independiente con relación al juez.

II. Teoría General de la prueba

En esta parte de la investigación se desarrollará lo relativo a la prueba desde diferentes perspectivas, entre estas considerar a la prueba como parte de la vida cotidiana de todas las personas y no solo parte del derecho con la función de lograr el convencimiento del juez y como acreditación de un hecho en el proceso.

Teoría de la prueba

La prueba desde un aspecto general, es decir para todas las ciencias y en específico para el derecho, cuando se habla de la prueba se habla dentro del ámbito histórico y la prueba judicial dentro del ámbito del derecho.

La prueba se encuentra fuera del ámbito del derecho, simplemente es un instrumento para que cualquier persona intervenga en el ámbito histórico. Esto no quiere decir que la prueba no sea importante para el derecho, simplemente que no se puede afirmar que la prueba en derecho tenga una finalidad diferente a la de otra ciencia reconstructiva y menos que su función sea netamente procesal. (Carnelutti, 1982)

Carnelutti (1982) afirma también que cualquier profesión necesita la prueba para el buen desempeño de sus funciones: así el periodista o el lingüista recurren a la prueba para convencerse a sí mismos y a sus lectores; en derecho, en cambio, se prueba con la finalidad de convencer a otros, como el juez.

Por otro lado, autores como Silva Melero afirma que la prueba procesal es un aspecto de la prueba general, que en el mundo se ofrece de un modo polifacético y que muchas de las veces es necesario relacionar con el mundo jurídico. (Silva, 2003)

Sobre la prueba que no está referida al ámbito judicial y la prueba en el derecho que es la que se refiere al ámbito judicial, se concluye que la prueba en general es la que es utilizada por cualquier persona que no está relacionada con el derecho para fines personales y no de convencer a otras personas, en cambio la prueba en el derecho tiene

la finalidad de convencer a otras personas como por ejemplo el juez y que la prueba en derecho nace de la prueba en general y que se diferencia a ambas porque la prueba en derecho se utiliza en un proceso judicial y la prueba general o histórica es utilizada en la vida cotidiana.

Ahora bien, la prueba desde el ámbito jurídico puede ser comprendida como la gestión del convencimiento al juez sobre los hechos para la resolución del proceso. La prueba es garantizar que el juzgador se convenza sobre los hechos cuyo esclarecimiento es necesario para la resolución del proceso. Es decir, que la prueba es la verificación de lo que afirmaron las partes y que esta verificación se produce en el conocimiento del juzgador, una vez que tiene una certeza de los hechos. Si bien la certeza tiene un carácter subjetivo, se convierte en objetivo en la motivación de la sentencia en la que el juzgador emitirá su juicio sobre los hechos. (Favela, 1991)

En el mismo sentido Sentis (1967) tiene un punto de vista procesal y define a la prueba como la que busca obtener la certeza, gestionando el convencimiento del juez, en relación con la verdad o falsedad de una afirmación o a la existencia o inexistencia de un hecho.

Se concluye que la prueba procesal es la verificación o no de las afirmaciones de las partes dentro del proceso y que debe lograr el convencimiento del juzgador que se puede realizar a través de actividades procesales como la inspección judicial, la confesión judicial entre otras. Por otro lado, se relaciona a la prueba como el conocimiento o descubrimiento de la verdad como veremos a continuación:

Para Bentham citado por Zavala (2004) el propósito de la prueba es la verdad, es decir, establecer dentro del proceso la verdad, no obstante Bentham no tiene en cuenta que existen medios de prueba deficientes que no permiten cumplir el propósito que él

sugiere, por lo que el único fin de la prueba no puede ser alcanzar la verdad, si no principalmente se requiere el convencimiento del juez sobre la existencia o no de un hecho.

En el mismo sentido la prueba se considera como lo que se quiere acreditar y a la actividad destinada a ello se le denomina probatoria, mientras que el procedimiento fijado por la ley para introducir la prueba en el proceso es el dato capaz de contribuir al descubrimiento de la verdad y finalmente el resultado que da convicción de su valoración. (Oré, 1996)

Dentro de estas consideraciones sobre la prueba se deja claro que tiene que ir dirigida al conocimiento de la verdad, puesto que es el medio mediante el cual se convence a los jueces al momento que estos otorgan justicia a las personas que son partes en un proceso.

