

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ**

**Colegio de Jurisprudencia**

**La prueba de actos de naturaleza sexual que no dejan rastro  
en el delito de abuso sexual**

**Javier Andrés Almeida Argüello**

Director:

Xavier Andrade Castillo

Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de  
abogado.

Quito, 08 de noviembre de 2019

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Colegio de Jurisprudencia**

**HOJA DE APROBACIÓN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN**

**"La prueba de actos de naturaleza sexual que no dejan rastro en el delito de abuso sexual"**

**Javier Andrés Almeida Argüello**

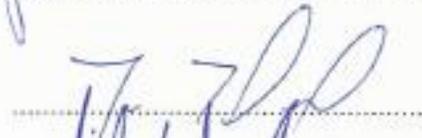
Xavier Andrade  
Director del Trabajo de Titulación



Juan Pablo Albán  
Lector del Trabajo de Titulación



Fernando Flores  
Lector del Trabajo de Titulación



Farith Simon  
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Quito, diciembre del 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

**TESINA/TITULO:** La prueba de actos de naturaleza sexual que no dejan rastro en el delito de abuso sexual

**ALUMNO:** Javier Andrés Almeida Argüello

**EVALUACIÓN:**

**a) Importancia del problema presentado.**

El presente trabajo busca evidenciar que uno de los elementos del tipo objetivo del delito de abuso sexual señalado como "actos de naturaleza sexual" es difícil de comprender por un lado por ser ciertamente indeterminado, y por otro, la dificultad que esto deviene en el desarrollo de la prueba en la medida que esta conducta criminal no deja huella. Con ello, la alta posibilidad de vulneración tanto a los derechos de las víctimas de delitos sexuales como del sospechoso del crimen, generando una suerte de violación al debido proceso ya que, según el autor, no existe prueba que genere convencimiento al juez para decidir sobre la existencia o no de los actos de naturaleza sexual. El autor del presente trabajo, hace un cuestionamiento al inexistente registro -por parte de los operadores de justicia como Fiscalía, Defensa y Jueces-, sobre la delimitación probatoria en los delitos de abusos sexual que no dejan huella física, así como el problema sobre la eficacia de la prueba comúnmente practicada y cómo un inadecuado tratamiento de la misma repercute en que la seguridad jurídica se vea afectada. Se plantea, además, la necesidad de una inmediata mejora en los peritajes realizados tanto al sujeto activo como al sujeto pasivo para asegurar su plena incorporación y eficacia dentro del proceso judicial y a su vez, que estos puedan tener validez, legalidad y licitud. De esta forma, la importancia del tema, se basa en buscar la mejor implementación, regulación, desarrollo de las pruebas en los procesos judiciales en los que deban "probarse" los actos de naturaleza sexual, con el fin de garantizar una verdadera y correcta administración de justicia.

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

En el primer capítulo se realiza un análisis sobre qué debe entenderse como delito de abuso sexual, desde sus antecedentes, elementos objetivos y subjetivos y las bases de lo que son los actos de naturaleza sexual, y la manera en cómo se encuentra recogido dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, a lo largo de los diversos códigos normativos que se encuentran interrelacionados. Además de una distinción que surge con el Código Penal y el Código Integral Penal (COIP) sobre el tratamiento a los actos de naturaleza sexual debido a su determinación, ya que previamente se puede evidenciar que se trata de una norma de tipo indeterminada o incluso abierta a la interpretación. Dentro de este capítulo se definen las variables de estudio como problema de carácter jurídico que serán trascendentales para el tema probatorio. *PAE*

Ya en el segundo capítulo se aborda cómo funciona la prueba dentro del proceso penal y sus principios rectores, los medios de prueba y tipos de prueba conforme a clasificación. Para esto se combina el análisis de los principios aplicables a la prueba en materia penal con la que se practica ordinariamente (señala como ejemplos causas de delitos de abuso sexual y la prueba practicadas por parte de fiscalía), que permiten al lector tener un mayor acercamiento con lo descrito previamente en los medios probatorios y tipos de pruebas.

Finalmente, el autor plantea a la evaluación psicológica como prueba pericial fundamental, sus riesgos y ventajas. Este capítulo se vincula con la hipótesis de forma en que permite al lector tener un conocimiento más profundo sobre el tipo de pruebas que pueden utilizarse en este tipo de actos, pero a su vez el cuestionamiento sobre su efectividad y por ende, poder comprender posteriormente donde se encuentra la ineficacia probatoria en cuanto a los actos de naturaleza sexual que no dejan huella física o material.

Dentro del capítulo tercero se realiza una valoración de la prueba judicial presentada, practicada, incorporada y valorada, en donde se vuelve a enfatizar la plena necesidad de precautelar la prueba que será utilizada en juicio, y la importancia de esta valoración probatoria sustancial (se revisan los sistemas de valoración probatoria) para el *rotio decidendi*. El autor de este trabajo realiza un cuarto y último capítulo de recomendaciones de carácter personal en función a toda la investigación que ha realizado.

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

El trabajo utiliza 35 fuentes doctrinarias para dar sustento a las ideas e investigación que plantea en este trabajo. Además, hace uso de 6 fuentes jurisprudenciales y plexo normativo; lo cuál evidencia una carencia investigativa en términos de jurisprudencia comparada. El autor tampoco justifica su falta de fuentes que no sean doctrinales; dejando un vacío investigativo en este sentido. La mayoría de las fuentes que utiliza el autor son actuales (M. Duce 2015, N. Nisimblat J. Ibañez 2013, entre otros) y se pueden considerar como sustento relevante para el tema investigativo sobre conceptos y las variables de estudio. Hay evidencia de obras de derecho procesal penal (R. Vaca 2019), psicología forense (A. Tapias 2017), derecho penal parte general y especial (E. Donna 2002) y teoría general de la prueba (E. Florián 1998), entre otros. Sin embargo, faltan fuentes que evidencien la problemática establecida como pregunta de investigación; y no solo plasmarse en el tema de definiciones o conceptualizaciones legales y normativas. El máximo uso de fuentes de este tipo recae en la sección que describe el tipo de pruebas presentadas por Fiscalía conforme al delito de abuso sexual.

Las fuentes utilizadas terminan siendo útiles y pertinentes para explicar la hipótesis, la valoración de la prueba y sustentar el problema jurídico y permitir que exista un elemental y básico conocimiento del tema.

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

La hipótesis planteada por el autor hace primero acápites a qué debe entenderse como delito de abuso sexual en función al Código Orgánico Integral Penal (pp. 3-4), para que, habiéndose comprendido su relevancia, se pueda profundizar en los elementos del tipo (pp. 10-12). La

revisión sobre los actos de naturaleza sexual, enfatiza la necesidad de priorizar los delitos de abuso sexual entorno a cómo van a ser tratados dentro del proceso penal que se llevará a cabo (pp. 13-16).

En conjunto con el capítulo segundo, la parte fundamental del mismo se basa en el aporte que realiza el autor al momento de analizar el tipo de pruebas que pueden ser presentadas cuando se investiga el tipo penal de abuso sexual; más que nada porque es una evidencia mucho más palpable de la problemática, y es aquí en donde recae el núcleo principal del problema (pp. 30-35). Finalmente, la parte sustancial del tercer capítulo se encuentra en la valoración de la prueba pericial, misma que será crucial al momento de determinar la culpabilidad del procesado (pp. 51-54) y es aquí donde más aporte personal del autor se debió haber presentado; ya que más allá del procedimiento que se le haya dado a la prueba, puede jugar en contra la propia sana crítica del juez. Frente al capítulo cuarto sobre recomendaciones y conclusiones, estas debieron haber sido enfatizadas previamente a lo largo de todo el trabajo; sin embargo, se ven compiladas únicamente al final del mismo, lo que les quita el gran peso que estas presentan sobre todo en sus argumentos sustanciales para algunos de los temas que ya discute el autor y que quedan plenamente como enunciados.

Sin embargo, el trabajo de titulación a pesar de que presenta una amplia gama de información investigativa sobre casuística, evidencia pocas propuestas propias o novedosas, incluso bastante simples.

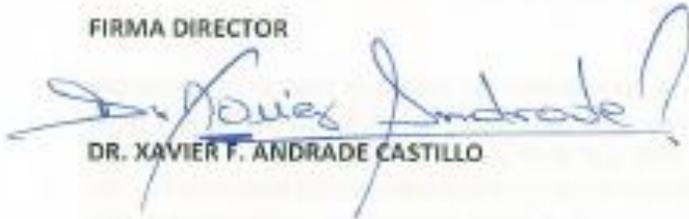
**e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo del desarrollo de la investigación.**

El presente trabajo de investigación fue presentado en su totalidad el lunes 11 de noviembre del 2019, y revisado el 13 de noviembre del mismo año. Los diversos borradores se han presentado desde el mes de 14 de octubre del 2019 y se han realizado las debidas correcciones conforme se detalla a continuación. Dentro del Primer Capítulo –entregado el 26 de septiembre- se realizaron observaciones respecto al uso de fuentes académicas, mismas que si fueron aumentadas y mejor seleccionadas, así como la implementación de un breve análisis sobre la teoría causalista para mejor comprensión del lector al analizar el concepto de abuso sexual. De forma general se puede observar un cambio en toda la estructura del capítulo.

En el Segundo Capítulo –entregado el 17 de octubre- las observaciones fueron nuevamente temas de fuentes fundamentales y diversidad de autores, misma que se logra subsanar con doctrina pero se evidencia una falta de jurisprudencia, argumentación en contra o fuentes comparadas. Finalmente, en el Capítulo Tercero -5 de noviembre- si llega a implementar el tema de prueba material y directa indiciaria, pero no se diversifica el uso de fuentes o la implementación de argumentos personales más allá del capítulo cuarto.

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

FIRMA DIRECTOR



DR. XAVIER F. ANDRADE CASTILLO

## **Derechos de Autor**

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

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

Firma del estudiante: \_\_\_\_\_

Nombres y apellidos: Javier Andrés Almeida Argüello

Código: 00121355

Cédula de identidad: 1720133568

Lugar y fecha: Quito, noviembre de 2019

*Dedicado a Fabián y Mónica,  
padres ejemplares y  
seres humanos íntegros.*

## Resumen

Históricamente, el delito de abuso sexual no ha tomado la repercusión social que merece por considerarse que en el mismo no hay una grave vulneración a los derechos de la víctima, a comparación de otros delitos sexuales. Es por esta razón que el tipo de abuso sexual consta hace muy poco tiempo dentro de las legislaciones a nivel mundial y su evolución ha sido producto de movimientos legislativos actuales. En este contexto, el presente trabajo revisa los elementos de convicción habitualmente usados por Fiscalía en delitos de abuso sexual donde no haya rastros físicos para su juzgamiento; asimismo plantea pruebas que tengan mayor eficacia y generen una mayor convicción para la seguridad del juzgador al momento de decidir sobre este tipo de casos en particular. De la revisión de doctrina se ha podido extraer que el medio probatorio óptimo para resolver este tipo de delitos es el peritaje psicológico, debidamente practicado sobre la víctima y sobre el procesado, de forma que cubra un peritaje integral y arroje como resultado un informe pericial completo para que este se pueda incorporar en el proceso judicial y tenga una validez dentro de la valoración que haga el juzgador.

**Palabras clave:** Derecho Penal, abuso sexual, delitos sexuales, peritaje psicológico, valoración de la prueba, actos de naturaleza sexual, Código Orgánico Integral Penal, procesal penal.

## **Abstract**

Historically, sexual assault crimes have not taken the social impact they deserve. It is considered that there is not a serious violation of the victim's rights that have been sexually assaulted compared to other sexual crimes. It is for this reason that the concept of the type of sexual abuse has been recently included within the laws worldwide and its evolution has been the product of current legislative movements. In this context, the present paper reviews the elements of a crime usually used by the Public Prosecutor Office in crimes of sexual assault where there are no physical traces for its judgment. It also raises pieces of evidence that are more effective and generates greater conviction for the decision-making process of the judge when deciding on this type of cases in particular. From the legal doctrine review, it has been possible to extract that, the optimal pieces of evidence that are needed to solve this type of crimes is the psychological expert report, properly practiced on the victim and the prosecuted. The expertise must be carried out in an integral form, resulting in a complete expert report, so this assessment could be incorporated into the judicial process and has validity within the value made by the judge.

**Key words:** Criminal Law, sexual assault, sexual crimes, psychological expertise, evidence valuation, acts of sexual nature, Criminal Code, criminal procedure.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
1. CAPÍTULO I: BASES DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL.....	3
1.1. Antecedentes del delito de abuso sexual.....	3
1.2. Concepto .....	5
1.3. Delito de abuso sexual a la luz del Código Orgánico Integral Penal.....	8
1.4. Elementos.....	10
1.4.1. Sujeto activo.....	10
1.4.2. Sujeto Pasivo .....	11
1.4.3. Núcleo de la conducta .....	12
1.4.4. Actos de naturaleza sexual .....	13
2. CAPÍTULO II: PRUEBA EN DELITOS DE ABUSO SEXUAL .....	16
2.1. La prueba en el proceso penal.....	16
2.2. Principios de la prueba en materia penal .....	19
2.2.1. Oportunidad.....	20
2.2.2. Inmediación.....	21
2.2.3. Contradicción .....	22
2.2.4. Libertad Probatoria y Exclusión.....	23
2.2.5. Pertinencia.....	26
2.3. Medios de prueba.....	27
2.4. Clasificación de las pruebas .....	28
2.4.1. Pruebas materiales.....	29
2.4.2. Pruebas directas e indirectas .....	29
2.5. Pruebas presentadas por Fiscalía en el delito de abuso sexual.....	30
2.5.1. Causa No. 17284-2018-00397.....	31
2.5.2. Causa No.17284-2018-00402.....	32
2.5.3. Causa No. 17282-2017-03386.....	32
2.5.4. Causa No. 17282-2017-00085.....	33
2.5.5. Causa No. 17282-2017-00230.....	33
2.5.6. Causa No. 17282-2017-00321.....	34
2.6. La pericia psicológica en el delito de abuso sexual .....	35
2.7. ¿Qué es la prueba pericial?.....	36

2.8.	La evaluación psicológica como prueba pericial .....	38
2.9.	Examen psicológico en agresiones sexuales .....	40
2.10.	Riesgos del uso de la prueba pericial .....	42
3.	CAPÍTULO III: VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL PSICOLÓGICA EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL .....	45
3.1.	Valoración de la prueba judicial .....	45
3.2.	Sistemas de valoración de la prueba .....	46
3.2.1.	Tarifa legal .....	47
3.2.2.	Sana crítica .....	49
3.3.	Valoración de la prueba pericial .....	51
3.4.	Validez del examen pericial psicológico y sus reglas de valoración .....	52
3.5.	Facultad para apartarse del informe pericial .....	55
4.	CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	57
	BIBLIOGRAFÍA .....	61

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo comprende desde el punto de vista procesal penal, qué tipo de prueba es la pertinente en los casos de abuso sexual donde no haya un rastro físico sobre el cual fijarse al momento de probar el acto, esto, desde la perspectiva del Código Orgánico Integral Penal, donde el tipo penal que contempla el abuso sexual tiene una gran problemática que es el concepto jurídico indeterminado de ‘actos de naturaleza sexual’ por lo tanto no determina con claridad cuáles actos están contemplados dentro de este concepto. Son dos los elementos principales para comprender un delito sexual y estos son de carácter humano, por un lado, se encuentra el elemento de la conducta con carácter sexual y por otro lado está la ausencia de consentimiento por parte del sujeto pasivo del delito, de esta forma se comprende la necesidad de tipificar estos delitos dentro de la normativa nacional e internacional. Se podrá observar que hay varios peritajes y formas de comprobación del acontecimiento del acto ilícito, sin embargo, no hay consenso, ni en la doctrina ni en la ley, sobre la prueba que habilite al juez a decidir sobre un caso en el cual se produjo un acto de naturaleza sexual enmarcado dentro del delito de abuso sexual donde no se encuentra un indicio físico sobre el mismo, la problemática se abrevia en el cuestionamiento de ¿Cuál es la prueba que genera convencimiento en el juez para decidir sobre actos de naturaleza sexual que no dejan rastro dentro del delito de abuso sexual?. Considerando todas las complicaciones que se generan a partir de la comprobación del delito de abuso sexual cuando el mismo no ha dejado un rastro que se pueda recolectar por uno de los medios tradicionalmente empleados en delitos sexuales, la solución que se propone consiste en el peritaje psicológico de la víctima y del victimario, complementado por un estudio social y familiar de ambos sujetos. Es necesario mencionar que estos peritajes deben llevarse a cabo por profesionales debidamente acreditados en el área de delitos sexuales y con observancia a todos los principios sobre pruebas en el proceso penal, además del estricto apego y respeto a los derechos humanos contemplados en la Constitución de la República del Ecuador y en todo el bloque de constitucionalidad.

En un primer capítulo del trabajo se presentará un acercamiento al delito de abuso sexual con varios antecedentes de interés para la comprensión del delito, se revisará los conceptos

que se tiene alrededor del delito a través del derecho comparado y de tratadistas que han revisado este delito para luego proceder a analizar el tipo penal contenido dentro del Código Orgánico Integral Penal, ley penal vigente dentro del Ecuador; posteriormente se revisarán los elementos del tipo para finalmente dar una breve aproximación al concepto de ‘acto de naturaleza sexual’. En el segundo capítulo se tratará la prueba válida dentro de los procesos penales que giren en torno al delito de abuso sexual, para esto, se empezará haciendo una breve introducción al concepto de prueba dentro de los procesos penales, posteriormente se revisarán los principios probatorios contenidos dentro de la normativa ecuatoriana, para finalmente tratar dos puntos trascendentales para el presente trabajo, el primero de ellos es una revisión de las pruebas que se han usado en procedimientos penales tanto en la Unidad de Delitos Flagrantes de Pichincha como en fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia; en el segundo punto se tratará sobre la pertinencia de las pruebas previamente revisadas y se dará un punto de vista objetivo sobre cuáles serían las pruebas que realmente sirvan como elemento de convicción en los delitos de abuso sexual. Por último en el tercer capítulo se revisará la valoración de la prueba, distinguiendo los sistemas dos sistemas que existen en relación con este tema, para posteriormente analizar la valoración de la prueba dentro de los exámenes parciales psicológicos que se han propuesto dentro del presente trabajo junto con elementos que debe contener el examen pericial, las reglas de valoración que se deben aplicar y la facultad de los jueces para apartarse de los resultados arrojados por el informe pericial psicológico.