Desde otros autores también se puede visualizar a la prueba desde los puntos de vista objetivo y subjetivo, diferenciándose o ambos comprendidos dentro del mismo concepto de la prueba.

A la prueba desde un punto de vista objetivo se la conceptúa como la que sirve para acreditar un hecho que es desconocido por el juzgador y este tiene la obligación de basarse en hechos u objetos conocidos para descubrir lo que no conoce, es decir la prueba es todo medio que se utiliza para conocer una cosa o un hecho desconocido. (Rada, 2000)

Por otro lado, a la prueba subjetivamente se la define como el poder de convencer a la mente del juez, necesariamente se tiene que acreditar hechos que pueden ser ciertos o inciertos pero el fin es que el juez se convenza, sin importar que se presenten pruebas fehacientes de los hechos. (Couture, 2002)

Por otra parte, Estrampes (2008) se refiere al aspecto objetivo y subjetivo. Al momento de conceptualizar la prueba, se puede distinguir tres aspectos importantes: a) el primero de carácter objetivo en el que la prueba es la herramienta que se usa para llegar a la certeza judicial; b) el segundo, de carácter subjetivo, al convencimiento que se produce en la mente del Juez y; c) el tercero, combina las dos anteriores, el objetivo de medio y el subjetivo de resultado y define a la prueba como el conjunto de motivos o razones que suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso, que se deducen de los medios aportados.

Ahora es pertinente tratar por parte del feminismo a la teoría de la prueba; la feminista Roxana Arrollo Vargas afirma que, los juzgadores pueden condenar a pesar de no contar con pruebas que tengan el carácter de directas. Si la prueba ofrece certeza de que ocurrieron los hechos, es decir si existe un testimonio que tiene concordancia con los hechos sobre el cometimiento de un delito no es necesario practicar otro tipo de prueba. (Arroyo, 2010)

Se concluye que la prueba puede servir al descubrimiento de la verdad acerca de los hechos que se investigan, pudiendo utilizar prácticas procesales como la inspección judicial, testimonios, entre otros, sirviendo esta prueba como medio, a cargo de las partes y como resultado, que constituye la valoración que hace el juzgador para alcanzar a la convicción necesaria sobre la veracidad o falsedad de un hecho.

En un proceso en el que existen otros hechos en los que pueden existir otros tipos de prueba se tendrá que realizar una valoración exhaustiva de todas las pruebas y no solo basar en la del testimonio de la víctima, que no se omita el detalle de que el delito de violación es un delito que generalmente no tiene presencia aparte de la víctima o el victimario o que no existe una grabación sobre el delito porque se lo comete dentro de cuatro paredes, así que el trabajo de la persona que valora la prueba en este caso el juez,

tendrá que hacerlo sin que quede la menor duda sobre la responsabilidad del delito cometido.

III. La prueba en el proceso penal

Después de haber revisado algunas consideraciones sobre la prueba, ahora es importante para la presente investigación analizar la prueba dentro del proceso penal ya que esta tesis va dirigida a la práctica de la prueba en el proceso penal en específico en el delito de violación, entonces en esta parte se considerará las diversas pruebas que se consideran en el proceso penal y algunas definiciones de la prueba en el proceso penal.

Florian (1961) se pronunció a comienzos del siglo XX contra la idea de agrupar o reunir los principios entre las pruebas civiles y las pruebas penales, es decir la existencia de una sola teoría general de la prueba, pero sin embargo acepto que existen varias situaciones en común entre ambos procesos.

Por otro lado, autores como Devis Echandía (2002), Valentín Silva, Planiol y Ripert no se oponen a la existencia de una sola teoría general de la prueba, siempre que entre las diferentes materias se distinga la forma en que se legisló, ya que no por razones de materia o función pueden regularse de distinta manera, entonces es por ello por lo que existe una unidad de la institución de la prueba judicial.

Se concluye que no se descarta la existencia de una sola teoría general de la prueba, pero dentro de cada materia se realiza las pruebas correspondientes para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad, puesto que no se puede realizar las mismas prácticas de la prueba en procesos penales y en procesos civiles.