## 1. CAPÍTULO I: BASES DEL DELITO DE ABUSO SEXUAL

### 1.1. Antecedentes del delito de abuso sexual

En los inicios de las comunidades humanas no se tenía noción de los delitos sexuales ya que desde el punto de vista evolutivo-animal solo era visible la necesidad de reproducirse para conservar la especie, de tal forma que no había actos que se consideren como desviaciones sexuales, el inicio de la civilización y la creación de paradigmas psicosociales son lo que introducen ciertas reglas de comportamientos, entre ellos los comportamientos sexuales que se fueron desarrollando a través de los años y aun en nuestros tiempos siguen apareciendo nuevos conceptos sociales, psicológicos y jurídicos que abarcan los actos de naturaleza sexual y que se ven altamente relacionados con delitos. En concordancia con lo mencionado y de acuerdo a la evolución de la sociedad en general se evidencia que en gran parte de la historia no se consideró a la mujer como un sujeto pasivo de los delitos sexuales ya que no tenían mayor participación dentro de la sociedad, no es sino por el siglo XX que en la mayoría de comunidades se empieza a tipificar delitos sexuales que abarcan ambos sexos y que generan un derecho penal más inclusivo. Hoy en día la violencia sexual se ha tipificado en la gran mayoría de países del mundo e incluso hay tratados y documentos internacionales que protegen la libertad sexual.<sup>1</sup>

Desde el punto de vista netamente legal se ve el avance del delito de abuso sexual en varios aspectos, siendo el primordial el bien jurídico protegido. Esto se traslada básicamente al cambio de nombre del delito en las diferentes legislaciones, en principio se consideraba que el abuso sexual era un delito contra la honestidad o la honra de la persona, por lo cual se consideraban como abusos deshonestos, a partir de este punto se puede empezar considerando el antecedente de Suiza que cambió el nombre de toda la serie de delitos sexuales a ‘delitos contra la integridad sexual’, en España hicieron mención a los delitos contra la libertad sexual e indemnidad sexual, por otro lado en Francia se mantuvo un nombre más literal que es ‘de las agresiones sexuales’. Se denota entonces un cambio de concepto

---

<sup>1</sup> Gómez Tagle López, Erick, & Juárez Ríos, Estefany. (2014). Criminología sexual. Revista IUS, 8(34), 141-165. Recuperado en 09 de septiembre de 2019, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472014000200009&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472014000200009&lng=es&tlng=es).

histórico en el delito de abuso sexual cuando anteriormente el bien jurídico protegido era el honor o el pudor de las personas, ahora en cambio se puede apreciar que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, esto es, la capacidad de las personas de elegir cómo y bajo qué circunstancias desean desarrollar su sexualidad. Se podría considerar que esto establece un derecho penal más pluralista y adaptado a la sociedad actual.<sup>2</sup>

Dentro de los delitos sexuales se puede reconocer que el abuso sexual ha sido uno de los tipos que ha sufrido grandes cambios a partir de la evolución de la sociedad, como ya se mencionó en líneas *ut supra*, este delito no siempre estuvo tipificado ya que en épocas anteriores no se consideró necesario porque los bienes jurídicos protegidos dentro del derecho penal más apuntaban hacia la protección del sexo masculino. En sus inicios el abuso sexual estaba direccionado hacia los menores de edad pues se consideraba que no tenían suficiente desarrollo de la personalidad para brindar su consentimiento por lo cual el legislador sancionaba a una persona por aprovecharse de la situación desfavorable de la víctima, esto se puede corroborar con la legislación penal ecuatoriana que a partir del 2006 se tipificó al abuso sexual de la siguiente manera:

Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual, sin que exista acceso carnal.<sup>3</sup>

En el texto contenido en el Código Penal anterior se denota que el delito de abuso sexual contenía un sujeto pasivo calificado que eran los menores de dieciocho años o personas con discapacidad; en este punto cabe mencionar que esta ley fue reformada para introducir este tipo penal, anteriormente este artículo no existía dentro del Código Penal, sino que a partir del año 2006 se incorpora como tipo penal dentro de un artículo innumerado en una reforma que añadió varios artículos al Código Penal y se lo tipificó bajo el nombre de ‘atentado contra el pudor’.

---

<sup>2</sup> Creus, Carlos; Buompadre, Jorge. *Derecho penal*. 7ma edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, p. 180.

<sup>3</sup> Ley No. 53, publicada en Registro Oficial Suplemento 350 de 06 de septiembre del 2006.

## 1.2. Concepto

El abuso sexual es un delito que aporta varios temas de análisis cuando se lo observa desde el derecho comparado ya que cada país ha adaptado diferentes formas de este tipo penal, aunque en líneas anteriores se ha indicado que en la actualidad hay un posible consenso sobre este delito, esto solo se ha dado desde un punto de vista legal, sin embargo no hay del todo un consenso en el concepto mismo del tipo penal, esto con la dificultad extra al revisar que la gran mayoría de leyes a nivel latinoamericano han decidido incorporar el tipo con el concepto jurídico indeterminado de ‘acto de naturaleza sexual’. Hay autores que discuten sobre cuándo se configura el delito de abuso sexual y cuándo una acción recae sobre otros delitos, por ejemplo, se discute si se configura el abuso sexual cuando se obliga a la víctima a efectuar actos de naturaleza sexual sobre su propio cuerpo o si la víctima es obligada a observar actos que el sujeto activo realiza sobre sí mismo. Por otro lado, se discute si la *fellatio in ore* constituye delito de abuso sexual o se podría interpretar como un delito de violación, esto es muy claro en el Ecuador ya que se distingue claramente que esta práctica ya constituye acceso carnal y por lo tanto es violación, como se observará posteriormente. Todos estos ejemplos y discusiones se dan por la falta de precisión de los legisladores, que no hacen mención específica a los actos que configuran la conducta penalmente relevante, y por lo tanto quedan tipo abiertos que se prestan para confusiones y entendimientos extralegales del tipo, esto es un problema ya que el derecho penal tiende a ser muy cauteloso con el principio de legalidad.<sup>4</sup>

Ahora bien, si algo se puede distinguir con claridad es la bifurcación que hay sobre el estudio general de los delitos en las teorías objetivas y subjetivas. En este caso no es la excepción y se verifica el alcance que da cada teoría al delito de abuso sexual, por un lado se encuentra la teoría subjetiva que establece que únicamente se configura el delito cuando el sujeto activo tiene como objetivo ejecutar un acto de carácter sexual con fines de satisfacer su apetito de lujuria, sin que este acto se ejecute con la finalidad de acceder carnalmente a la víctima, esta corriente subjetiva considera que solo bajo las circunstancias mencionadas se

---

<sup>4</sup> Donna, Edgardo. *Delitos contra la integridad sexual*. Segunda edición. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002. Pp. 22-24.

produce el delito, si un individuo realiza un acto que tenga carácter sexual pero no existe este elemento de autosatisfacción sexual, no existiría el delito; resumiendo, esta corriente asegura que es necesario el ánimo libidinoso para que se configure el delito de abuso sexual.<sup>5</sup>

Por otro lado, en la corriente objetivista, los autores que la siguen consideran que la finalidad libidinoso no es en realidad un factor para que se configure este delito sino que pueden haber otros actos de naturaleza sexual sin el elemento libidinoso que igual recaigan sobre este delito, ponen como ejemplo un acto de carácter sexual que su finalidad sea humillar o avergonzar a la víctima, en este caso habría un delito de abuso sexual ya que según esta corriente, el bien jurídico protegido es la libertad sexual que tiene el sujeto pasivo sobre su cuerpo y al violentar esta libertad practicando actos impúdicos sobre el cuerpo de la víctima se ejecuta de forma exitosa la ofensa a la libertad sexual de la persona. De esta manera, la corriente objetivista no niega que un acto con fines libidinosos ejecutado sobre la víctima configure el delito de abuso sexual, sino que complementa al decir que no solo es el carácter libidinoso del acto el que hace al delito sino también la propia denominación de acto de naturaleza sexual.<sup>6</sup>

En Ecuador, de acuerdo el Código Orgánico Integral Penal, se puede observar que se conserva una teoría mixta ya que se considera el dolo, es decir el designio de causar daño, como elemento para que se configure el delito, en este sentido no tiene importancia si el acto es o no libidinoso, sino que al ser un acto de naturaleza sexual ya violenta la libertad y la integridad sexual del sujeto pasivo, que es el bien jurídico protegido en la legislación ecuatoriana; sin embargo, esto no hace que se aleje de la teoría subjetivista al incorporar que estos actos deben ser de naturaleza sexual. Es útil mencionar que en este delito no podría caber la calificación de culposos ya que la culpa se refiere a la conducta en la cual la persona que la ejecuta “infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde”<sup>7</sup>, más bien se podría hablar de la exclusión de la conducta como es el caso de los tocamientos producidos por el aglutinamiento de personas en un medio de transporte público, donde a horas

---

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ibidem.

<sup>7</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 27. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

pico va totalmente lleno, si hay un tocamiento por un movimiento reflejo o involuntario simplemente habría ausencia de conducta y por lo tanto no esta conducta no sería penalmente relevante, por otro lado, si en la misma situación hay un tocamiento con el designio de causarle una afectación al derecho de libertad sexual del sujeto pasivo, sí se configuraría el delito de abuso sexual.

En este punto es válido recalcar que el delito de abuso sexual es un delito en esencia doloso, se puede considerar que hay varias acciones que lesionan el pudor personal o parcialmente la libertad sexual de un individuo en particular, sin embargo, si la acción recae sobre una acción culposa, estas conductas son atípicas.<sup>8</sup>

Hay que recordar que nuestra legislación, incluyendo la Constitución, protege de mayor forma los derechos de los niños, por lo tanto, el concepto de abuso sexual se ha incluido también en el Código de la Niñez y Adolescencia que actualmente está vigente donde se menciona en su artículo 68 el concepto de abuso sexual

Sin perjuicio de lo que dispone el Código Penal sobre la materia, para los efectos del presente Código constituye abuso sexual todo contacto físico, sugerencia de naturaleza sexual, a los que se somete un niño, niña o adolescente, aun con su aparente consentimiento, mediante seducción, chantaje, intimidación, engaños, amenazas, o cualquier otro medio.

Cualquier forma de acoso o abuso sexual será puesto en conocimiento del Agente Fiscal competente para los efectos de la ley, sin perjuicio de las investigaciones y sanciones de orden administrativo que correspondan.<sup>9</sup>

Esto hace que se tenga una aproximación al concepto de abuso sexual desde una fuente legislativa, en este caso es importante reconocer que el Estado, por medio de sus legisladores, ha dispuesto que el abuso sexual en caso de menores no es solamente lo que dice el Código Orgánico Integral Penal sino que incorpora un concepto donde incluye otras acciones como abuso sexual; también aparece el concepto de consentimiento y elabora una prohibición más proteccionista donde dice que aun con el consentimiento del menor, si éste se consiguió por los medios propiamente dichos en la ley, se sigue considerando como abuso. En este punto,

---

<sup>8</sup> Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*. Decimocuarta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, P. 240-242.

<sup>9</sup> Ley 100. Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 68. Registro Oficial No. 737 de 03 de enero de 2003.

lo realmente importante, es considerar si este concepto se podría usar en materia penal o si, por estar fuera del COIP, no se lo considera como relevante para el ámbito penal.

### 1.3. Delito de abuso sexual a la luz del Código Orgánico Integral Penal

Como se ha venido mencionando el concepto y alcance del delito de abuso sexual es muy discutido dependiendo el punto de vista desde donde sea observado, sin embargo, desde un punto de vista netamente jurídico se puede diferenciar con mayor claridad, es decir, no hay lugar a confusión entre este delito y otros como la violación o el acoso sexual. En el Código Orgánico Integral Penal se puede encontrar el abuso sexual tipificado en el artículo 170 donde expresa:

**Art. 170.-** Abuso sexual.- 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 cinco a siete años.

Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años.<sup>10</sup>

Se evidencia, entonces, un cambio sustancial entre el tipo contenido en el antiguo Código Penal del que se habló anteriormente y el actual Código Orgánico Integral Penal, estos cambios son significativos pues en la actualidad dentro del tipo cualquier persona puede ser sujeto pasivo, se evidencia también un cambio ya que en la ley actual se protege la libertad sexual, sin importar las circunstancias en la que la violación de este derecho se dé.

Otro tema importante que nace de la comparación de estos dos códigos de diferentes épocas, es el concepto de ‘actos de naturaleza sexual’ el cual se puede leer en el contenido de los dos artículos, esto podría ser un problema dentro del actual Código ya que se deja un

---

<sup>10</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 170. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

tipo penal demasiado abierto y no se puede determinar fácilmente sobre qué actividades recae el concepto de acto de naturaleza sexual, sin embargo este es un tema que se tratará a posterioridad en el presente trabajo por ser un concepto de trascendental importancia para entender el tipo de abuso sexual y poder determinar cuándo un acto puede ser de naturaleza sexual dependiendo de varios factores, tanto de la víctima como de la comunidad en la que se esté desarrollando.

Por último, de esta comparación se observa que en el Código Penal anterior se excluye de la conducta el acceso carnal, de la misma forma que consta en la actualidad en el Código Orgánico Integral Penal. Esta similitud en el tipo es útil para hacer una distinción entre el delito de abuso sexual y el delito de violación donde, para que se configure el delito, debe haber acceso carnal.

De acuerdo al Código Orgánico Integral Penal “actúa con dolo la persona que tiene el designio de causar daño”<sup>11</sup>, lo cual figura como concepto del dolo general, en el abuso sexual, para que se configure el delito, debe existir voluntad del sujeto activo en hacer un daño al sujeto pasivo, es decir, el conocimiento que se realiza un acto de naturaleza sexual sobre el sujeto pasivo y que el mismo no lo ha consentido; el dolo es un elemento indispensable para que se configure el tipo penal, no se podría decir que una persona incurrió en el delito sexual de forma culposa, es decir, infringiendo el deber objetivo de cuidado.

Respecto del dolo en el delito de abuso sexual, la Corte Nacional de Justicia se ha pronunciado de la siguiente manera:

En lo que se refiere a la culpabilidad el contenido de la conducta es el dolo porque el sujeto activo tiene la intención de realizar el acto de naturaleza sexual distinto del acceso carnal en el cuerpo del sujeto pasivo menor de edad, lo cual excluye de plano a las actividades que accidentalmente inciden en las partes pudendas o erógenas, como cuando una persona al tropezarse se apoya en los senos de una mujer o le toca sus glúteos.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 26. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Juicio penal No. 353-06, de 21 de noviembre de 2008. Es necesario aclarar que este concepto está dado por la anterior Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia; se puede evidenciar que la anterior Corte manejaba una teoría causalista dentro de su criterio ya que sitúa al dolo como elemento de la culpabilidad mientras que el Código Orgánico Integral Penal actual sitúa al dolo dentro de los elementos de la Tipicidad.

Como se puede evidenciar, hay un consenso acerca de que este delito no puede ser culposo ya que no cabe dentro de las acciones contempladas dentro del tipo penal una acción que fue involuntaria por parte del sujeto activo. En este caso la conducta no es penalmente relevante y por lo tanto no es una infracción penal de acuerdo al principio de legalidad.

Ahora bien, en el caso antes mencionado que se encuentra en la sentencia de la Corte Nacional de Justicia se observa un acto que puede ser cotidiano, los hechos relatados por la Corte se refieren a la acción de que por tropezón de un individuo termina violentando, aparentemente, los derechos de otra persona. Esta circunstancia caería dentro del supuesto contemplado dentro del artículo 24 del Código Orgánico Integral Penal, mismo que señala: “No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia, debidamente comprobados.”<sup>13</sup>

## 1.4.Elementos

### 1.4.1. Sujeto activo

Es la persona que ejecuta la acción contenida dentro del tipo y en este caso puede ser cualquier persona, no hay una calificación para el sujeto activo, dentro de este delito cualquier persona puede actuar como sujeto activo ya que el tipo no establece que se debe actuar en calidad calificada.

[El] sujeto activo del delito en cuanto persona capaz de acción y de responsabilidad penal; es decir, como posible sujeto de derecho, así como las condiciones y calidades personales que, no perteneciendo específicamente a un tipo penal o a una excusa absolutoria, están previstas en la ley con el efecto de excluir, aumentar o disminuir la pena o dar motivo a otras medidas del Derecho Penal<sup>14</sup>

Además de estas consideraciones es necesario, para entender la figura del sujeto activo, tener en cuenta que el sujeto debe ser una persona imputable, la imputabilidad es la atribución

---

<sup>13</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 24. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>14</sup> Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998, P. 476.

que tiene una persona de ser responsable de un hecho en el que participe, es decir, que se le pueda aplicar las consecuencias jurídicas que la ley prevé.<sup>15</sup>

#### 1.4.2. Sujeto Pasivo

“Sujeto pasivo es el titular del interés cuya ofensa constituye la esencia del delito.”<sup>16</sup> Es la persona sobre la cual recae la acción hecha por el sujeto activo, titular del bien jurídico protegido que se ha violentado, en el caso del abuso sexual puede ser cualquier persona y es identificable, a continuación se observará que también puede haber calificación en la víctima ya que se desprende tres casos agravantes dentro del tipo penal.

En el Código Orgánico Integral Penal se ha decidido establecer calificación del tipo dependiendo de la víctima que reciba la ofensa, imponiendo penas más graves a los infractores que incurran en alguna de estas circunstancias. Estas básicamente son tres, en la primera de ella el código expresa: “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”<sup>17</sup> esta circunstancia se basa en la comprensión que tiene la víctima con respecto del acto que se está cometiendo sobre sí misma, por lo tanto si por alguna razón no puede comprenderlo totalmente se impone una pena mayor.

La segunda de estas circunstancias el Código establece: “si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal”<sup>18</sup> esto en cambio es por la gravedad o el perjuicio que ocasiona el infractor sobre la víctima. En cualquiera de estos dos primeros casos el Código establece una pena de cinco a siete años de pena privativa de libertad.

---

<sup>15</sup> Andrade Castillo, Xavier. La imputabilidad o inimputabilidad del psicópata en el derecho penal ecuatoriano. Quito: Editorial Iuris Dictio, 2015, P.78.

<sup>16</sup> Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998, P. 185.

<sup>17</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 170. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>18</sup> Ibidem.

Por último, se diferencia a un tercer tipo de víctima que en el Código se refiere de la siguiente manera: “Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años”<sup>19</sup>. Estos son las tres calificaciones que da el Código Orgánico Integral Penal al delito de abuso sexual.

#### 1.4.3. Núcleo de la conducta

La acción típica contenida dentro del Código Orgánico Integral Penal es ejecutar sobre la víctima u obligar a ejecutar sobre si misma actos de naturaleza sexual, lamentablemente este concepto podría abarcar demasiadas acciones dentro del ámbito sexual, sin embargo, algo que está claro es que excluye la acción típica el acceso carnal. Esto lo corrobora la Corte Nacional de Justicia en la sentencia de Recurso de Casación donde dice:

En este delito la voluntad del sujeto activo es la de no acceder carnalmente al sujeto pasivo, únicamente lo que busca es realizar actos de naturaleza sexual, que en ningún momento llegue a este acceso carnal.”<sup>20</sup>

Se puede evidenciar, entonces, que el ánimo del sujeto activo en este delito no es el de acceder carnalmente, ya que en muchos casos se puede confundir una tentativa de violación con un abuso sexual.

En la doctrina se discute si son suficientes los actos de acercamiento o si por el contrario debe haber un contacto físico para que se determine la conducta<sup>21</sup>, en este sentido el Código Orgánico Integral Penal no tiene mayor rango de confusión ya que, refiriéndose a la víctima dice “ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre si misma” lo que significa que hay casos en los que puede no haber contacto físico entre la víctima y el infractor, cuando este último obligue a la persona a realizar actos de naturaleza sexual sobre si misma, este sería el caso de un agresor que obligue a la víctima a masturbarse mientras el sujeto pasivo solo hace de espectador. Por lo tanto, en este delito la legislación ecuatoriana más se inclina hacia la doctrina que sugiere que los actos de acercamiento que tengan naturaleza sexual ya podrían ser considerados dentro del delito de abuso sexual.

---

<sup>19</sup> Ibidem.

<sup>20</sup> Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Causa No. 1307-2012, de 01 de agosto de 2013.

<sup>21</sup> Creus, Carlos; Buompadre, Jorge. *Derecho penal*. 7ma edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007, P. 182.

#### 1.4.4. Actos de naturaleza sexual

El concepto de ‘actos de naturaleza sexual’ es de notable importancia para el delito de abuso sexual ya que al ser un concepto jurídico indeterminado se puede dar lugar a confusiones generadas a través de este concepto, además es un elemento que se introduce en el núcleo de la conducta por lo que la falta de entendimiento de este concepto haría imposible la determinación de responsabilidad del sujeto activo del delito. En este apartado se proporcionará una breve aproximación a lo que se considera como ‘acto de naturaleza sexual’ sin ahondar en demasía ya que el concepto abarca muchos factores intrínsecos y extrínsecos de la persona y de su comunidad, por lo cual no se podría agotar el tema en el presente trabajo al no ser el tema principal.

Como se ha venido mencionando el concepto en tratamiento no es únicamente usado dentro de las ciencias jurídicas, sino que hay varias ciencias humanas que lo usan para determinar abuso, en este sentido una de las ciencias más importantes es la psicología ya que se hace evidente que la acción y la percepción de la acción es captada por la psiquis humana, por esto se torna interesante revisar el concepto que se revisa dentro de la psicología jurídica de los actos de naturaleza sexual:

Es de creencia común que en las agresiones sexuales todos los actos que se cometen están relacionados con la sexualidad y su manifestación vulgar, la penetración, para conseguir un único objetivo, la eyaculación, expresión mundana del culmen del placer sexual. Como veremos posteriormente, en la mayoría de los casos de agresión sexual, ni los mecanismos, móviles u objetivos perseguidos por los agresores tienen un contenido específicamente sexual en el sentido estricto de la expresión, dado que lo que la persona normal entiende por relación sexual, placer sexual y comportamientos sexualizados no son comunes y coincidentes con los que sienten y manifiestan los que recurren a una agresión violenta o, aún mas (sic), los que manifiestan algún tipo de parafilia, de los que hablaremos más adelante.<sup>22</sup>

Como se menciona desde la psicología, los actos de naturaleza sexual tienen un extenso entendimiento dependiendo de los sujetos y de las percepciones de los mismos, por lo cual, lo que para un determinado sujeto puede constituir en acto de naturaleza sexual para otro no. Esto, como concepto psicológico-criminal esclarece un poco el asunto, sin embargo para las

---

<sup>22</sup> Ibáñez Peinado, José. *Psicología e investigación criminal. La delincuencia especial*. Madrid: Editorial Dykinson, 2013. P. 31.

ciencias jurídicas es insuficiente ya que el derecho penal lo que busca es determinar claramente si existió o no el acto nuclear del tipo para poder condenar o ratificar el estado de inocencia de una persona, en razón de lo expuesto, en el derecho no basta con decir que las percepciones son diferentes sino que es necesario fijarse más a fondo sobre cuáles exactamente son los actos que constituyen un delito.

Por otro lado, dentro de la doctrina meramente jurídica se encuentra el siguiente concepto sobre ‘acto de naturaleza sexual’

Ejecutar un acto sexual, significa realizar físicamente un contacto erótico en el cuerpo de la víctima, es decir, el agente debe efectuar materialmente una maniobra libidinosa que puede consistir en tocar, frotar, rozar, tentar o acariciar con sentido lascivo, alguna parte del cuerpo de la persona ofendida, como por ejemplo en una mujer el pubis, los senos, los glúteos, o cualquiera otra parte de contenido sexual de su físico, faltando el consentimiento de ésta. Por tanto, no existirá el elemento normativo de la ejecución material del acto sexual, si el activo sólo pronuncia palabras obscenas, deshonestas o de invitación a realizar un acto sexual, o bien si se limita a ver el cuerpo del pasivo sin su consentimiento, y sin obstar, vamos a suponer, la desnudez de éste si así le hubiera sorprendido aquel; tampoco existirá dicho elemento del tipo si los tocamientos los efectúa el agente en su propio cuerpo, verbigracia en su pene, sin importar que los mostrare a la ofendida sin el consentimiento de ésta.<sup>23</sup>

Dentro de esta cita se ofrece un concepto donde se ejemplifica algunas de las conductas pertenecientes a un acto de naturaleza sexual, como se ha venido mencionando, esto es un problema, considerando que puede haber muchos más actos que se consideren de naturaleza sexual. Es necesario mencionar que el entendimiento de este concepto también dependerá mucho de la víctima y de su percepción personal como ya se evidenció por medio del concepto psicológico, lo que para una persona pueda considerarse como acto de naturaleza sexual para la sociedad en general puede ser un acto relacionado con la sexualidad humana pero que no se constituye como acto sexual propiamente.

Hay actos libidinosos sobre los cuales no hay duda de que constituyen actos de naturaleza sexual por su grave afectación a la libertad sexual de la víctima, se observa en la siguiente cita extraída de la sentencia dictada dentro del expediente No. 17284-2018-00397 de la Unidad Judicial de Violencia Contra la Mujer en Infracciones Flagrantes con sede en el

---

<sup>23</sup> Díaz de León, Marco. *Código Penal Federal con comentarios*. Editorial Porrúa, México. 1994. P. 453.

Distrito Metropolitano de Quito, que el tipo penal de abuso sexual considera dentro del núcleo de la conducta lo siguiente

Se exige, en principio, una relación corporal directa entre el sujeto activo y pasivo, de modo que son típicos los actos de tocamientos en las partes pudendas, sin el consentimiento de la víctima, la manipulación sexual sobre su cuerpo, quedan excluidos de esta figura aquellos actos que importen el intento o la consumación del acceso carnal; así tampoco, no se tipifica por abuso [sexual] las palabras que pronuncie el autor a la víctima o cuando se trate de una simple contemplación del autor a la víctima, ni por la contemplación de ésta de actos obscenos por parte del sujeto activo sobre su propio cuerpo, ya que éstas conductas se podrían configurar en otros tipos penales, más no en el Abuso sexual. (...) La jurisprudencia ha sostenido: “El abuso sexual, como cualquier acto corporal, puede tener diversos significados en cada caso en particular, según las circunstancias que dan sentido y traducen la realidad de su contenido intencional (...)”<sup>24</sup>

En el concepto revisado hay gran concordancia con lo dicho en la doctrina que se ha revisado anteriormente, se consideran como actos de naturaleza sexual los tocamientos sobre zonas pudendas de la víctima o la manipulación sexual sobre su cuerpo, aunque en este caso es menos ejemplificativo que el concepto doctrinario, se denota que los actos de naturaleza sexual básicamente se configuran como actos libidinosos aplicados sobre el sujeto pasivo sin el consentimiento de este. Otro punto importante que se extrae del concepto dado por la jurisprudencia revisada es que las palabras o el acto de observación en ningún caso constituye acto de naturaleza sexual, sino que siempre se necesitará un contacto corporal directo para que se constituya el delito de abuso sexual.

En el mismo contexto, la jueza encargada de esta causa advierte que “Hay actos que objetivamente pueden o no tener sentido impúdico en relación con lo sexual (beso, abrazo), en los cuales únicamente existirá abuso si el ánimo del autor es abusivo.”<sup>25</sup> Lo que figura que estos actos serán tomados como actos de naturaleza sexual cuando haya dolo y el autor haya tenido por objeto atacar el derecho de libertad sexual de la víctima.

---

<sup>24</sup> Unidad Judicial de Violencia Contra la Mujer en Infracciones Flagrantes con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. Causa No. 17284-2018-00397. Sentencia de 09 de enero de 2019.

<sup>25</sup> Ibidem.

## 2. CAPÍTULO II: PRUEBA EN DELITOS DE ABUSO SEXUAL

### 2.1. La prueba en el proceso penal

Al ser fundamental el tema probatorio en el presente trabajo, en este apartado se dará una aproximación breve a su concepto y tratamiento dentro de la legislación ecuatoriana, sin perjuicio del tratamiento posterior del tema que será pormenorizado y estudiado a profundidad con lo que respecta a delitos sexuales y en particular al delito de abuso sexual. En primer lugar, es importante ir a la principal fuente de concepto probatorio dentro del ámbito procesal penal ecuatoriano que es el Código Orgánico Integral Penal donde se menciona que “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”<sup>26</sup>, esto hace que la prueba tome un puesto de vital importancia dentro del procedimiento penal ya que ante cualquier duda que quede de la culpabilidad del imputado, el juez deberá dictar su inocencia de acuerdo al principio *in dubio pro reo*, contenido en el numeral tercero del artículo 5 del mencionado Código. Ferrajoli afirma que para que el derecho penal y su finalidad no recaiga en las antiguas costumbres irracionales se debe tener en cuenta “el papel del proceso [penal] como instrumento de verificación de los hechos cometidos y no como penalización preventiva.”<sup>27</sup> Destacando así, la importancia de las pruebas dentro del proceso penal, y que las mismas vayan direccionadas a la búsqueda de la responsabilidad penal del sujeto activo y no a los criterios paradigmáticos de la criminalidad.

La prueba es necesaria dentro de cualquier proceso ya que por medio de esta se adquiere conocimientos sobre los hechos, mismos que “pueden ser materiales o psíquicos, ambos necesitarán de comprobación para que pueda decirse que debe aplicarse la sanción prevista en la ley sustantiva.”<sup>28</sup> Consecuentemente, sin una prueba debidamente introducida en el proceso no se podrá tomar una decisión sobre el caso en cuestión ya que de lo contrario el juez recaería en violación al debido proceso y a los derechos fundamentales de las partes.

---

<sup>26</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 453. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>27</sup> Ferrajoli, Luigi. *Derechos Fundamentales y Garantismo*. Editorial Jurídica Cevallos: Quito, 2015. P. 142.

<sup>28</sup> Ábalos, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Cuyo: Santiago de Chile, 1993. P. 352.

En la doctrina se menciona que el concepto de prueba es polisémico, dentro del derecho se entiende a la prueba “como instrumento (la persona del testigo, por ejemplo), la evidencia como actividad (el interrogatorio del testigo) y la evidencia como convencimiento del juzgador sobre un hecho controvertido”<sup>29</sup> que, siguiendo con el ejemplo, esta última noción correspondería con la confianza que transmite el testigo al juez. En el mismo sentido, “probar es actividad y, sobre todo, es la consecución de un resultado (convencimiento del juzgador.)”<sup>30</sup> Finalmente se puede revisar que prueba es “todo aquel elemento que provoca conocimiento respecto de la imputación penal y de las circunstancias que exige la ley sustantiva.”<sup>31</sup> De esta forma se entiende que la actividad probatoria no es únicamente recolectar las evidencias e introducirlas al proceso penal sino que requiere que las evidencias sean producidas de forma correcta dentro del juicio con la finalidad de que el juez quede convencido, que, en su fuero interno, tenga la seguridad que esas pruebas constituyen una realidad y así pueda proceder a juzgar.

La forma en la que se lleva al juzgador al convencimiento de que sucedió un hecho es con “la reconstrucción formal de los hechos para obtener la posesión de la verdad material”<sup>32</sup> para que de esta forma no haya dudas dentro del razonamiento del juzgador y se pueda sancionar el ilícito que supuestamente se cometió. Naturalmente, no se puede alcanzar el convencimiento del juzgador únicamente por lo que aleguen las partes sino que se necesita de la producción y análisis de la prueba, y en base a esto, decidir qué argumento es más convincente, el de fiscalía o el de la defensa, sin embargo, se debe tener en cuenta que difícilmente las partes intervinientes en un proceso penal podrán recoger la suficiente información para que se comprenda en su totalidad lo que pasó en un hecho delictivo, por eso justamente es que las partes deben preparar su prueba de acuerdo a su teoría del caso e

---

<sup>29</sup> Miranda Vázquez, Carlos (Coordinador). *Probática Penal. 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*. Wolters Kluwer España: Madrid, 2012. P. 34

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Ábalos, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Cuyo: Santiago de Chile, 1993. P. 356.

<sup>32</sup> Vaca Andrade, Ricardo. *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Según el Código Orgánico Integral Penal, Tomo II*. Ediciones Legales: Quito, 2015. Pp. 283-285.

intentar comprender la teoría del caso de su contraparte para poder atacar las pruebas que construyan la verdad procesal de su oponente.<sup>33</sup>

Ahora bien, respecto a lo que construye las pruebas se han reconocido dos vertientes en la doctrina, por un lado hay quienes sostienen que la finalidad de la prueba es la reconstrucción de la verdad real, mientras que otra parte de la doctrina sostiene que la finalidad de la prueba es provocar la certeza del juez, esto es, generar convencimiento. Entre los primeros mencionados están autores como Mittermaier, Malatesta, Carrara, Manzini, Dellepiane, entre otros, y su principal argumento es que el juicio penal se realiza principalmente para encontrar la verdad real respecto a un hecho delictivo, mantienen que los valores intrínsecos de los seres humanos no pueden ser violentados sin que haya la total seguridad de que los hechos constitutivos de la infracción penal hayan pasado en realidad, es decir, que no se puede quitar la libertad de un ser humano por un simple convencimiento procesal por medio de la prueba, sino que es necesario que el juzgador esté completamente convencido que esos hechos sucedieron realmente. Por otro lado, están autores como Devis Echandía, Sentís Melendo, Muños Sabaté, Lazzaroni, entre otros, quienes sostienen que la finalidad de la prueba es generar convencimiento al juez, su principal argumento radica en que no se puede obtener la verdad por medio de las pruebas ya que es un elemento subjetivo que es inalcanzable a la razón humana, lo que si se puede obtener por medio de la pruebas es la certeza de que sucedió un hecho, por lo tanto, mencionan que el término ‘verdad’ dentro de un juicio es una errónea utilización del término ‘certeza’.<sup>34</sup>

En virtud de lo expuesto, se puede tener varias consideraciones con respecto a la prueba, la primera de ellas es que la prueba es la base de la administración de justicia ya que sin la actividad probatoria dentro de los procesos penales (y no penales), el juzgador no podría decidir porque no tendría la información suficiente, por un lado, y porque los supuestos de hecho contenidos en la norma no siempre serían óptimos para poder decidir sobre una causa. Una segunda consideración se da respecto a la aplicación de normas jurídicas por medio de

---

<sup>33</sup> Ibidem.

<sup>34</sup> Ábalos, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Cuyo: Santiago de Chile, 1993. Pp. 359-368.

las pruebas presentadas en un determinado caso, hay que tener en cuenta que la norma menciona un supuesto de hecho que conlleva a una consecuencia jurídica cuando este supuesto se cumple, la consecuencia se deriva en la pena, sin embargo, no se puede únicamente alegar que un sujeto ha cometido el supuesto de la norma, sino que se debe comprobar que así ha sido, lo cual se logra únicamente por medio de la prueba. Por último, la actividad probatoria da validez al ejercicio de la defensa, esto es, las afirmación que haga tanto el acusado como Fiscalía deben ser probadas para que tenga validez alguna en el proceso penal.<sup>35</sup>

Como se ha visto, la prueba es un elemento ineludible al momento de juzgar a una persona, siendo este un trabajo sobre delitos sexuales se evidencia de mayor manera la dificultad de la actividad probatoria ya que la recolección de indicios tiene una mayor complicación y la gran mayoría de veces se deben obtener de los sujetos procesales; usualmente, la víctima es una gran fuente de información para las investigaciones sobre un crimen sexual, sin embargo no siempre se podrá encontrar prueba material por lo cual muchas situaciones que se presentan en los delitos sexuales solo son comprobables por medio de la psiquis de las personas intervinientes en los procedimientos, ahora bien, como se observará posteriormente, no siempre este tipo de prueba creará convicción en el juez y por lo tanto el juzgamiento por medio de pericias psicológicas se hace mucho más complicado.