Por parte del COIP el sentido de la prueba se sostiene en el artículo 5 de este cuerpo legal puesto que en este se señala principios que dan sentido a la prueba en el proceso penal, el numeral 13 trata sobre el principio de contradicción señalando que los sujetos

procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra; mientras que el numeral 17 del mismo artículo trata sobre el principio de inmediación el mismo que determina que la o el juzgador celebrará las audiencias en conjunto con los sujetos procesales y deberá estar presente con las partes para la evacuación de los medios de prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso penal.

La prueba es tan importante y determinante en el proceso penal que cuando una de las partes use manera dolosa a la prueba puede llegar a cumplir una condena con privación de la libertad de hasta tres años como señalan algunos tipos penales que se refieren a la mal utilización de la prueba como por ejemplo el artículo 272 del COIP sobre el fraude procesal o el artículo 292 que trata sobre la alteración de evidencias y elementos de prueba.

El Artículo 453 del COIP sostiene que la finalidad de la prueba es llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias materia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada.

Mientras tanto en el artículo 454 se contempla que para el anuncio y práctica de la prueba se regirán por los siguientes principios: 1. Oportunidad 2. Inmediación 3. Contradicción 4. Libertad Probatoria 5. Pertinencia 6. Exclusión 7. Principio de igualdad de oportunidades para la prueba, es decir que las partes tendrán el mismo derecho en el proceso de acceder y de presentar las pruebas que crean convenientes.

En el COIP se establece en el Artículo 457 los Criterios de valoración y en él nos dice que La valoración de la prueba se hará teniendo en cuenta su legalidad, autenticidad, sometimiento a cadena de custodia y grado actual de aceptación científica y técnica de

los principios en que se fundamenten los informes periciales. La demostración de la autenticidad de los elementos probatorios y evidencia física no sometidos a cadena de custodia, estará a cargo de la parte que los presente; el COIP basa la valoración en el grado de aceptación científica del juez sobre los informes y pericias practicadas en el proceso, esto se complementa con el principio de la Duda a favor del reo contemplado en el artículo 5 del COIP numeral 3 dice que 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

En el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) la prueba tiene en su artículo Art. 158. Básicamente la misma finalidad de la prueba en el COIP ya que en el COGEP la prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos.

Sobre el anuncio o práctica de la prueba el Art. 165 del COGEP señala que Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla, es decir básicamente lo que sostiene el COIP en su artículo 454.

Mientras tanto el COGEP sostiene en el Art. 164 todo lo que concierne a la valoración de la prueba y en esta manda que Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. 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. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión.

Según el COGEP la prueba deberá ser apreciada en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, es decir que da al libre albedrío la decisión del juez, pero siempre y cuando este motive de manera justificada la resolución que emita.

Dentro del proceso penal la prueba es el medio o instrumento que permite introducir en el proceso y hacer llegar al juez los elementos que este considere necesarios para poder tomar una decisión sobre el juicio que se está sustentando bajo su jurisdicción, se habla así del aspecto objetivo de la prueba y que es útil para los conceptos de relevancia, admisibilidad o tipicidad de las pruebas. Mientras que en el aspecto subjetivo es la práctica de la prueba y la valoración realizada por el juez. (Guzmán, 2006)

Lino Enrique Palacio (2001) define a la prueba penal como el conjunto de actos procesales, cumplidos con el auxilio de los medios previstos o implícitamente autorizados por la ley, y encaminados a generar la convicción judicial acerca de la existencia o inexistencia, la veracidad o la falsedad, de los hechos sobre los cuales versa la imputación.

Taruffo (2002) sostiene que el sentido de la prueba y de la verdad es bastante clara, ya que la prueba se constituye en un elemento que es utilizado por las partes y valorado por el juez, es decir es un elemento de los sujetos procesales y que es posible considerar como verdaderos los enunciados realizados por las partes basándose en la premisa: en el proceso es posible con criterios racionales lograr una aproximación adecuada a la realidad de dichos hechos.