## 2.2. Principios de la prueba en materia penal

Los principios de la prueba en materia penal tienen una gran importancia ya que son las bases sobre las cuales se debe presentar y ejecutar una prueba, de otra forma terminan siendo pruebas ilegales que no pueden ser tomadas en cuenta al momento de resolver y que por lo tanto no pueden generar el convencimiento deseado al juez. El artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal establece los principios de oportunidad, intermediación, contradicción, libertad probatoria, pertinencia, excusión e igualdad de oportunidades para la prueba.<sup>36</sup>

---

<sup>35</sup> García Valencia, Jesús. *Las pruebas en el proceso penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Medellín, 2002. Pp. 59-63.

<sup>36</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 454. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Los principios probatorios, como cualquier otro principio jurídico, son reglas de carácter general que tienen gran importancia al momento de dar cumplimiento al debido proceso, asimismo son medios que fortalecen el ejercicio del derecho a la defensa. “(...) Un principio es una norma muy general; vaga; programática o finalística; representativa de los valores supremos del ordenamiento jurídico.”<sup>37</sup> A continuación se revisará los principios contenidos dentro de la ley y otros que se encuentran en la doctrina que, en la práctica, son comúnmente aceptados y respetados en concordancia a la Constitución y a los tratados de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador.

### 2.2.1. Oportunidad

El principio de oportunidad se refiere a que los elementos probatorios deben ser presentados dentro del momento procesal oportuno, el Código Orgánico Integral Penal menciona este principio de la siguiente manera:

Oportunidad. - Es anunciada en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio y se practica únicamente en la audiencia de juicio.

Los elementos de convicción deben ser presentados en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio. Las investigaciones y pericias practicadas durante la investigación alcanzarán el valor de prueba, una vez que sean presentadas, incorporadas y valoradas en la audiencia oral de juicio.

Sin embargo, en los casos excepcionales previstos en este Código, podrá ser prueba el testimonio producido de forma anticipada.<sup>38</sup>

De este principio se puede rescatar que la prueba no llega a ser considerada como prueba, jurídicamente hablando, hasta que sea presentada e incorporada en la audiencia de juicio, hasta entonces solo serán evidencias recopiladas como elementos de convicción (en la etapa evaluatoria y preparatoria) que pueden ayudar para dar inicio al proceso; de esta forma se asegura que la prueba se pueda contradecir al momento de su ejecución y de que las partes la presenten en el momento procesal oportuno, es decir, no puede haber pruebas de último momento sin que estas sea previamente analizadas por las partes y aceptadas dentro del proceso bajo el análisis de legalidad, esto con la excepción contenida en el artículo 617 del

---

<sup>37</sup> Pérez Pinzón, Álvaro. *Los principios generales del proceso penal*. Editorial Temis: Bogotá, 2015. Pp. 1-2.

<sup>38</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 454. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

Código Orgánico Integral Penal donde se menciona que se puede receptar prueba que no haya sido aportada oportunamente bajo ciertas circunstancias mencionadas en el cuerpo normativo.<sup>39</sup>

Este principio tiene gran relación con el principio de necesidad, aunque no esté recogido en la legislación ecuatoriana; el principio de necesidad se refiere a que los hechos que son materia de los elementos de convicción deben estar presentes en los documentos legales debidamente introducidos al proceso, es decir, la prueba debe estar contenida dentro de estos documentos para que sean válidos en el juicio, en este sentido, el principio de necesidad fortalece a la seguridad jurídica. Antiguamente se reconocía este principio bajo el aforismo ‘el juez debe fallar sobre lo alegado y probado’, lo que significa que el juez solo puede decidir con las pruebas que han sido debida y legalmente introducidas al proceso, lo que hace que este principio a su vez tenga una cercanía importante con el principio de legalidad que es transversal en el derecho penal.<sup>40</sup> Del principio de necesidad se puede extraer que no se puede valorar la prueba que no fue oportuna, tampoco se puede practicar la prueba que no fue oportunamente aportada, además no puede pedirse la prueba que no haya sido aportada con la oportunidad descrita en la ley, elemento que fue estudiado en líneas superiores.<sup>41</sup>

### 2.2.2. Inmediación

El principio de inmediación “(...) obliga al juez a estar permanentemente en contacto con la prueba, a recaudarla personalmente, a presenciarse, a controlarla. La inmediación garantiza que el juez se familiarice con el medio, que se permee del hecho que antes le era desconocido, para así poder valorarlo.”<sup>42</sup> Este principio está relacionado con la cercanía que debe tener el juez con las partes en forma equitativa, debe estar presente en todas las etapas procesales para poder juzgar de la debida forma y con toda la información necesaria; “(...) si la prueba

---

<sup>39</sup> Vaca Andrade, Ricardo. *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Según el Código Orgánico Integral Penal, Tomo II*. Ediciones Legales: Quito, 2015. Pp. 288-289.

<sup>39</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 454. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>40</sup> García Valencia, Jesús. *Las pruebas en el proceso penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Medellín, 2002. Pp. 73-74.

<sup>41</sup> Nisimblat, Nattan. *Derecho Probatorio: Introducción a los medios de prueba en particular*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA.: Bogotá, 2014. P.166.

<sup>42</sup> Id., p. 200.

es una actividad que pretende obtener el convencimiento del juzgador, su presencia física durante todo el tiempo que dure el juicio resulta esencial”<sup>43</sup>. Está contenido en el Código Orgánico Integral Penal de la siguiente manera: “Inmediación. - Las o los juzgadores y las partes procesales deberán estar presentes en la práctica de la prueba.”<sup>44</sup>

Se entiende, entonces, que es necesario que para que se respeten los derechos de las partes, tanto el juez como las mismas partes deben estar presentes en el momento de ejecución de las pruebas. En el caso específico de delitos sexuales esto es necesario ya que como se dijo en líneas anteriores, el juez también basa su decisión en la confianza que le generen los testigos, por ejemplo, o en acreditación que se logre dar a un perito en la práctica de la prueba en la audiencia oral, por lo tanto, es un principio significativo para el completo entendimiento de los hechos suscitados en las distintas causas.

### 2.2.3. Contradicción

Nótese la importancia de este principio probatorio, que Beccaria en 1764 ya mencionaba que “Conocidas las pruebas y supuesta la certeza del delito, es preciso conceder al reo el tiempo y medios oportunos para que se justifique.”<sup>45</sup> El principio de contradicción tiene gran relación con el principio de oportunidad ya que se refiere al derecho que tienen las partes de conocer las pruebas que su contraparte presentará en el procedimiento, en el momento oportuno, para así poder contradecir las pruebas. En la doctrina se ha definido a la contradicción como

(...) un principio general y esencial del proceso penal auténticamente democrático, respetuoso de los derechos humanos, concebido como un instrumento para juzgar al hombre, sin olvidar, su dignidad y sus valores, respetando los substratos procesales en que se concreta el derecho de defensa <sup>46</sup>

En el Código Orgánico Integral Penal se presenta a este principio así:

---

<sup>43</sup> Vaca Andrade, Ricardo. *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Según el Código Orgánico Integral Penal, Tomo II*. Ediciones Legales: Quito, 2015. P. 290.

<sup>44</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 454. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>45</sup> Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Editorial Temis: Bogotá, 2013. P.33.

<sup>46</sup> García Valencia, Jesús. *Las pruebas en el proceso penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Medellín, 2002. P. 92.

Contradicción. - Las partes tienen derecho a conocer oportunamente y controvertir las pruebas, tanto las que son producidas en la audiencia de juicio como las testimoniales que se practiquen en forma anticipada.<sup>47</sup>

Este principio es de gran relevancia dentro de los procesos penales y en especial de los procedimientos que tratan sobre delitos sexuales, es el principio que engloba todos los contrainterrogatorios que se puede hacer a los testigos, testigos expertos y peritos, por la naturaleza de los delitos sexuales muchas veces los sujetos nombrados son las principales piezas probatorias dentro del proceso de delito sexual. Supone, entonces, “la necesidad de que las partes tengan la oportunidad procesal de conocer, discutir y rebatir las pruebas; por lo tanto, la prueba secreta o unilateralmente actuada no es válida”<sup>48</sup>

Se puede distinguir dos alternativas que se ofrece a la parte contra quien se aduce una prueba, según la naturaleza de la prueba y según el momento procesal en que esta se produzca, en este sentido, las dos alternativas son: la contradicción concentrada y la contradicción difusa. La primera de ellas se refiere al ejercicio del derecho de contradicción en el mismo momento que la prueba se está produciendo o practicando, ejemplos de esto es el contraexamen que se realiza en un interrogatorio o la participación dentro de la inspección judicial. Por otro lado, la contradicción difusa es la que se realiza en cualquier otro momento procesal, como ejemplo de esto observa la oposición a la admisión de una prueba que se está presentando pero que aún no ha sido practicada.<sup>49</sup>

#### 2.2.4. Libertad Probatoria y Exclusión

Para fines del presente trabajo se tratará estos dos principios paralelamente ya que se considera que son principios que se complementan en cierta parte y se contradicen en otra, por cuanto una comparación de ambos es pertinente. El principio de libertad probatoria se refiere a que los hechos materia del proceso pueden ser probados por cualquiera de los medios contenidos en la ley penal, es decir, mientras la prueba presentada no viole derechos

---

<sup>47</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 454. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>48</sup> Vaca Andrade, Ricardo. *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Según el Código Orgánico Integral Penal, Tomo II*. Ediciones Legales: Quito, 2015. P. 299.

<sup>49</sup> Nisimblat, Nattan. *Derecho Probatorio: Introducción a los medios de prueba en particular*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA.: Bogotá, 2014. Pp. 194-195.

fundamentales de las partes se puede presentar cualquier prueba. Es pertinente destacar que en este principio se habla de medios de prueba, por lo tanto, en primer lugar es necesario entender cuáles son estos medios probatorios propuestos por la ley:

Art. 498.- Medios de prueba. - Los medios de prueba son:

1. El documento
2. El testimonio
3. La pericia.<sup>50</sup>

Esta norma es consecuencia de la unidad del ordenamiento jurídico, de esta forma se evita la discusión sobre los medios de prueba que se pueden usar dentro del procedimiento penal y se regula que no haya pruebas ilegales. No obstante, de la norma se entiende que la prueba puede ser presentada en estos tres medios, por lo cual de los medios probatorios no hay duda; esta aclaración legal no evita que haya una discusión sobre el alcance que tiene este artículo ya que se entiende que se limita la prueba, pero dentro de estos medios se puede encontrar infinitas posibilidades.<sup>51</sup> De la discusión dogmática sobre los medios de prueba se tratará posteriormente.

Ahora bien, dentro del Código Orgánico Integral Penal se ha establecido el principio de libertad probatoria de la siguiente forma:

Libertad probatoria. - Todos los hechos y circunstancias pertinentes al caso, se podrán probar por cualquier medio que no sea contrario a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado y demás normas jurídicas.<sup>52</sup>

Se entiende, entonces, que los hechos del caso pueden ser probados por cualquier medio probatorio, que, como se dijo anteriormente, no viole derechos humanos de las partes, por cuanto se extrae de esta norma que el supuesto legal prescrito en el artículo 498 del Código Orgánico Integral Penal no es taxativo. De todas formas, se comprende que la libertad

---

<sup>50</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 498. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>51</sup> García Valencia, Jesús. *Las pruebas en el proceso penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Medellín, 2002. Pp. 106-107.

<sup>52</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 454. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

probatoria pone en evidencia que no hay realmente una limitación legal a la prueba, sino que permite la gran mayoría de pruebas, considerando que sean lícitas. Como concepto de prueba ilícita se puede observar “la prueba que vulnera garantías constitucionales o derechos fundamentales (...) y se identifica como un medio que atenta contra la dignidad de las personas.”<sup>53</sup>

Tratando ahora del principio de exclusión, se puede mencionar a breves rasgos que limita la libertad probatoria ya que establece que no se puede presentar pruebas que violen la ley y el orden jurídico establecido, no obstante, como se evidencia de la redacción del artículo, únicamente refuerza el criterio del principio de libertad probatoria ya que excluye del proceso las pruebas ilegítimas; además, limita la posibilidad de presentar ciertas pruebas que no podrían contener información certera para pertenecer al acervo probatorio. En el Código Orgánico Integral Penal se ha referido a este principio de la siguiente manera:

**Exclusión.** - Toda prueba o elemento de convicción obtenidos con violación a los derechos establecidos en la Constitución, en los instrumentos internacionales de derechos humanos o en la Ley, carecerán de eficacia probatoria, por lo que deberán excluirse de la actuación procesal.

Se inadmitirán aquellos medios de prueba que se refieran a las conversaciones que haya tenido la o el fiscal con la persona procesada o su defensa en desarrollo de manifestaciones preacordadas.

Los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales y cualquier otra declaración previa, se podrán utilizar en el juicio con la única finalidad de recordar y destacar contradicciones, siempre bajo la prevención de que no sustituyan al testimonio. En ningún caso serán admitidos como prueba.<sup>54</sup> [El subrayado me pertenece]

Por último, de la revisión de este artículo destacar de este artículo dos particularidades, la primera de ellas es que por medio del mismo se refuerza el principio de legalidad que como se ha mencionado, es transversal en el derecho penal; por otro lado, llama la atención el tercer inciso donde se menciona una lista de documentos que no podrán ser considerados como prueba, sin embargo como se observará en el siguiente apartado, fiscalía usa algunos de estos

---

<sup>53</sup> Zambrano, Alfonso. *La prueba ilícita*. Corporación de Estudios y Publicaciones: Quito, 2009. P. 43.

<sup>54</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 454. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

documentos como elementos de convicción para iniciar la instrucción fiscal por lo que no se está aplicando realmente este inciso.

### 2.2.5. Pertinencia

“La pertinencia demuestra la relación directa entre el hecho alegado y la prueba solicitada”<sup>55</sup> Las pruebas deben ser pertinentes, esto es, tener relación con los hechos que se están discutiendo dentro del proceso, en el Código Orgánico Integral Penal se habla de este principio en los siguientes términos:

Pertinencia.- Las pruebas deberán referirse, directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la infracción y sus consecuencias, así como a la responsabilidad penal de la persona procesada<sup>56</sup>

En este principio se logra detectar dos exigencias que deben tener las pruebas en los procesos penales, la primera de ellas es que por medio de la prueba que se incorpore al proceso se debe probar un hecho que tenga relación con la comisión de la infracción o el hecho propio constitutivo de la infracción, las pruebas que no cumplan con este supuesto no son relevantes para el caso. Como segunda exigencia de este principio se puede extraer la necesidad que pruebe el vínculo de la persona procesada con el hecho delictivo que se está discutiendo ya que sin ello no se puede imputar a una persona como responsable de un ilícito penal.

En concordancia con este principio se revisa el nexo causal como exigencia de la prueba, esto es, que la prueba tenga relación con el procesado y la infracción que se imputa; el nexo causal está contenido en el Código Orgánico Integral Penal como

La prueba y los elementos de prueba deberán tener un nexo causal entre la infracción y la persona procesada, el fundamento tendrá que basarse en hechos reales introducidos o que puedan ser introducidos a través de un medio de prueba y nunca, en presunciones.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> Tirado Hernández, Jorge. *Curso de pruebas judiciales. Parte General*. Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley LTDA: Bogotá. P. 246.

<sup>56</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 454. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>57</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 455. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014

El nexa causal, por lo tanto, es trascendental para la incorporación de pruebas al proceso, si una prueba no cumple con esto deja de ser pertinente ya que no servirá como elemento de convicción para que el juez pueda decidir sobre el hecho delictivo del cual se está tratando en un determinado proceso.

Considera la doctrina, la ley y la jurisprudencia que el dato o evidencia que se pretende introducir en el proceso con el valor probatorio debe estar relacionado con los objetivos que se pretende alcanzar en cada una de las etapas del proceso en que se pueden cumplir diligencias probatorias; y, de manera concreta, en el Juicio (sic), con la existencia del delito, la participación de los involucrados, y el grado de responsabilidad de los mismos a efecto de graduar las penas. En consecuencia, todas aquellas diligencias que no estén vinculadas con estos propósitos específicos son impertinentes.<sup>58</sup> [El subrayado me pertenece]

### 2.3. Medios de prueba

Dentro de la libertad probatoria se revisó brevemente el concepto de medios de prueba y el contenido que este concepto tiene en el Código Orgánico Integral Penal, no obstante, se refirió que hay una disquisición importante dentro de los medios de prueba ya que algunos autores consideran que los medios de prueba solo son los legalmente establecidos mientras que otra parte de la doctrina considera que cualquier medio de prueba debería ser admitido. En primer lugar es necesario comprender, desde el punto de vista doctrinario, qué son los medios de prueba, por lo tanto se puede decir que “medios de prueba son actos procesales destinados a introducir en el proceso los elementos de convicción.”<sup>59</sup> Sobre la definición de este concepto no hay mayor controversia; se podría entender la problemática de este asunto sobre dos puntos principalmente: 1) la confusión entre medio de prueba y objeto de la prueba; 2) La discusión entre si los medios son taxativos o no.

La primera de estas controversias se puede resolver fácilmente ya que medios de prueba como se ha observado es una elaboración procesal dada por la ley para la introducción de los objetos de prueba dentro del proceso, no se podría hablar de medios como sinónimo de objetos ya que los objetos son de ilimitado uso siempre y cuando se cumpla con las reglas de

---

<sup>58</sup> García Valencia, Jesús. *Las pruebas en el proceso penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Medellín, 2002. Pp. 164.