La prueba en el proceso penal es la actividad del proceso del juzgador y de los interesados a la determinación de la convicción psicológica del juzgador sobre los datos de hecho aportados al proceso. Agrega además que la prueba es una actividad jurídica específicamente procesal y es por ello sustancial al mismo al estar sometida a una

consecución de pasos, que supone establecer limitaciones y también, por consiguiente, la posibilidad de valoraciones positivas o negativas sobre la eficacia jurídica de la actividad, sin que importen solamente unos efectos de mero hecho de haber contribuido a la formación de la convicción del juzgador. (Montero, 1996)

Se concluye manifestando que, en materia procesal penal, la prueba implica una confrontación, la cual consiste en verificar si las afirmaciones contenidas en la denuncia coinciden con los hechos, pero valorando todos los tipos de prueba no solo el testimonial que en muchos de los casos puede ser cierto, pero que pasa como por ejemplo con los procesos que se investigan por violación y que la denuncia presentada por una persona es con el afán de causar daño y no porque en realidad existió una violación.

IV. Valoración de la prueba

La valoración de la prueba puede ser entendida como una operación mental o intelectual que se comprende como la operación que se realiza en la mente con la finalidad de conocer el valor de certeza o de convicción que puede deducirse de su contenido. (Echandía, 2002)

La valoración de la prueba para Cafferata (2003) se concibe como la operación intelectual destinada a establecer la eficacia de la convicción de los elementos de prueba recibidos tiende a determinar cuál es su realidad a los fines de la reconstrucción del acontecimiento histórico cuya afirmación dio origen al proceso.

Por otro lado, autores como Casimiro (1990) y Couture (2002) se refieren a la prueba como un acto, es decir realizado por una persona, pero se centran en el valor que tienen dentro del proceso y se conceptualiza a la valoración de la prueba como un acto de suma importancia dentro del proceso y de la etapa probatoria, dado que el resultado que se

obtenga determinará la suerte del juicio, que definitivamente finalizará con la condena del procesado o absolución.

Mediante la valoración o apreciación se trata de determinar la eficacia o influencia que los datos o elementos probatorios aportados al proceso, mediante los oportunos medios de prueba, tendrán en la formación de la convicción del juzgador. (Estrampes M. , 2000)

Es importante señalar que en la valoración de la prueba ya no se trata de saber qué es en sí misma la prueba, ni sobre qué debe recaer, ni por quién o cómo debe ser reproducida. Se trata de señalar, con la mayor exactitud posible, cómo depende y qué influencia ejercen los diversos medios de prueba, sobre la decisión que el magistrado debe expedir. (Couture, 2002)

Se entiende entonces que ya no se habla sobre qué es la prueba. Para estos autores, la importancia que tiene dentro del proceso y en sí de la actividad probatoria depende de su valoración, para que el juez decida sobre la inocencia o la responsabilidad de una persona.

Para Devis Echandía (2002) se trata de una actividad que es exclusiva del juez. Las partes y sus representantes simplemente se limitan a cumplir con la función de colaboradores cuando presentan sus puntos de vista en sus alegatos iniciales y finales; se puede verificar, que también, esta actividad es solamente del juez que se encuentra revestido de jurisdicción y competencia para sustanciar ciertos casos.

Se concluye que la valoración de la prueba es un acto de suma importancia dentro de la etapa probatoria, que únicamente le pertenece al juez, que en un proceso penal las pruebas se presentarán en caso de delitos de acción pública por la fiscalía y el procesado tendrá su derecho a defenderse y por ende a contradecirlas, esta valoración se tiene que hacer sin minimizar al uno del otro, pues esta influencia de convencer al juez es la

condición para que él emita un dictamen sustentado en derecho y que se acople a los hechos después de que exista un convencimiento netamente basados en lo que logró probar fiscalía y lo que logro desvirtuar la defensa del procesado.

Sistemas de Valoración de la Prueba

Los principales sistemas de valoración de la prueba son: la prueba legal, íntima convicción y la sana crítica racional. Sobre la prueba legal se dice que la ley procesal es la que fija de modo general la convicción de las pruebas y que establece las condiciones en las que el juzgador se convencerá sobre la existencia de un hecho, aunque personalmente no se convenza y también en caso de que sí. (Cafferata, 2003)

Sánchez Velarde (2004) señala que el sistema de valoración legal de la prueba consiste en atribuir normativamente un determinado valor a cada medio de prueba, de tal manera que la autoridad judicial solo la aplica en cada caso concreto sin mayor esfuerzo de análisis.