<sup>59</sup> Clariá Olmedo, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires, 2008. P. 311.

la libertad probatoria, mientras que los medios son los elementos que están propuestos en la ley y sirven para que estos objetos lleguen al conocimiento del juez.<sup>60</sup> Se observa que hay una diferencia, en esta cuestión no hay una real discusión sino un problema donde alguna parte de la doctrina elabora concepciones similares entre medio y objeto, lo cual es incorrecto.

Sobre la segunda cuestión si hay una discusión ya que hay parte de la doctrina que refiere que los medios de prueba deben ser taxativos, con la debida justificación legal. No obstante,

La mayoría de la doctrina sostiene que, además de los medios expresamente regulados por la ley, cabe utilizar otros en la medida que sean idóneos para contribuir al descubrimiento de la verdad. Pero hay quien piensa lo contrario, sosteniendo que la regulación legal de los medios de prueba tiene carácter taxativo, por lo que no se concibe la utilización de uno que no esté expresamente previsto en la ley<sup>61</sup>

De lo revisado, y de acuerdo al principio de libertad probatoria, se puede determinar que los medios de prueba establecidos en la ley no son taxativos, cualquier prueba puede ser presentada en juicio siempre y cuando no viole los derechos fundamentales de las partes. Ahora bien, si se habla del los objetos de prueba evidentemente se puede presentar cualquier objeto ya que no hay restricción a los mismos, no obstante, se deben presentar con un medio adecuado para el conocimiento del juez y consecuentemente de las partes.

#### 2.4. Clasificación de las pruebas

Llegados a este punto, para propósitos del presente trabajo se estudiará una clasificación de la prueba, cabe mencionar que la doctrina contiene varias clasificaciones diferenciando varios tipos de pruebas, no obstante, en el presente trabajo es útil estudiar únicamente dos de estas clasificaciones, una de ella es la prueba material y la otra es la prueba directa e indirecta. De todas formas, dentro de la doctrina se ha reconocido que “sólo hay dos clases [de pruebas] bien diferenciadas: las pruebas directas y las pruebas indirectas.”<sup>62</sup> Por lo tanto, se estudiará la clasificación que realmente es trascendental dentro del derecho procesal.

---

<sup>60</sup> Florián, Eugenio. *De las Pruebas Penales*. Tomo I. Editorial Temis: Bogotá, 1998. Pp. 169-170.

<sup>61</sup> Cafferata Nores, José. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Depalma: Buenos Aires, 1986. P. 26.

<sup>62</sup> Bentham, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Vol. 1. Editorial jurídica universitaria: México, 2002. P. 14.

### 2.4.1. Pruebas materiales

La prueba material “consiste en la presencia de las cosas que demuestran la existencia del delito”<sup>63</sup> esto es, que la prueba material es el indicio que es recopilado en el ámbito del delito e ingresa, materialmente, a una cadena de custodia, de aquí que pueda darse varios estudios a través de este indicio con respecto al delito. Es menester entender que el informe que se derive de una prueba material deja de ser prueba material y pasa a ser otro tipo de prueba, dependiendo de qué tipo de estudio sea, en general esta será un prueba pericial.

Hay varias observaciones que se pueden hacer sobre las pruebas materiales, la primera es que siempre deberá ser un elemento que se pueda presentar ante el juez materialmente. Otra consideración es que no es necesario que se trate de seres inertes para que se pueda decir que es una prueba material, las pruebas materiales muchas veces puede recaer sobre personas, no obstante, solo los elementos inconscientes derivados de un ser humano pueden ser tomadas como pruebas materiales; los elementos que sean conscientes, un testimonio, por ejemplo, deja de ser prueba material y pasa a ser prueba personal.<sup>64</sup> Ahora bien, es necesario comprender que las pruebas personales son “aquellas que nos proporcionan las personas, como en el caso de las declaraciones de testigos o como al tratarse del recibo redactado para dejar constancia de un hecho o derecho cualquiera.”<sup>65</sup> De esta aproximación se puede entender lo propiamente expresado: la única diferencia entre la prueba material y personal es la consciencia o inconciencia que se tenga sobre el acto que es parte de la prueba

### 2.4.2. Pruebas directas e indirectas

Dentro de esta clasificación es necesaria una comparación para generar un concepto integral de prueba directa e indirecta ya que si se las tratara apartadamente no se comprendería del todo cada tipo de prueba. En primer lugar, se define a la prueba directa como: “en la que el hecho objeto de la prueba coincide con el tema de la prueba, es decir, más claramente, cuando el hecho que se prueba coincide con la hecho que se quiere probar

---

<sup>63</sup> Moreno Cora, Silvestre. *Tratado de las pruebas civiles y penales*. Vol. 4. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002. P. 194.

<sup>64</sup> Id., pp. 194-195.

<sup>65</sup> Guerrero, Walter. *La prueba en material penal*. Editorial Universitaria: Quito, 1982. P. 271.

para conseguir la certeza del juez sobre la existencia o inexistencia de la infracción y sobre la responsabilidad o la inocencia del supuesto infractor.”<sup>66</sup> Es decir, esta prueba se refiere a la apreciación por medio de los sentidos que se haga del hecho delictivo, cuando se tiene constancia de que los hechos pasaron de determinada forma, además de que esta percepción debe ser la misma a la que se refiere el hecho en cuestión.

Por otro lado, se tiene la prueba indirecta la cual, en oposición, se puede deducir que en primer lugar, no tiene que ver directamente con el hecho en cuestión pero aporta al raciocinio del juez y hace que sea más probable que el hecho haya pasado, y en segundo lugar, el hecho no ha sido percibido por los sentidos o se presenta como un estudio de una prueba directa. En este sentido, “cuando se refiere a una cosa distinta del delito, de la cual, en virtud del raciocinio puede el juez deducir la existencia del hecho que se conceptúa delictuoso, la prueba es indirecta.”<sup>67</sup>

Entendiendo los conceptos de estos dos tipos de pruebas, entonces se puede decir que un testigo que se presenta a declarar sobre como observó que una persona estando en un bus tocó una zona pudenda de otra, es una prueba directa; mientras que el testimonio sobre una persona que vio que el sujeto en cuestión bajó del bus corriendo para que no lo detuvieran, es una prueba indirecta; en el mismo sentido, el peritaje psicológico que se haga sobre un sujeto interviniente en el delito de abuso sexual, sería una prueba indirecta ya que es un estudio derivado de una situación que le aconteció a la persona, no obstante, el perito tiene percepción directa sobre las actitudes de la persona, mas no sobre los propios hechos constitutivos del delito.

## 2.5. Pruebas presentadas por Fiscalía en el delito de abuso sexual.

Dentro de este apartado se analizarán las pruebas introducidas por Fiscalía en procesos de Flagrancia por el delito de abuso sexual. De acuerdo al artículo 562 del Código Orgánico Integral Penal, las audiencias y los procesos sobre delitos contra la integridad sexual son reservados, esto en concordancia con el artículo 168 de la Constitución de la República del

---

<sup>66</sup> Id., pp. 60-61.

<sup>67</sup> Moreno Cora, Silvestre. *Tratado de las pruebas civiles y penales. Vol. 4.* México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002. P. 139.

Ecuador, el artículo 13 del Código Orgánico de la Función Judicial y los artículos 238, 258 y 317 del Código de la Niñez y Adolescencia; por lo tanto la metodología que se aplicará en este subtítulo es el de la presentación de los casos revisados ocultando los nombres verdaderos tanto de las víctimas como de los acusados, se dará una breve reseña de los hechos del caso y posteriormente se presentará los elementos de convicción utilizados por Fiscalía para solicitar, o no, el inicio de la instrucción fiscal.

Con las consideraciones previas, se procederá a dar una breve introducción al contenido de los procesos a ser analizados. De la revisión de aproximadamente 200 procesos que reposan en el archivo general de la Unidad de Delitos Flagrantes de Pichincha se ha obtenido 6 procesos los cuales son de gran interés para el presente trabajo, todos ellos son procesos que se han iniciado por el delito de abuso sexual. Una vez introducida esta sección se procede a presentar los procesos.

- 2.5.1. Causa No. 17284-2018-00397. Hechos: la víctima estaba en un bus, al momento de bajarse en su parada siente que un sujeto desconocido toca con su miembro viril la zona de sus nalgas; se aprehende al sospechoso y se lo lleva a la Unidad de Delitos Flagrantes. Finalmente ordena un procedimiento directo, sin embargo, la víctima no colabora con los estudios, exámenes y diligencias adicionales solicitados por el juez y Fiscalía, por lo cual en la sentencia el juez dicta sentencia donde se ratifica la inocencia del acusado
- Elementos de convicción: 1) Parte policial; 2) Reporte médico del detenido; 3) Examen psicológico de la víctima

En este caso se califica flagrancia teniendo como elemento de convicción principal el examen psicológico de la víctima, el problema que se evidencia es que no hay ninguna versión o examen psicológico del procesado con el cual se pueda comprender los hechos desde el punto de vista de él. Considerando los limitados hechos que se ha podido desprender del presente caso el juez solicita a Fiscalía que se presenten elementos de convicción complementarios, la víctima no acude a ninguna de las diligencias para obtener estos elementos, por lo cual no hay elementos de convicción suficientes para dictar sentencia condenatoria al acusado.

2.5.2. Causa No.17284-2018-00402. Hechos: la víctima estaba transportándose en un bus, se había quedado dormida y en el momento que se despierta retira la mochila de sus piernas, se da cuenta que la mano del señor que se había sentado a su lado estaba sobre su pierna, a nivel de la ingle, un policía aprehende al presunto agresor. En la audiencia de calificación de flagrancia, Fiscalía solicita únicamente legalizar la detención y deja el proceso en etapa de investigación previa.

- Elementos de convicción: 1) Parte policial; 2) peritaje psicológico de la víctima; 3) Denuncia de la víctima.

De la revisión que se ha hecho anteriormente sobre el concepto de acto de naturaleza sexual y el concepto del mismo delito de abuso sexual, no es claro determinar que por un tocamiento de la pierna de una persona, este acto tenga carácter de delito, en este caso en particular sería interesante revisar el ánimo del sujeto activo para determinar si esta acción tenía un elemento de naturaleza sexual o si por otro lado no tenía un sentido doloso en la línea de delitos sexuales sino que tenía como fin otro acto delictivo que no comprometía el bien jurídico protegido en los delitos sexuales.

2.5.3. Causa No. 17282-2017-03386. Hechos: la víctima estaba transportándose en un bus en el cual se subió un señor que la estaba observando, este señor empieza a tocarse sobre el pantalón y luego por debajo del pantalón con movimientos que denotan masturbación por lo que la víctima busca ayuda y pide que aprehendan al sujeto. En audiencia de calificación de flagrancia, Fiscalía solicita que se deje el procedimiento en investigación previa por no contar con los elementos de convicción suficientes.

- Elementos de convicción: 1) Parte policial; 2) Peritaje psicológico de la víctima; 3) Denuncia de la víctima.

Después de haber revisado varias veces el concepto de abuso sexual desde varios puntos de vista es claro que en este caso no se presenta el delito de abuso sexual ya que como se ha revisado, tanto doctrina como jurisprudencia acuerda que para que exista el delito de abuso

sexual debe haber un contacto físico directo, y que los actos de mera observación o los que el sujeto activo realiza tocamientos sobre si mismo no constituye delito de abuso sexual. Ahora bien, este acto puede recaer sobre otro delito, pero no constituye en ningún caso, delito de abuso sexual.

2.5.4. Causa No. 17282-2017-00085. Hechos: la víctima en esta ocasión tiene 10 años, el presunto agresor le lleva a su cuarto, acto al cual la víctima ofrece toda la resistencia que puede, sin embargo al ser él mucho más fuerte procede a encerrar a la niña en su cuarto y a bajarle su pantalón y su interior y a tocarle la vagina, la niña refiere que el acusado le metió los dedos en su vagina, en el acto sacó su pene, y la víctima logra huir del lugar.

- Elementos de convicción: 1) Parte policial; 2) Examen ginecológico; 3) Examen psicológico

En el presente caso se evidencia un error en la acusación que hace Fiscalía ya que desde el parte policial consta que el procesado introdujo sus dedos en la vagina de la víctima lo que ya consta dentro del delito de violación contenido en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal. Se logra evidenciar dentro del examen médico legal que hay lesiones a nivel vaginal que son propias de un acto de violación, los elementos de convicción recopilados como las versiones y el examen psicológico apuntan a que los hechos configuran el delito de violación. Este caso solo es de relevancia para el presente trabajo en el sentido de evidenciar que en diversas circunstancias no hay una diferenciación del todo marcada entre el delito de abuso sexual y violación o al menos violación en grado de tentativa, aunque en el caso estudiado si hay elementos materiales que llevan a considerar un delito de violación.

2.5.5. Causa No. 17282-2017-00230. Hechos: la víctima se encontraba en la parada de bus, desde el otro lado de la parada estaba un señor que les hacía señales obscenas mientras se tocaba sus partes íntimas; cuando estaba subiendo al bus el señor sube atrás y toca sus nalgas haciendo una ademán que sugería que se quería agarrar del tubo del bus para poder subir. Una vez en el bus el señor empieza a sacarles fotos por lo cual procede a llamar a la línea de

emergencia comentando lo acontecido, en una parada se procede a detener el bus y a aprehender al señor en cuestión.

- Elementos de convicción: 1) Parte policial; 2) Formulario de ingreso del celular de señor Daniel con el cual supuestamente había tomado las fotos; 3) Examen psicológico a la Víctima; 4) Versiones la víctima.

Este caso es similar al caso analizado anteriormente pues la víctima percibe como abuso sexual las señas obscenas realizadas por el sujeto activo, sin embargo esto resulta en una conducta atípica ya que como se ha visto según la jurisprudencia y la doctrina esto no constituye abuso sexual. En un segundo momento la víctima refiere que hubo contacto físico ya que el sujeto activo llegó a tocar sus nalgas, no obstante, tanto la víctima como el procesado atribuyen esto a un posible acto involuntario, el cual de ser comprobado que fue un acto con designio de causar daño si pudiera recaer sobre la tipicidad del delito de abuso sexual.

2.5.6. Causa No. 17282-2017-00321. Hechos: la víctima tiene 11 años, sus padres y su hermana habían estado consumiendo bebidas alcohólicas por lo que se encontraban los tres en estado de embriaguez. La víctima refiere que se fue a dormir y su padre entró a su cuarto con intenciones de agredirle sexualmente, ejerciendo fuerza sobre la víctima empezó a tocar todo su cuerpo queriendo desvestirla usando de medio la amenaza para que no ejerza resistencia, en un momento el acusado se detiene y la víctima salió corriendo a buscar ayuda. Fiscalía solicita que se califique flagrancia y el juez concede la solicitud, se procede como procedimiento abreviado después del acuerdo entre las partes.

- Elementos de convicción: 1) Parte policial; 2) Denuncia presentada por la tía de la menor; 3) Entrevista de la menor; 4) Examen médico legal; 5) Examen psicológico de la menor; 6) Versiones del agente aprehensor

En el presente caso se hizo un acuerdo entre Fiscalía y el procesado, lo que devino en un procedimiento abreviado y se declaró culpable al procesado por el delito de abuso sexual. La víctima establece tanto en sus versiones como en el examen psicológico que su padre entró a su habitación con la intención de violarla; en el examen médico legal se observa lesiones

propias de tocamientos y fricciones en el área vaginal de la víctima. Con estos elementos de convicción se podría determinar que en el proceso se pudo haber acusado por tentativa de violación, sin embargo, Fiscalía llegó a un acuerdo por abuso sexual, esto se presenta en varios casos similares.

De los casos estudiados se deja en evidencia que este tipo de procesos que se tratan en Fiscalía y sobre todo en la Unidad de Delitos Flagrantes ya tienen un estándar de prueba, Fiscalía en ninguno de los procesos solicita o presenta alguna prueba que no sean las observadas dentro de estos procesos: 1) parte policial; 2) pericia psicológica de la víctima; 3) versiones o denuncias; y, en pocos casos examen ginecológico de la víctima. Como se ha revisado, la mayoría de estos casos son hechos que no dejan prueba material, no hay un rastro físico que evidencie la violación de los derechos de la víctima, no obstante, estos elementos de convicción solo muestran el punto de vista de la víctima. Por otro lado, estos elementos de convicción casi nunca serán suficientes en un hecho delictivo que no ha dejado rastro ya que no generan la suficiente convicción en el juez para poder determinar que efectivamente se ha cometido un acto delictivo y a falta de convicción no se puede juzgar, como ya se dejó claro en este capítulo.

Por último, se evidencia las percepciones variadas que tiene cada sujeto con respecto a un delito sexual, no todas las víctimas reaccionan igual ni en los exámenes psicológicos tienen la misma percepción ante un acto similar, depende de la edad, del entorno social y de otras consideraciones individuales de cada sujeto. Este comentario es útil para reafirmar los conceptos que anteriormente se dio sobre los actos de naturaleza sexual.

## 2.6. La pericia psicológica en el delito de abuso sexual

Como se ha venido observando, en los actos de naturaleza sexual que no dejan rastro, dentro del delito de abuso sexual, la prueba que se usa por defecto es la pericia psicológica de la víctima que a breves rasgos es la más lógica a falta de prueba material, no obstante, esta prueba ha sido utilizada sin una técnica precisa para determinar responsabilidad penal, solo se la ha utilizado como prueba estándar dentro de este tipo de delitos. “La pericia psicológica, en sentido estricto, es la evaluación que realiza un especialista en el comportamiento humano

con el objetivo de aportar conocimientos científico para orientar la toma de decisiones judiciales (...).<sup>68</sup> En este sentido, la pericia psicológica debe llevar una estricta metodología de trabajo, incluyendo una hipótesis e introduciendo los elementos psicológicos necesarios para que la pericia cuente como un elemento de convicción y una prueba válida dentro del proceso penal en el delito de abuso sexual, donde no existe un rastro material.