En cambio sobre la íntima convicción, la norma no establece cómo se debe apreciar a las pruebas, el juez tiene libertad de convencimiento, según su percepción sobre la existencia o no de hechos, valorando según su conocimiento y entendimiento; por otro lado debe tomarse en cuenta que no existe la obligación de fundamentar las resoluciones judiciales, lo que no da paso a sustituir la prueba, ni emitir fallos que sean irracionales, sino más bien se trata de la confianza que se otorga al juez. (Cafferata, 2003)

Para el autor Vélez Mariconde (2005) este sistema implica en primer lugar que no exista una norma legal acerca de la valoración que el juez debe realizar a los elementos de prueba y por otro lado la inexistencia de la obligación del magistrado de explicar las razones por las que determinó su decisión.

Se concluye sobre este sistema denominado íntima convicción que se otorga una libertad al juez y que no existen formalidades preestablecidas para motivar sus fallos, y este es su defecto puesto que genera el peligro de que surja arbitrariedad e injusticia por parte de los jueces.

El sistema de valoración de la prueba denominado el de libre convicción o sana crítica racional, al igual que el sistema anterior establece libertad para que los jueces se convenzan, pero a diferencia con el de íntima convicción, sus conclusiones son fruto del razonamiento de las pruebas, si bien es cierto el juez no se apoya en reglas establecidas, pero su límite es el respeto al pensamiento humano. (Cafferata, 2003)

El juzgador en este sistema de libre convicción o sana crítica debe lograr un convencimiento sobre la prueba basándose en sus conocimientos, es decir en la razón, en la lógica ya que la decisión debe ser obra de su intelecto siempre y cuando la lógica se imponga hasta su decisión. (Mariconde, 2005)

Entonces la sana crítica da la posibilidad al juzgador que llegue a sus propias conclusiones siempre y cuando valore la eficacia por medio de la cual se convence y principalmente respeta las normas de la lógica y de la razón.

En este breve análisis sobre los sistemas probatorios, se ha realizado un recuento sobre los sistemas de valoración de la prueba y cuán importante es tratar este tema ya que actualmente se sigue utilizando por parte de los juzgadores estos métodos, valga la redundancia se puede decir, de manera actualizada y contextualizada a la época, pero con base en la esencia de cada uno de los sistemas probatorios es que se ha logrado desarrollar actualmente los sistemas probatorios vigentes.

Se concluye que los principales sistemas de valoración de la prueba, entre ellos la prueba legal, la íntima convicción y la sana crítica racional, en el presente estudio sobre

la prueba en el delito de violación, es importante que los jueces pongan en práctica los tres puesto que de esta manera se tendrá una resolución judicial más acertada a la justicia, ya que en el primero tiene el propósito de probar la verdad real, en el segundo sobre la íntima convicción se confía en los jueces por su conocimiento y entendimiento del derecho y finalmente la sana crítica en ella los jueces tienen que convencerse para tomar una decisión apoyándose en el razonamiento de las pruebas.

V. Medios de prueba

Ahora es pertinente analizar la normativa adjetiva penal, en relación con los medios de prueba, es decir, estudiar el texto jurídico y los postulados sobre la prueba y regulación de la prueba. Actualmente, en Ecuador, se encuentra en vigencia el COIP desde el 10 de agosto del año 2014 (Registro Oficial 3 de febrero del 2017).

Según el artículo 498 del COIP los medios de prueba son: 1. El documento 2. El testimonio 3. La pericia. A continuación, se analizará cada uno de los medios de prueba porque es importante para la investigación conocer cuáles son los tipos de prueba que el COIP ampara en los procedimientos penales y para que se pueda comprobar si este responde a lo que la doctrina ha tratado sobre los medios de prueba. Es oportuno señalar que el COIP no trata sobre prueba documental si no como documento, testimonial como el testimonio y pericial como la pericia.