Dentro de la psicología forense como ciencia hay varias vertientes del pensamiento que validan los informes periciales psicológicos, como se ha dicho esto debe tener una metodología clara, para esto es importante que se aplique el método científico, es decir, que el peritaje tenga la finalidad de probar alguna hipótesis, la aplicación de esta metodología se aplicará dependiendo los hechos que se presenten caso por caso. El proceso de evaluación dentro del peritaje psicológico debe comprender una etapa que compruebe que el sujeto a analizar tenga sus funciones mentales aptas para este tipo de examen, de otra forma el peritaje psicológico no tendría valor, esto se comprueba a través de un protocolo psicológico que se practica al sujeto a ser examinado. Posteriormente se realiza una entrevista, informes colaterales, uso de test psicológicos para finalmente dar un informe con sus respectivas conclusiones.<sup>69</sup> Todos estos puntos serán pormenorizados a posterior en cuanto sean pertinentes para el presente trabajo, considerando que es un análisis jurídico, mas no psicológico.

### 2.7.¿Qué es la prueba pericial?

“La pericia es el medio probatorio con el cual se intenta obtener para el proceso un dictamen [llamado informe pericial dentro del derecho ecuatoriano] fundado en especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, útil para el descubrimiento o valoración de un elemento de prueba.”<sup>70</sup> La prueba pericial en específico se refiere al uso que se le da al informe pericial introducido dentro de un proceso penal, no obstante, el informe no basta para que esto se considere prueba, sino que es necesario la presentación del perito que realizó ese informe para que las partes puedan cuestionar el informe y por ende el testimonio del

---

<sup>68</sup> Tapias Ángela. *Psicología Forense: casos y modelos de pericias para América Central y Sur*. Bogotá: Ediciones de la U, 2017. P. 19

<sup>69</sup> Id., pp. 19-36.

<sup>70</sup> Cafferata Nores, José. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Depalma: Buenos Aires, 1986. P. 47.

perito con respecto a su informe. La prueba pericial en los sistemas acusatorios ha tomado gran fuerza ya que este sistema establece un juicio oral, además del respeto a las garantías del debido proceso y un reconocimiento tanto a las víctimas como a los procesados como partes relevantes dentro del sistema. Anteriormente los litigantes se preocupaban de armar un expediente que genere convencimiento al juez únicamente mediante documentos, sin embargo, estos documentos podían prestarse a equivocaciones y los informes periciales no eran debidamente validados por lo que no se acostumbraba su uso ya que no tenían la fuerza suficiente para crear convencimiento de un determinado ilícito en el fuero interno del juez. En consecuencia, la forma de valorar y de producir la prueba es totalmente distinto en un sistema escrito que en un sistema oral ya que se puede contradecir esa prueba por los medios legalmente establecidos.<sup>71</sup>

No siempre será necesario la intervención de peritos en los procesos penales, aunque se ha vuelto una costumbre a nivel práctico, solo tiene pertinencia la presencia de un perito cuando en una causa se presentan circunstancias que no se pueden solucionar con el simple razonamiento del juez y de las partes, sino que se necesita el examen de una persona que tenga ciertos conocimientos y aptitud para realizar este examen; por lo tanto, la prueba pericial tan practicada en los juzgados erróneamente, viene a ocupar el lugar de una inspección judicial bajo el nombre de peritaje. Ahora bien, Anton distingue 4 ocasiones en las cuáles es válida la prueba pericial: 1) para investigar la existencia de un hecho el mismo que no puede ser probado sin los conocimientos técnicos de un perito 2) para ilustrar sobre la naturaleza de ciertos hechos que están en el conocimiento técnico del perito 3) cuando se sentencia se apoya en un hecho como probable y se debe probar la posibilidad de que ese hecho en efecto sea real 4) para dar consecuencias o conclusiones de un hecho que solo pueden ser emitidas por un experto.<sup>72</sup>

En este contexto, “los peritos son personas que cuentan con una experiencia especial en un área de conocimiento derivada de sus estudios o especialización profesional, del

---

<sup>71</sup> Duce, Mauricio. *La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina*. Buenos Aires: Didot, 2015. Pp. 15-28.

<sup>72</sup> Anton Mittermaier, Karl. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2011. Pp. 191-192.

desempeño de ciertas artes o del ejercicio de un determinado oficio.”<sup>73</sup> De forma que la comparecencia de un perito como testigo es pertinente cuando va a ofrecer conocimiento sobre un área que es de su experticia y que a la vez tiene relación con los hechos del proceso en cuestión, en estricta concordancia con el concepto de nexo causal, anteriormente revisado. Dentro de la descripción de los peritos hay una importante disquisición ya que se ha introducido el término de testigos expertos o peritos testigos, estos conceptos de ninguna forma reemplazan el término de perito ni tienen las mismas funciones o características que los peritos; los testigos expertos son testigos que sin ser llamados como peritos, han tomado conocimiento del hecho y a la vez tienen un conocimiento especializado sobre cierta materia que es de importancia en el hecho controvertido. La diferencia de estos últimos sujetos es que no presentan un informe pericial y no son llamados como peritos, como ejemplo podría estar el policía aprehensor dentro de determinado acto delictivo, que aun cuando no es un perito si es un testigo experto ya que su trabajo se basa en detener personas que han cometido un ilícito y llevarlos ante la autoridad competente con su respectivo parte policial.<sup>74</sup> Es necesario recordar que “la operación integral se conoce por pericia o peritación”<sup>75</sup>, mientras que perito es un testigo dentro de juicio que acude a declarar sobre su informe pericial; estos son elementos conceptuales que no puede ser excluidos del estudio del peritaje.

## 2.8. La evaluación psicológica como prueba pericial

La evaluación psicológica, cuando es realizada de la debida manera, puede dar aportes importantes dentro de un proceso penal; en el tema a tratar en específico que son los actos de naturaleza sexual que no dejan rastro, se ha visto como prueba necesaria para poder juzgar un acontecimiento de este tipo ya que al no haber prueba material solo se puede recabar sobre pruebas obtenidas a través de testimonios, tanto de personas que presenciaron el hecho como de testigos expertos y de peritos psicólogos que por medio del testimonio defienden su informe pericial. El informe pericial psicológico por si solo no produce convencimiento del

---

<sup>73</sup> Id., p. 29.

<sup>74</sup> Id., p. 31.

<sup>75</sup> Clariá Olmedo, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires, 2008. P. 319

juzgador, sino que es cuando éste se pone a prueba en ejercicio del derecho de contradicción que aporta elementos importantes para el discernimiento y valoración de la prueba.<sup>76</sup>

El sujeto pasivo siempre figurará como un elemento probatorio importante, no obstante hay que recordar que el dueño de la acción penal pública es el Estado, por lo cual las declaraciones, testimonios e incluso los exámenes psicológicos de la víctima deben ser tomados de forma imparcial, hay que considerar que no se puede beneficiar a unas de las partes por tener la condición de víctima, en estos casos los peritajes psicológicos de la persona ofendida entran al proceso como un elemento probatorio más, no debe tener consideraciones especiales con respecto al examen del procesado ya que de esta forma se asegura el debido proceso y que no se violen derechos constitucionales de las partes.<sup>77</sup>

Como se ha venido mencionando “En los delitos sexuales, al no existir testigos directos del hecho, la prueba pericial resulta uno de los elementos más valiosos en el proceso de búsqueda de justicia”<sup>78</sup> por lo cual se entiende que una pericia psicológica podría suplir a una prueba material para generar convencimiento en el juez, no obstante, la pericia debe ser realizada desde un punto imparcial donde se establezca conclusiones tanto del acusado como de la víctima, es usual obtener únicamente pericias psicológicas de la víctima, sobre todo en procedimientos especiales (contenidos en el artículo 634 del Código Orgánico Integral Penal) que por su naturaleza se reduce el tiempo de cada etapa procesal, como se ha visto anteriormente en la revisión de varios casos obtenidos de la Unidad de Delitos Flagrantes de Pichincha. Estos elementos de convicción que se obtienen únicamente de la víctima pueden generar imparcialidad en el proceso ya que el procesado no está teniendo la oportunidad de que se presente un informe donde se establezca sus cualidades psicológicas por medio de un examen de este tipo.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Hoyos Botero, Consuelo. *Manual de Psicología Jurídica*. Medellín: Señal Editora, 1999. Pp. 67-69.

<sup>77</sup> Moreno Cora, Silvestre. *Tratado de las pruebas civiles y penales*. Vol. 4. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002. P. 174.

<sup>78</sup> Martínez Rudas, M., Baena Valencia, S., Crissien, T., Pérez García, I., & Santolaya Prego de Oliver, J. (2018). Sentencia judicial, delito sexual y pericial psicológica: enfoque transcultural. *Universitas Psychologica*, 17(2) Recuperado el 08 de octubre de 2019 de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rups/v17n2/1657-9267-rups-17-02-00165.pdf>.

<sup>79</sup> Florián, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo II. Editorial Temis: Bogotá, 1998. Pp. 379-381.

De la revisión de varios autores y de la doctrina en general se ha determinado que “(...) en ausencia de otro tipo de pruebas, los peritajes psicológicos han demostrado ser lo suficientemente relevantes como para constituirse en medios de prueba, y así formar convicción o despejar dudas razonables en el tribunal colegiado que le corresponde juzgar los hechos.”<sup>80</sup> Por lo cual la hipótesis de presentar pericias como prueba única dentro de los delitos de abuso sexual que no dejan rastro se valida de forma que no hay otra evidencia que pueda ser útil en estos casos. Se puede decir que dentro de la jurisprudencia, parcialmente se ha seguido esta línea de pensamiento y se ha incorporado informes periciales psicológicos para probar este tipo de actos, sin embargo se asegura que “(...) es imprescindible tener siempre en cuenta que, independiente de a quién nos toque evaluar pericialmente, ya sea la víctima, el victimario o testigos, son sujetos que, indiferentemente al estar inmersos en un proceso judicial, tienen una serie de derechos ciudadanos que se encuentran asegurados legal y constitucionalmente (...)”<sup>81</sup> de lo que se rescata que no es solo a la víctima a quien hay que evaluar imparcialmente sino que también es necesario evaluar al victimario para que no haya duda en el fuero interno del juzgador, sin el peritaje psicológico del procesado, se considera que la prueba está incompleta y no genera suficiente convencimiento en el juzgador.

## 2.9. Examen psicológico en agresiones sexuales

Se ha venido mencionando que para la validez del examen psicológico como prueba pericial se deben seguir con estrictas directrices ya fijadas en la Psicología Forense, además debe ser un peritaje integral, esto es, no debe comprender únicamente el examen de la víctima sino que debe incluir el examen del acusado, entre otros exámenes de carácter social; en este punto es importante precisar que no solo se analizará el hecho, también es importante analizar los factores en los que el hecho se dio y si hubo dolo en la conducta del acusado, como se dijo anteriormente, a falta de dolo el hecho sería atípico. A diferencia de otros tipos de peritaje donde se recomienda que el perito no tenga datos previos de los entrevistados ni de los hechos

---

<sup>80</sup> Maffioletti Francisco y Salinas María Isabel. *Estrategias de Evaluación Pericial en Abuso Sexual Infantil*. Chile: Gobierno de Chile, 2005. Obtenido el 15 de octubre de 2019 de: [https://www.researchgate.net/publication/312040344\\_Manual\\_para\\_la\\_Evaluacion\\_Pericial\\_del\\_Abuso\\_Sexual\\_Infantil](https://www.researchgate.net/publication/312040344_Manual_para_la_Evaluacion_Pericial_del_Abuso_Sexual_Infantil).

<sup>81</sup> Ibidem.

a fin de asegurar la imparcialidad, en este tipo de peritaje psicológico es necesario que el perito haya recopilado la mayor información posible como datos de la denuncia, versiones, otros testimonios, informes sobre el caso, teoría del caso de los solicitantes, y cualquier información relevante para el caso; es importante tener en cuenta este contexto para poder realizar las hipótesis correspondientes al peritaje, es decir, que el perito sepa exactamente el hecho que se quiere probar.<sup>82</sup>

En el peritaje psicológico que se realice tanto a la víctima como al acusado se recomienda tener algunos elementos: en primer lugar se debe acreditar la idoneidad del perito y tener el requerimiento judicial para proceder a realizar este examen, en la legislación ecuatoriana la calificación de perito se da por el registro en el Sistema Pericial del Consejo de la Judicatura, sin embargo, se debe tomar en cuenta que el perito psicólogo debe ser afín con la pericia que se quiere ejecutar, en los casos estudiados sería la especialidad en agresiones sexuales, de no ser así el peritaje no tendría mayor validez y no generaría la convicción deseada en el juzgador; en segundo lugar, el examen psicológico debe contener los factores o categorías a evaluar, dentro de esto se debe incluir las hipótesis y los elementos que se desea probar a partir de este peritaje; como tercer punto debe indicar claramente la metodología que se va a usar en el examen psicológico y demostrar que esta metodología es apropiada y ampliamente aceptada por los expertos en el tema; por último debe contener el análisis y las conclusiones las cuales deben ser determinantes y sencillas para el entendimiento tanto de la defensa como de Fiscalía y el juzgador, comprendiendo que estos sujetos son abogados y no tienen conocimiento sobre tecnicismos psicológicos, razón por lo cual se está llamando al perito en primer lugar.<sup>83</sup>

Dentro de la Psicología Forense, la doctrina acuerda que los factores que se deben evaluar son los siguientes: 1) factores psicosociales, esto es, la historia de vida, relaciones con su comunidad cercana, historial delictivo, estado mental, emociones, consumo de sustancias psicotrópicas, vínculos familiares y paternofiliales. 2) factores asociados a la sexualidad

---

<sup>82</sup> Tapias Ángela. *Psicología Forense: casos y modelos de pericias para América Central y Sur*. Bogotá: Ediciones de la U, 2017. P. 19.

<sup>83</sup> Id., p. 97.

como el desarrollo psicosexual e historial sexual, identidad sexual, orientación sexual, afectividad y sexualidad, impulsividad o control de impulsos, búsqueda de sensaciones, parafilias, motivación sexual, factores socioculturales, experiencias con respecto a la sexualidad en la infancia y juventud, historial de parejas, si ha sido víctima de agresiones sexuales. 3) factores asociados a la agresión sexual como puede ser desarrollo sexual desviado, desarrollo moral, rasgos antisociales, abuso de sustancias, actitudes sexistas, prácticas sexuales públicas y privadas, expresión de culpa, empatía, autovictimización, contexto desestabilizador.<sup>84</sup>

Todos los factores antes mencionados pueden dar información valiosa para la formación de convencimiento en el juzgador, sobre todo cuando este examen es realizado sobre el acusado se podrá observar si el mismo presenta conductas antisociales y con este contenido relacionar con los hechos controvertidos en cada caso para emitir un informe pericial donde se establezca la intencionalidad del sujeto y la posibilidad de que el mismo sea culpable o inocente del hecho que se le imputa.

La evaluación psicológica forense, en estos casos, se basa en el estudio y análisis individual del sujeto, partiendo, claro está, de la solicitud que eleva el abogado interesado en la misma. Así, si el resultado de la evaluación arroja que la persona sujeta a examen no tiene características compatibles con las usualmente encontradas en agresores sexuales, los resultados del ejercicio pericial interesarán a la defensa para argumentar que ha sido poco probable que el procesado desplegara las conductas de abuso que se le endilgan.

De la cita revisada se puede destacar que el informe pericial psicológico a los procesados por delitos sexuales es de gran importancia ya que el juez podrá decidir con esta información la culpabilidad o no del sujeto procesado en un acto de naturaleza sexual donde no hay rastros físicos y las únicas pruebas son las pericias psicológicas, evidentemente este informe pericial se debe poner en comparación con la pericia realizada sobre la presunta víctima.

## 2.10. Riesgos del uso de la prueba pericial

Se puede distinguir dos riesgos claros del uso de la prueba pericial, sobre todo en delitos sexuales, el primero de los problemas es el uso de la prueba pericial cuando no es necesaria, se la usa de una forma inadecuada para confundir con conceptos técnicos el objeto del juicio;

---

<sup>84</sup> Id., pp. 98-102.

por otro lado, se evidencia el problema del uso de recursos, es decir, el incremento de las costas procesales tanto para las partes como para el sistema judicial en general.<sup>85</sup>

El primer problema mencionado se observa cuando se incorporan peritajes a los procesos y estos dan resultados que pretenden suplir el trabajo del juez al elaborar complejos conceptos científicos y probados desde un punto de vista de la verdad material, esto en principio no sería un problema realmente, pero hay que recordar que el sistema judicial está planteado para que el juez desde un punto de vista imparcial decida de acuerdo a las normas y la legalidad de los procesos, esto se refiere a una verdad procesal; esto en definitiva es un problema porque se está evitando el análisis jurídico propio de los procesos y se está resolviendo de acuerdo a un elemento que si bien es parte del proceso, no debe ser entendido como una decisión final, reitero, debe ser el trabajo del juez la decisión final de todo proceso. Otro problema vinculado a este es que un peritaje planteado técnicamente puede conducir a error al juez, es decir, el peritaje puede entenderse de una forma que no era lo que quería expresar el perito, es por esto la insistencia de que los peritajes deben tener conclusiones contundentes y comprensibles para los juzgadores; en el mismo sentido, se reconoce peritos que tienen la suficiente experticia para ser acreditados dentro del juicio pero pueden estar parcializados y dar conclusiones que no sean acordes a las circunstancias de los hechos, sin embargo, al ser peritos que están debidamente acreditados se confía en sus conclusiones y el juez procede a dictar sentencia en concordancia con las mismas, cayendo en error.<sup>86</sup>

El segundo problema descrito anteriormente es los costos que genera la prueba pericial al sistema judicial, cuando estos peritos están debidamente acreditados y son expertos en el área en específico; es común, dentro de las prácticas estatales, encontrarse con informes periciales que no corresponden del todo al área de la experticia que se debe probar, por ejemplo, para realizar peritajes sobre un caso de abuso sexual el perito debe enmarcar su experticia dentro de la atención psicológica a víctimas y victimarios de delitos sexuales ya que eso daría realmente el informe de un experto, no obstante muchas veces hay peritos que

---

<sup>85</sup> Duce, Mauricio. *La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina*. Buenos Aires: Didot, 2015. Pp. 43-44.

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

se dedica a la psicología en general o incluso que está especializado en otras áreas de la psicología por lo cual no es realmente un peritaje útil para el proceso. Este problema es especialmente grave en los países latinoamericanos donde los recursos del aparataje estatal tienen grandes limitaciones por lo cual no es posible cumplir con la experticia que deben tener los peritos para cada caso, por lo cual se puede llegar a utilizar peritos ‘genéricos’, lo que entorpece al sistema ya que, como se ha venido insistiendo, el perito debe tener una estricta experticia dentro del área sobre la cual está realizando un peritaje.<sup>87</sup>

---

<sup>87</sup> Ibidem.

### 3. CAPÍTULO III: VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL PSICOLÓGICA EN EL DELITO DE ABUSO SEXUAL

#### 3.1. Valoración de la prueba judicial

La prueba es un elemento trascendental en cualquier proceso judicial, del resultado que arroje la prueba con respecto a los hechos controvertidos, dependerá la decisión del juez y por lo tanto es la prueba la que determina las consecuencias jurídicas que tiene una decisión judicial. La valoración de la prueba es un trabajo exclusivo del juez y propio de la actividad jurisdiccional, en este punto debe haber un estricto análisis sobre los hechos presentados por las partes en relación a las pruebas y si el conjunto de estos dos elementos se adecúa a la norma, es decir, al ilícito penal.<sup>88</sup>

“Por valoración o apreciación de la prueba judicial se entiende la operación mental que tiene por fin conocer el mérito o valor de convicción que pueda deducirse de su contenido.”<sup>89</sup> Por lo tanto se puede deducir que la valoración de la prueba es un trabajo que se da dentro de la psiquis del juez, de ahí la insistencia de que los elementos deben ser suficientes para el convencimiento del mismo. Los medios de prueba pueden ser variados y la mayoría de veces el conjunto de todas las pruebas es lo que hace que el juez quede totalmente convencido sobre su decisión, otras veces no hace falta más que un medio probatorio para que el hecho quede claro para el juez, este es el caso que se propone en el presente trabajo donde se ha revisado que cuando no hay elementos materiales que prueben un acto de naturaleza sexual se puede recurrir a la pericia psicológica como prueba única. En la valoración de la prueba las alegaciones hechas por las partes durante todo el proceso solo servirán como puntos de vista que están alrededor de las pruebas, ya que el trabajo de valoración le pertenece únicamente al juzgador y es el responsable de dar una conclusión de la valoración que ha hecho. Dentro de la revisión de las conductas humanas el ejercicio de la valoración de la prueba es un elemento presente en la vida cotidiana de los seres humanos, es así que también existe este ejercicio dentro de otras ciencias exactas o sociales diferentes al derecho, lo que figura que

---

<sup>88</sup> Varela, Casimiro. *Valoración de la prueba*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. P. 145.

<sup>89</sup> Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1976. P. 287.

no es una actividad extraña al ser humano sino que complementa cada actividad del mismo ya que como especie siempre se necesita una conclusión valorativa que de sentido a los elementos adquiridos de las diferentes actividades que realizamos.<sup>90</sup>

La valoración de la prueba es un examen integral de todos los elementos probatorios presentados en el juicio que

(...) mediante comparaciones, evaluaciones y razonamientos que, por medio de la seria ponderación del conjunto [de pruebas], pueda extraerse por vía de la lógica, los aportes periciales técnicos o científicos, la experiencia, la psicología, el sentido común y el recto entendimiento humano, una conclusión sobre la certeza o no del hecho hipotetizado en la tesis acusatoria, en cuyo caso sobrevendrá la condena o bien si, a pesar de toda la labor desplegada en el juicio, la prueba no logra persuadir satisfactoriamente el entendimiento del juez, ya sea porque acredita la inocencia del acusado o en razón de que solo sirven para configurar un panorama nebuloso, oscuro, confuso y equívoco, el que solo deja como saldo el estado cognitivo de duda, deberá sobrevenir inexorablemente la absolución.<sup>91</sup>

Por lo que el juez está en la obligación de hacer este examen con estricto apego a las normas y teniendo en consideración todas las pruebas presentadas por las partes e incorporadas al proceso, siendo así la valoración de la prueba parte esencial en el desarrollo del juicio y por lo tanto en la decisión final que tenga el juez sobre cualquier caso.

### 3.2. Sistemas de valoración de la prueba

Los sistemas de valoración de la prueba es un tema político de la prueba judicial, han sido regulados desde tiempos muy antiguos, esto se ha hecho a través de la normativa o de la legislación; por un lado sujetan al juez a reglas abstractas preestablecidas en la ley donde se señala la conclusión a la que el juez debe llegar de acuerdo a las pruebas presentadas dentro del proceso, sistema conocido como tarifa legal; por otro lado se da al juez la facultad de que haga una valoración personal e interna de las pruebas mediante la cual, a su mejor criterio, puede llegar a la resolución del caso, sistema conocido como sana crítica o libre valoración de la prueba.<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> Ibidem.

<sup>91</sup> Jauchen, Eduardo. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006. P.651.

<sup>92</sup> Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1976. P. 84.

En la doctrina estos dos sistemas han sido aceptados como sistemas de valoración de prueba y reconocen la existencia de ellos, empero, hay autores que observan algunas precisiones dentro de estos conceptos; Sentís Melendo trae a colación las reflexiones de Couture y Chioventa, a partir de las cuales elabora la teoría de que no hay más que un sistema de valoración de la prueba que es el de la sana crítica, esto en el sentido de que si fuera la ley la que da los presupuestos para saber si una prueba es o no suficiente para construir la verdad procesal sobre un hecho entonces a este ejercicio no se le debería llamar valoración ya que no hay una real apreciación del juez sobre la prueba sino que la ley ya valora la prueba sin necesidad de que el juez lo haga, es decir, la valoración de la prueba es un ejercicio netamente humano y psíquico del juez y este ejercicio debe darse en cada caso en concreto ya que cada caso será diferente a otros por cualquier factor; por cuanto, se entiende que el sistema de tarifa legal no sería en realidad un sistema de valoración de la prueba sino que el legislador estaría haciendo el trabajo del juez.<sup>93</sup>

A continuación, se revisará con una perspectiva más clara los sistemas de valoración.

### 3.2.1. Tarifa legal

Es un sistema que se creó en el antiguo derecho romano y se refiere a que dentro de un cuerpo normativo debe estar recogido los criterios de valoración de la prueba; muchas legislaciones antiguas reconocían como criterios de tarifa legal a “las ordalías, los duelos, las pruebas de fuego, del agua hirviendo, etcétera.” que eran formas primitivas de administración de justicia. Se entiende que este tipo de sistema buscaba eliminar fallos arbitrarios o dictados por ignorancia del derecho, por lo tanto representaba una falta de confianza del Estado ante los jueces que administraban justicia.<sup>94</sup> Por otro lado, Devis Echandía comprende a la creación de este sistema como un sistema digno de elogiar dentro de los sistemas primitivos ya que permitía la uniformidad en los fallos, lo que de cierta forma hacía que las personas que estaban en el poder no se aprovecharan del mismo, es decir, este autor observa al sistema

---

<sup>93</sup> Varela, Casimiro. *Valoración de la prueba*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. P. 150-152.

<sup>94</sup> *Id.*, p. 154.

de tarifa legal como una forma de civilizar la administración de justicia y evitar los abusos de poder que eran usuales en épocas históricas.<sup>95</sup>

Devis Echandía hace una breve precisión con respecto a este sistema de valoración de la prueba que muchos autores lo llaman ‘sistema de las pruebas legales’ o ‘prueba formal’ lo cual es técnicamente incorrecto ya que todos los sistemas sean de libre valoración o de tarifa legal deben por obligación respetar los criterios de legalidad de la prueba; toda prueba sin importar dentro de que sistema de valoración esté se debe presentar de acuerdo a la ley y las formalidades que la misma requiere, es el caso de los medios probatorios, por ejemplo, no se podría presentar una prueba que no cumpla con los medios probatorios, asimismo como no se podría presentar pruebas que estén expresamente prohibidas en la ley. En consecuencia, la única forma correcta de referirse a este sistema de valoración de la prueba es el de tarifa legal.<sup>96</sup>

Hay varias ventajas que aporta este sistema de valoración de la prueba, algunas de ellas ya mencionadas anteriormente, como evitar que haya sentencias arbitrarias y suplir la ignorancia de los jueces, otros de los beneficios es la seguridad jurídica que ofrece un sistema donde ya esté preestablecido la forma de valorar las pruebas; y, por último, una de las ventajas importantes es la uniformidad de las sentencias en cuanto a la apreciación de las pruebas. No obstante, se considera que todos estas ventajas y beneficios se puede obtener sin necesidad de tener un sistema u otro de valoración de la prueba, sino que se debe obtener mediante principios y valores transversales a la práctica judicial.<sup>97</sup>

También se presentan varias desventajas de las cuales se pueden destacar tres. En primer lugar, es la mecanicidad con la que actuarían los jueces de existir este tipo de sistema, por lo cual se entiende que la decisión de un determinado proceso ya es previamente conocida, aun cuando el juez dentro de su convencimiento interno no esté de acuerdo con la misma. Como segunda deficiencia de este sistema se encuentra la posibilidad de declarar como verdad

---

<sup>95</sup> Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1976. Pp. 88-89.

<sup>96</sup> *Id.*, p. 85.

<sup>97</sup> *Id.*, p. 90.

procesal una apreciación formal, por lo cual se desviaría el objetivo de la administración de justicia que es el encontrar una verdad objetiva y mediante la definición de la misma declara como verdaderos o falsos hechos jurídicamente relevantes. Por último, y con gran similitud en el anterior problema, es la separación de la justicia con la sentencia, es decir, el hecho de reducir la justicia a una norma abstracta, cuando el derecho es una ciencia meramente social y de convivencia.<sup>98</sup>

### 3.2.2. Sana crítica

Históricamente el concepto de sana crítica no es muy antiguo, dentro de la doctrina se reconoce que el origen del la sana crítica como concepto se observa en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España en 1855. Es un sistema que, en oposición al sistema de tarifa legal, permite que el juez de acuerdo con su razonamiento valore la prueba presentada en el proceso. Couture ha sabido subdividir este sistema en dos, teniendo por un lado la sana crítica propiamente dicha y por otro el sistema de libre convicción, este último se refiere a que el juez no se apoya necesariamente en las pruebas aportadas al proceso ni tampoco en información que pueda ser fiscalizada por las partes. No obstante, Devis Echandía critica esta diferenciación haciendo hincapié a que únicamente existen dos sistemas y es imposible la derivación de otro sistema extra, criterio con el que está de acuerdo la mayoría de la doctrina.<sup>99</sup> Según parte de la doctrina “la valoración de la prueba consiste en el examen razonado y crítico de los hechos incorporados válidamente a la causa, a fin de establecer la verdad real del contenido de la imputación conforme a las reglas de la sana crítica.”<sup>100</sup> De lo que se puede determinar que actualmente el sistema de tarifa legal ya no figura dentro de la valoración de la prueba.

Ahora bien, no se ha determinado un concepto claro sobre este sistema ya que se ha dicho por algunos autores que es un ejercicio lógico y psicológico que realiza el juez frente a las pruebas mientras que otros establecen que es un ejercicio que se realiza de acuerdo a la legislación y que por lo tanto se deben observar las pruebas a la luz de las normas vigentes

---

<sup>98</sup> Varela, Casimiro. *Valoración de la prueba*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. P. 155-156.

<sup>99</sup> Id., p. 156.

<sup>100</sup> Ábalos, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Cuyo: Santiago de Chile, 1993. P. 396.

para poder concluir con una decisión con respecto a las mismas. No se puede decir que ninguno de estos criterios está errado, sino que se complementan ya que

El criterio valorativo debe estar basado (...) en un juicio lógico, en la experiencia y en los hechos sometidos a juzgamiento, y no debe derivar sólo de elementos psicológicos desvinculados de la situación fáctica. Al mismo tiempo requiere de la libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de la experiencia que, según el criterio del juez, sean aplicables al caso.<sup>101</sup>

Por lo cual se puede deducir que, aunque haya reglas mínimas de valoración de la prueba, en el sistema de sana crítica lo que se busca es la valoración de la prueba por medio de criterios racionales aportados por “la lógica, la psicología y la experiencia que, tomados en conjunto, constituyen medios adecuados para formar convicción personal sobre determinados hechos”<sup>102</sup>

De acuerdo a Devis Echandía las principales críticas que se pueden hacer al sistema de la sana crítica es justamente lo contrario a las ventajas del sistema de tarifa legal, esto es, que se pueden dar arbitrariedades y por lo tanto no se tiene una seguridad sobre lo que decide el juez sea en derecho, no hay una seguridad probatoria. Estas críticas se dan básicamente con respecto a la sana crítica aplicada por el sistema de jurados, que son individuos que deciden sin tener conocimiento en derecho, solo se dejan llevar por las alegaciones de las partes y por cual de ellas les convence más, sin embargo, cuando se habla de un juez profesional en derecho y con la debida experiencia esta crítica no se sustenta ya que se presume que el juez debe resolver de acuerdo al derecho y orientado en los principios que deben tener los jueces. En consecuencia, Devis Echandía, dice que “estos principios y ese criterio se subentienden, pues, como hemos explicado, la libre apreciación no es la valoración arbitraria e incontrolada” para finalmente concluir diciendo que no hay más posibilidades de sentencias arbitrarias ni incertidumbre probatoria en los sistemas de libre valoración que en los de tarifa legal.<sup>103</sup>

---

<sup>101</sup> Id., p. 158.

<sup>102</sup> Id., p. 180.

<sup>103</sup> Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1976. Pp. 104-105.

Respecto a la valoración de la prueba dentro de los procesos penales en el Ecuador, se puede revisar que dentro del artículo 457 del Código Orgánico Integral Penal se encuentra los criterios de valoración de la prueba de esta forma:

Art. 457.- Criterios de valoración. - 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.<sup>104</sup>

Con esta única consideración que se tiene con respecto a la valoración de la prueba dentro de proceso penal se puede determinar que en el Ecuador se maneja el sistema de sana crítica, vale recordar en este punto que se dijo anteriormente que no pueden existir sistemas mixtos. En el artículo revisado se denota que únicamente se dan criterios básicos con los cuales el juez deberá valorar la prueba, fuera de estas bases el juez deberá aplicar la sana crítica para llegar a una resolución que concuerde con las pruebas presentadas.

Como comentario adicional, pero de gran importancia, es necesario mencionar que los sistemas de tarifa legal ya son obsoletos y la gran mayoría de legislaciones que han actualizado sus leyes al menos durante los últimos 30 años ya no usan sistemas de tarifa legal.<sup>105</sup>

### 3.3. Valoración de la prueba pericial

En el capítulo anterior ya se ha revisado todos los conceptos relacionados con peritajes y peritos; en este punto es necesario analizar qué validez tendrán los peritajes psicológicos propuestos en el presente trabajo, como elementos de convicción en los delitos de abuso sexual donde no haya rastro físico ni otro elemento que pueda servir como prueba. Dentro de la valoración de los peritajes se debe considerar que el peritaje se “trata de un medio

---

<sup>104</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 457. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>105</sup> Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II. Buenos Aires: Víctor P. de Zavallía, 1976. P, 347

probatorio indirecto, histórico, ya que los datos que proporciona son mediatos y representativos con relación a los hechos a probar.”<sup>106</sup>

La doctrina sigue que el sistema de la sana crítica hace que los peritajes sean más útiles para la construcción de la justicia ya que en estos casos el juez puede decidir sobre la validez, existencia y eficacia probatoria, en los sistemas en los que rige la tarifa legal únicamente suelen indicar que por medio de un número determinado de peritajes que concuerden ya se tiene por cierto el hecho con la declaración del juez de que esos dictámenes constituyen prueba plena.

### 3.4. Validez del examen pericial psicológico y sus reglas de valoración

Para que el examen pericial psicológico sea válido se debe tomar en cuenta tres aspectos principalmente, el primero de ellos es tomar en cuenta que la pericia es un acto procesal y como tal debe respetar las reglas establecidas en la ley y cumplir con el debido proceso, en este sentido, cualquier examen que sea extraprocesal no será válidos dentro del proceso judicial y a lo mucho se podrá tomar a aquellos peritos como testigos, lo cual no es óptimo. En segundo lugar, el examen pericial debe ser ordenada por un juez, en este sentido se expresa que los puntos a determinar por medio de la pericia deben ser emitidos por el juez, por lo cual los peritos no deberían salirse de los límites del objeto de la pericia. Por último, el perito debe ejercer el peritaje de forma personal sin la posibilidad de delegar el peritaje a otras personas. Adicionalmente, el perito debe referirse exclusivamente a hechos mas no a cuestiones jurídicas que son propias del trabajo del juez.<sup>107</sup>

Dentro del Código Orgánico Integral Penal se observan algunas reglas generales para que los peritos actúen dentro de los procesos y por lo tanto que los informes periciales emitidos por los mismos sean válidos. Estas reglas se las expresa de la siguiente forma:

Art. 511.- Reglas generales. - Las y los peritos deberán:

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.

---

<sup>106</sup> Varela, Casimiro. *Valoración de la prueba*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. P. 294.

<sup>107</sup> Id., p. 296.