Prueba documental

Por documento se entiende a las expresiones vertidas de una persona, su característica fundamental es estar recogida por escrito o cualquier otro medio como cuadros,

fotografías, dibujos, radiografías, cintas cinematográficas y que este tenga la capacidad de probar, o sea pertinente sobre lo que se ventila en el proceso penal. (García, 1996)

El documento como medio de prueba se encuentra recogido en el COIP, el mismo no ofrece una definición, por lo que es necesario remitirse a la doctrina como principio básico del derecho, el COIP trae consigo reglas en las cuales se fija parámetros para la utilización de este medio de prueba por parte de las personas que son parte de un proceso penal. Es por ello que, a consideración de esta investigación, la normativa penal vigente no responde a lo establecido por la doctrina en cuanto a la prueba puesto, que del documento en el COIP no se sostiene qué es, ni cuáles son las características de este.

Prueba testimonial

Para Sánchez V (2004) la denominada prueba testimonial o declaración testimonial es principal dentro del desenvolvimiento del proceso penal. Los hechos mismos dependiendo de sus circunstancias en gran parte no permiten recabar pruebas o elementos que prueben, por ello generalmente se apunta a la indagación de elementos que fueron presentados por el acusador, es así que el testimonio de la víctima del delito o de personas que estuvieron en el cometimiento del delito son de vital importancia puesto que en algunos casos por estos testimonios se podrá determinar sobre la responsabilidad o la inexistencia de responsabilidad de una persona.

La prueba testimonial, entendida estrictamente es un medio probatorio que radica en la rendición de testimonio por parte de una persona que no es parte del proceso, es decir ni acusado ni agraviado y este se limita a declarar frente a una autoridad competente sobre ciertos hechos de cualquier naturaleza que supuestamente presenció; entendido ampliamente, se considera también testimonio a la declaración cuando esta proviene de

alguna de las partes del proceso, con la condición de que no se auto incrimine ni tampoco empeore su situación en el proceso. (Echandía, 2002)

De conformidad al COIP la prueba testimonial es una de las más amplias puesto que clasifica los testimonios de las diferentes personas que pueden actuar en el proceso penal, entre ellos se encuentra el testimonio de niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad y adultos mayores que por su estatus jurídico, la complejidad y la delicadeza con la que emiten su testimonio tienen un trato especial ; el testimonio de peritos ya que ellos tienen la obligación de sustentar oralmente los resultados de sus peritajes y responden al interrogatorio y al contrainterrogatorio de los sujetos procesales; el testimonio de la persona procesada y finalmente el testimonio de la víctima. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

La legislación ecuatoriana acoge lo que la doctrina ha establecido sobre la prueba testimonial, principalmente porque ambos señalan que es un medio de prueba sumamente importante en el proceso penal, es significativo señalar que el COIP trata de testimonios de víctima y victimario, como de otras personas que vienen a llamarse terceros y presenciaron un presunto hecho delictivo y hay que tomar en cuenta que sigilosamente se ha señalado la delicadeza con la que se receptorán los testimonios de personas con un estatus jurídico especial, es por ello que el Código Orgánico Integral Penal responde a la doctrina cuando se trata de la prueba testimonial.

Testimonio

El testimonio se define como una declaración que es realizada por una persona que tiene la característica de ser física, que es receptada en el momento procesal oportuno por parte de las autoridades competentes y que trata sobre presuntos conocimientos que

pueda tener dicha persona por haber presenciado un hecho sobre el que se lleva una investigación con la finalidad de dar al mismo claridad y objetividad. (Cafferata, 2003)

Según el Artículo 501 del COIP el testimonio es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Testimonio anticipado

La prueba principal para determinar la existencia del delito de violación es una pericia médico legal que compruebe si la víctima presenta lesiones fisiológicas en los orificios vaginal, anal u oral, esta pericia también puede identificar al responsable de los fluidos; pero, en caso de que no existan fluidos o se realice oportunamente esta prueba, el testimonio de la víctima permitirá esclarecer los hechos. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Según la legislación penal al delito de violación se lo relaciona con los testimonios urgentes o anticipados que se realiza a la presunta víctima, con el propósito que no tenga que enfrentar nuevamente a su victimario, y pueda de alguna manera narrar los hechos sin la presión de tener ahí al sujeto activo. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

En esta línea, la legislación ecuatoriana expresa que estos testimonios deben ser presentados respetando el principio fundamental de contradicción, ya que los medios probatorios sirven al juzgador para emitir su dictamen, es así como, a través de los medios probatorios, las partes demostrarán todo lo que han afirmado en el proceso. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Prueba pericial

Sánchez (2004) señala que el medio que tiene que ser utilizado por el juzgador con el propósito de afianzar los objetivos propuestos de la instrucción es la encomienda de estos a personas, en primer lugar profesionales con gran conocimiento en su área científica técnica o artística para que aplicando su conocimiento puedan emitir un informe detallado respecto de la encomienda que la autoridad competente le realizó y que tiene trascendencia con la investigación.

La prueba pericial es un medio de comprobación mediante el cual se trata de obtener, una opinión basada en conocimientos científicos, técnicos o artísticos que tengan una gran importancia y utilidad en el deber que se le ha consignado al juzgador en el descubrimiento y la valoración de los elementos de prueba. (Iragorri, 1983)

Dentro de la legislación ecuatoriana específicamente en el COIP se ha regulado a la prueba pericial en el artículo 511, algunas de las reglas generales establecidas para los peritos en este artículo son; 1. Ser profesionales expertos en el área, especialistas titulados o con conocimientos, experiencia o experticia en la materia y especialidad, acreditados por el Consejo de la Judicatura; 2. Desempeñar su función de manera obligatoria, para lo cual la o el perito será designado y notificado con él; 7. Comparecer a la audiencia de juicio y sustentar de manera oral sus informes y contestar los interrogatorios de las partes, para lo cual podrán emplear cualquier medio. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

El peritaje, es un medio de prueba de suma importancia, puesto que en este se señala que personas que poseen conocimiento técnico y científico estarán a cargo de evaluar las distintas encomiendas que el juzgador investido de jurisdicción y competencia les ordene, el COIP no se define peritaje, pero dentro de las reglas para los peritos se señala

las características de los mismos y como deberán actuar es por ello que se considera que la normativa penal vigente responde de manera clara a la doctrina en cuanto la prueba pericial.

Peritos

Son auxiliares de los juzgadores y su resolución es un medio de prueba, que tiene gran similitud con la declaración de los testigos pero que se diferencia en su contenido, ya que no solo relatan acontecimientos o hechos que presenciaron si no que su dictamen involucra la puesta en práctica de sus conocimientos científicos, técnicos o artísticos, que lo sustentarán en la audiencia de juicio y responderán a las inquietudes de las partes, es decir presentarán un informe por escrito, el cual tendrá que ser contradicho oralmente. (Cardozo, 1986)

CAPITULO IV. Conclusiones

El presente trabajo de investigación ha determinado algunos parámetros en cuanto a opiniones como por ejemplo de la CIDH, de la Corte Nacional de Justicia y doctrina como la citada por la misma corte del Dr. Miranda Estrampes, se coincide en cuanto a la forma del cometimiento de este delito de violación, que se da sin testigos y en lugares cerrados, y que el momento de valorar las pruebas dependiendo de los hechos del caso los jueces deben valorar la prueba y que mejor si existe una gran cantidad de pruebas con la finalidad de determinar la responsabilidad de los hechos en este tipo de delitos.

El problema surge cuando el testimonio de la víctima es el único medio de prueba, puesto que por razones *sui generis* no se pudo recabar otros medios de prueba como por ejemplo el examen médico legal o si se pudo recabar este examen no arrojo responsabilidad de los procesados como en el caso analizado en la presente investigación, sino que por varias circunstancias la prueba no arrojo o no determino residuos seminales de los procesados por el supuesto de que pudieron utilizar preservativo.

El resultado de este trabajo y basado en el estudio de doctrina, normativa, opinión de la CIDH, jurisprudencia y el caso en concreto arroja que actualmente el testimonio de la víctima tiene gran importancia y relevancia en este tipo de delitos, que por ser un delito denominado como especial por su forma de cometimiento.

En conclusión para esta investigación, es pertinente analizar la prueba de conformidad a los hechos del caso que se presenten y respetando los derechos tanto de la víctima como del procesado, para así lograr una decisión que sea más acertada y apegada a la verdad, es decir no es posible determinar cuál o cuáles son los medios de prueba relevantes en

los delitos sexuales de manera abstracta si no es necesario remitirse a cada caso en concreto.

Bibliografía

LIBROS

- Arroyo, R. (2010). *El Laberinto de la Justicia Androcéntrica*. Quito: humanas.
- Belluscio. (2011). *Derecho de familia*. Buenos Aires: Adven.
- Cafferata. (2003). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.
- Cardozo, J. (1986). *Pruebas judiciales*. Bogotá: Ediciones Librería Profesional.
- Carnelutti. (1955). *La prueba civil*. Buenos Aires: Arayú.
- Casimiro, V. (1990). *Valoración de la Prueba*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea.
- Couture, E. (2002). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Montevideo: Girasol.
- Donna. (2003). *Derecho Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Donna, E. (2007). *Derecho Penal Parte Especial. Tomo I*. Santa Fé: Culzoni Editores.
- Echandía, D. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis S.A.
- Estrampes, M. (2000). *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Pena*. Barcelona: BOSCH.
- Facio, A. (1999). *Gènere y Derecho*. Santiago: Ediciones la Morada.
- Favela, O. (1991). *Teoría General del Proceso*. México: Editorial Harla.
- Florian. (1995). *Delle prove penali*. Milán: Cisalpino.
- Frias, C. (1996). *Proceso ejecutivo del delito*. Buenos Aires.
- Fries, L. (1999). *Género y Derecho*. Santiago de Chile: La Morada.
- Maggiore, A. (1955). *“Derecho Penal”*,. Bogotá.
- Manzini. (1948). *Tratatto di Diritto Penale*. Buenos Aires: Ediar.
- Mariconde, V. (1996). *Derecho Procesal Penal*. Córdoba.
- Martines. (2000). *La Libertad Sexual*. Advent.

- Melendo, S. (1990). *OB*. Buenos Aires: OB.
- Miranda, E. (1997). *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*. Barcelona: Editorial BOSCH.
- Montero, A. J. (1996). *Derecho Jurisdiccional III Proceso Penal*. Barcelona: José María Boch Editor.
- Muñoz, C. (1990). *Teoría General del Delito*. Bogotá: Ed. Temis.
- Núñez, R. (1988). *Tratado de derecho penal, parte especial*. Lerner.
- Oré, G. A. (1996). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Alternativas.
- Palacio, L. (2000). *La prueba en el proceso penal*. Buenos Aires. Editorial Abeledo.
- Rada, G. (2000). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial SESATOR.
- Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Sánchez, V. (2004). *Manual de Derecho Procesal Pena*. Lima: Ideosa.
- Segato, R. (2003). *Estructuras elementales de la violencia*. Buenos Aires: Prometeo.
- Sentis, S. (1999). *Estudio de Derecho Procesal II*. Buenos Aires: Edic. Jurídicas Europa.
- Silva, M. (2003). *La prueba procesal*. Madrid: Revista de derecho privado.
- Taruffo, A. (2002). *La prueba de los Hechos*. Editorial Trott.
- Varela, C. (1998). *Valoración de la Prueba*. Buenos Aires- Argentina: Editorial Astrea.
- Vélez, M. (2005). *Derecho Procesal Penal 3ed*. Córdoba: Reimpresiones.
- Vishinski. (1991). *La teoría de la prueba en el derecho soviético*. Buenos Aires: Nuevo Derecho.
- Zavala, J. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Guayaquil: Edino.

REVISTAS

- Blacio, L. (2013). “La violencia contra la mujer, una realidad”,. *Revista ensayos penales sala penal, No. 1*, 8-11.

JURISPRUDENCIA

- Juicio N°. 12283-2016-01882. Sobre delito de violación. Corte Provincial de Justicia de los Ríos*

LEGISLACIÓN

- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Quito: CEP*

Código Orgánico Integral Penal. (2014). Quito: CEP.

Código Orgánico General de Procesos. (2015). Quito: CEP