2. Desempeñar su función de manera obligatoria, para lo cual la o el perito será designado y notificado con el cargo.
3. La persona designada deberá excusarse si se halla en alguna de las causales establecidas en este Código para las o los juzgadores.
4. Las o los peritos no podrán ser recusados, sin embargo el informe no tendrá valor alguno si el perito que lo presenta, tiene motivo de inhabilidad o excusa, debidamente comprobada.
5. Presentar dentro del plazo señalado sus informes, aclarar o ampliar los mismos a pedido de los sujetos procesales.
6. El informe pericial deberá contener como mínimo el lugar y fecha de realización del peritaje, identificación del perito, descripción y estado de la persona u objeto peritado, la técnica utilizada, la fundamentación científica, ilustraciones gráficas cuando corresponda, las conclusiones y la firma.
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. (...) <sup>108</sup>

Algunas de estas reglas ya fueron expuestas en el capítulo dos, sin embargo, es importante revisar el cuerpo normativo que las contiene dentro del Ecuador para comprender que sin el cumplimiento de estas reglas cualquier peritaje queda sin valor procesal y por lo tanto no cumple con su objetivo.

Ahora bien, dentro de los peritajes psicológicos realizados tanto a víctimas como a victimarios del delito de abuso sexual que no han dejado un rastro físico, se debe tener en cuenta que la descripción del estado de la persona no se refiere a un elemento físico sino de carácter psicológico y es menester indicar en el examen que se realce debe constar el tiempo que ha pasado desde que sucedió el supuesto acto delictivo con sus circunstancias ya que serán datos trascendentales al momento de la valoración de la prueba. Esto concuerda con las reglas anteriormente mencionadas donde se expresa que el peritaje debe ser elaborado de acuerdo a lo que el juzgador ordene, por lo tanto, en el momento de la valoración del peritaje debe tomarse en cuenta si el informe coincide con la solicitud hecha por el juzgador, en el caso de extralimitarse al objeto de la pericia se puede valorar como una prueba que no es óptima y por lo tanto hay duda sobre la misma. <sup>109</sup>

En el mismo sentido, la valoración que se haga al informe pericial debe ser completa, es decir, el juez no puede acogerse únicamente a las conclusiones elaboradas por el perito, sino

---

<sup>108</sup> Código Orgánico Integral Penal. Artículo 511. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.

<sup>109</sup> Jauchen, Eduardo. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006. P. 437.

que es necesario un análisis crítico sobre todo el examen pericial por lo que debe valorar también la calidad técnica y científica del peritaje y qué metodologías utilizó el perito para lograr llegar a las conclusiones que se está presentando dentro de dicho peritaje. En consecuencia, el perito deberá igualmente presentar informes que puedan ser entendidos por el juzgador considerando que es un profesional del derecho y desconoce el área sobre la cual está tratando el informe.<sup>110</sup>

En todos los casos el juez deberá decidir si el informe pericial genera convicción, en este punto es importante destacar que en los delitos de abuso sexual estas pruebas se sostienen a las reglas generales de la sana crítica, por lo que el informe pericial y lo que en él se exprese no es de ninguna manera vinculante para el juez, éste puede apartarse de las conclusiones del perito. No obstante, su apartamiento de las conclusiones debe responder a fundamentos objetivamente demostrables, es decir, que las conclusiones presentadas en el informe pericial se alejan de los principios de la lógica y la razonabilidad con respecto a los hechos controvertidos en el caso. Por otro lado, si el perito se limita a dar conclusiones sin la explicación de los métodos y técnicas que lo llevaron a esa conclusión o si las explicaciones son contradictorias o poco entendibles, el examen pericial carecería de eficacia probatoria.<sup>111</sup>

Una vez analizado los elementos para que el examen pericial psicológico tenga validez se procederá a comprender sus principales reglas de valoración, estas son: 1) que se medio conducente para investigar el hecho a probar; 2) que posea fundamento suficiente; 3) que contenga conclusiones claras; 4) que no existan otras pruebas que le resten eficacia; 5) que no se vulnere el derecho a la defensa de la parte perjudicada por el dictamen; 6) que los peritos expidan dentro de su cometido.

En primer lugar, entonces, se dice que el juez debe tener en cuenta que sea un medio conducente para probar el hecho, aunque se sabe que la peritación es un medio conducente por su naturaleza, podría haber pericias inconducentes, por ejemplo, una pericia que pruebe un hecho que no es controvertido. Segundo, se revisa que posea un fundamento suficiente, esto significa que el examen debe cumplir con los supuestos establecidos en la ley como fundamentos mínimos ya que sin esto el informe pericial se convertiría en una mera opinión

---

<sup>110</sup> Id., p. 436-437.

<sup>111</sup> Varela, Casimiro. *Valoración de la prueba*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. P. 299.

del perito. Como un tercer punto, se observa que contenga conclusiones claras, esto es, que las conclusiones sean convincentes con respecto a los hechos discutidos en cada caso en particular y que sean concordantes con el informe y con el conocimiento popular “ya que si se contrarían máximas de experiencia o el orden natural de las cosas, procede descartar el elemento probatorio que padezca tales deficiencias.” Como cuarta regla se encuentra que no existan otras pruebas que resten eficacia; como se ha dicho, estas son reglas que deben considerar los jueces al momento de valorar las pruebas, por cuanto, si existen otras pruebas que generen duda sobre el peritaje realizado, este puede quedar sin efecto dentro del proceso. En un quinto punto se encuentra que no se vulnere el derecho a la defensa, en el presente trabajo esto es un punto clave ya que como se ha mencionado anteriormente, en la práctica de los peritajes psicológicos solo se realizan a la víctima o desde una perspectiva que solo favorece a la víctima lo cual vulnera el derecho a la defensa y crea duda suficiente sobre esta prueba, deja de ser convincente para el juzgador. Por último se dice que los peritos elaboren su informe con respecto a su área de experticia; este es otro punto que se ha venido insistiendo dentro del presente trabajo ya que se ha evidenciado de la previsión de casos que muchas veces el Estado no cuenta con peritos calificados exclusivamente en delitos sexuales, por lo tanto hacen este tipo de peritajes psicólogos generales que, aunque estén dentro de su rama, no son expertos en el tema en específico y por lo tanto no podrían emitir conclusiones sobre un tema que no conozcan a profundidad.<sup>112</sup>

### 3.5. Facultad para apartarse del informe pericial

Como ya se ha venido advirtiendo, el informe pericial, en los sistemas de sana crítica no son vinculantes para el juez, de lo cual se puede deducir que el mismo se podrá apartar del informe pericial siempre y cuando se respeten los principios y reglas de la valoración de las pruebas. Es necesario comprender que la facultad que la ley otorga al juez con respecto a la sana crítica no es arbitrariamente discrecional por lo que sus decisiones deben responder a criterios lógicos, por lo tanto, si no se evidencian motivos para alejarse del informe pericial, no sería lícita la actuación del juez al apartarse sin la debida justificación, se puede decir, entonces, que “el juez puede apartarse del dictamen de los expertos, no está encadenado a

---

<sup>112</sup> Id., p. 300-302.

sus opiniones pero, al hacerlo, debe fundamentar las razones por las cuales desoye a los técnicos del legajo.”<sup>113</sup>

---

<sup>113</sup> Báez, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Cathedra Jurídica: Buenos Aires, 2010. P.205.

#### 4. CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- La tipicidad del delito de abuso sexual es de gran importancia ya que hay muchas acciones que se cometen bajo la conducta tipificada en este delito, no obstante, durante muchos años estas conductas fueron inobservadas por la sociedad ya que no era un delito que generaba gran conmoción social, empezando así a tipificarlo primero con un sujeto pasivo calificado que eran los menores de edad o personas con discapacidades físicas o mentales. Hoy en día, de acuerdo a la legislación ecuatoriana, cualquier persona puede ser víctima del delito de abuso sexual, manteniendo dos sujetos pasivos calificados dentro del mismo que agravan la pena. Se considera a la tipificación de este delito como una evolución dentro de la ley penal ya que protege con más amplitud el derecho a la libertad sexual.
- De acuerdo a lo revisado dentro del presente trabajo, se denota que el concepto de ‘actos de naturaleza sexual’ es un gran problema dentro del juzgamiento de estos delitos ya que deja un tipo penal abierto donde el núcleo de la conducta está indeterminado, por lo cual no se especifica qué acciones entran dentro de este concepto. Habitualmente se ha aceptado como actos de naturaleza sexual los actos que contengan un carácter libidinoso o que estén direccionados a afectar los derechos sobre la libertad sexual de un individuo, sin embargo, no hay jurisprudencia ni leyes complementarias que refuercen la valoración de este concepto por lo cual se vulnera el principio de legalidad, que es un principio transversal en el derecho penal en general. Por último, se presenta un problema de carácter psicológico y cultural ya que la valoración de un acto de naturaleza sexual como tal, puede depender de la apreciación o percepción de cada individuo de acuerdo a factores intrínsecos de su psiquis o extrínsecos incorporados a su cultura, por cuanto no hay una verdadera definición sobre este término.
- Para que la prueba sea válida y no se vulneren los derechos al debido proceso es necesario actuar de acuerdo a los principios estudiados, de forma que se presenten en juicio únicamente pruebas que se sometán estrictamente a los principios probatorios contenidos en la Ley. En concordancia al análisis del presente trabajo se destacan los

principios de libertad probatoria y de contradicción; el primero de ellos debido a que dentro de la ley penal no hay una prohibición de usar pericias psicológicas o de juzgar únicamente con estas pruebas como elementos de convicción suficientes para la determinación, o no, de un delito, en el mismo sentido se acepta la pericia como un medio de prueba. El principio de contradicción refuerza la necesidad de que se presenten peritajes psicológicos integrales, esto es, peritajes que abarquen el punto de vista de la víctima, del victimario y de cualquier sujeto que intervenga en el proceso introduciendo pruebas directas o indirecta para poder así lograr una reconstrucción más completa del hecho y que no se vulneren derechos de las partes.

- De los casos revisados, tramitados en la Unidad de Delitos Flagrantes de Pichincha, se puede concluir que se han estandarizado los elementos de convicción que se presentan ante los juzgadores, de forma que no hay una verdadera revisión de los casos en específico ni de los actos que se dieron dentro de los mismos. El problema realmente no es la creación de un estándar de prueba, sino que el modelo probatorio que está empleando Fiscalía vulnera derechos de los acusados ya que se revisa únicamente el estado psicológico de la víctima y no se profundiza en el estado del procesado; no hay un trato igual y por lo tanto se vulnera la presunción de inocencia del procesado.
- La pericia es un medio probatorio legalmente aceptado y que es efectivo para dar información útil al juez sobre cada caso en específico. Debe ser practicada por personas con suficiente experticia sobre el área que se va a evaluar y debe ser valorada por el juez de acuerdo a las reglas de la sana crítica; la pericia debe venir acompañada necesariamente de un informe pericial donde se detalle con simplicidad los resultados de la misma, de forma que el juez y los abogados tanto de fiscalía como de la defensa puedan entenderlo, en el mismo sentido, para que sea completa la práctica de esta prueba, debe presentarse el perito a exponer su informe ante el juzgador y estar listo para examen y contraexamen que podrán hacer las partes para reforzar u objetar el contenido de su pericia.
- El uso de la pericia como medio probatorio se ha convertido en algo habitual dentro de los tribunales de justicia, no obstante, no todas las pericias son útiles y hay mucho

uso indebido de este medio probatorio. La justificación de una pericia debe estar debidamente fundamentada, es decir, los hechos que se analicen en la misma deben ser en su totalidad o en parte hechos controvertidos dentro del proceso penal ya que de otra forma no cumple con su finalidad que es dar información útil al juez. La pericia no puede recaer sobre cuestiones legales o emitir opiniones de cómo debe fallar el juez ya que al aceptar una pericia con estos criterios se permite al perito hacer el trabajo del juez que es emitir criterio sobre el fondo del asunto; hay que recordar que la facultad de decidir sobre un caso la tiene únicamente el juez ya que es un facultad otorgada por el Estado dentro de la actividad jurisdiccional.

- El examen psicológico ayuda a analizar varios aspectos de los sujetos intervinientes en un proceso penal, es de gran ayuda en el juzgamiento de delitos sexuales donde no hay más rastro que el testimonio del sujeto pasivo, en estos casos el peritaje psicológico puede ser usado como prueba. Como se ha mencionado, el peritaje debe ser integral, esto es, debe ser realizado sobre la presunta víctima y sobre el sujeto procesado ya que de otra forma se obtiene un resultado parcializado que no corresponde con los principios de justicia; otro punto importante es que cubra todos los aspectos necesarios para generar convencimiento en el juez. Es menester que el examen sea realizado por un experto en el tema de delitos sexuales ya que de otra forma pueden presentarse muchos factores que minimicen la confianza del perito y del peritaje en general, o que este peritaje no genere el convencimiento suficiente para la decisión del juez.
- El peritaje psicológico es una prueba indirecta ya que no es el perito el que percibió por medio de sus sentidos los hechos controvertidos sino que él estudia la apreciación de la víctima o de un tercero por medio de sus sentidos, no obstante, el juez si percibe directamente por medio de sus sentidos las declaraciones del perito en juicio y puede ponerlo a prueba de cualquier forma que crea oportuna para conocer si el perito es imparcial, idóneo y si el peritaje que ha hecho ha sido completo, además por este medio podría obtener más información que le sea útil para el entendimiento de los hechos suscitados en un determinado caso

- Del estudio de la valoración de las pruebas en el sistema ecuatoriano se puede concluir que al tener un sistema de sana crítica no es necesario presentar una cantidad de pruebas o unas pruebas exactas, sino que la calidad de las pruebas y el convencimiento que estas generen será suficiente para que el juzgador pueda decidir. El peritaje psicológico debe ser valorado de acuerdo a las reglas de la sana crítica que en realidad más que reglas son principios de carácter general que expresan que la valoración debe darse dentro del rango de razonabilidad y en concordancia con las leyes que rijan el proceso penal, de otra forma la valoración sería una actuación ilegítima por parte del juzgador.
- Las recomendaciones en concreto que se puede dar después de analizado y estudiado el tema del presente trabajo son las siguientes: 1) En los actos de naturaleza sexual que no dejan rastro dentro del delito de abuso sexual, se debe usar el peritaje psicológico debidamente incorporado y con el debido respeto a los derechos de las presuntas víctimas y procesados; 2) Es necesario que los jueces admitan como medio probatorio el peritaje únicamente cuando su práctica vaya a aportar dentro del procedimiento, no todo peritaje está justificado sino solo los que cumplen con la finalidad de la prueba, propiamente expresada en la Ley penal; 3) La sana crítica otorga al juez la facultad de juzgar de acuerdo al convencimiento que genere las pruebas presentadas en juicio, por cuanto no es necesario hacer una gran recopilación de pruebas para poder juzgar sino que con una prueba convincente es suficiente para poder elaborar una correcta motivación en las decisiones.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ábalos, Raúl. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Ediciones Jurídicas Cuyo: Santiago de Chile, 1993.
- Andrade Castillo, Xavier. *La imputabilidad o inimputabilidad del psicópata en el derecho penal ecuatoriano*. Quito: Editorial Iuris Dictio, 2015.
- Anton Mittermaier, Karl. *Tratado de la Prueba en Materia Criminal*. Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2011.
- Báez, Julio. *Derecho Procesal Penal*. Cathedra Jurídica: Buenos Aires, 2010.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Editorial Temis: Bogotá, 2013.
- Bentham, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Vol. 1. Editorial jurídica universitaria: México, 2002.
- Cafferata Nores, José. *La prueba en el proceso penal*. Editorial Depalma: Buenos Aires, 1986.
- Clariá Olmedo, Jorge. *Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores: Buenos Aires, 2008.
- Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014.
- Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. Causa No. 1307-2012, de 01 de agosto de 2013.
- Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Penal. Juicio penal No. 353-06, de 21 de noviembre de 2008.
- Creus, Carlos; Buompadre, Jorge. *Derecho penal*. 7ma edición. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2007.

- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1976.
- Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalía, 1976.
- Díaz de León, Marco. *Código Penal Federal con comentarios*. Editorial Porrúa, México. 1994.
- Donna, Edgardo. *Delitos contra la integridad sexual*. Segunda edición. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 2002.
- Duce, Mauricio. *La prueba pericial en los sistemas procesales penales acusatorios en América Latina*. Buenos Aires: Didot, 2015.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos Fundamentales y Garantismo*. Editorial Jurídica Cevallos: Quito, 2015.
- Florián, Eugenio. *De las Pruebas Penales*. Tomo I. Editorial Temis: Bogotá, 1998.
- Florián, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tomo II. Editorial Temis: Bogotá, 1998.
- Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal Introducción y Parte General*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 1998.
- Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal Parte Especial*. Decimocuarta edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995.
- García Valencia, Jesús. *Las pruebas en el proceso penal. Parte General*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Medellín, 2002.
- Gómez Tagle López, Erick, & Juárez Ríos, Estefany. (2014). Criminología sexual. Revista IUS, 8(34), 141-165. Recuperado en 09 de septiembre de 2019, de [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-21472014000200009&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472014000200009&lng=es&tlng=es).
- Guerrero, Walter. *La prueba en material penal*. Editorial Universitaria: Quito, 1982.

- Hoyos Botero, Consuelo. *Manual de Psicología Jurídica*. Medellín: Señal Editora, 1999.
- Ibáñez Peinado, José. *Psicología e investigación criminal. La delincuencia especial*. Madrid: Editorial Dykinson, 2013.
- Jauchen, Eduardo. *Tratado de la Prueba en Materia Penal*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- Ley 100. Código de la Niñez y Adolescencia. Registro Oficial No. 737 de 03 de enero de 2003.
- Ley No. 53, publicada en Registro Oficial Suplemento 350 de 06 de septiembre del 2006.
- Maffioletti Francisco y Salinas María Isabel. *Estrategias de Evaluación Pericial en Abuso Sexual Infantil*. Chile: Gobierno de Chile, 2005. Obtenido el 15 de octubre de 2019 de:  
[https://www.researchgate.net/publication/312040344\\_Manual\\_para\\_la\\_Evaluacion\\_Pericial\\_del\\_Abuso\\_Sexual\\_Infantil](https://www.researchgate.net/publication/312040344_Manual_para_la_Evaluacion_Pericial_del_Abuso_Sexual_Infantil).
- Martínez Rudas, M., Baena Valencia, S., Crissien, T., Pérez García, I., & Santolaya Prego de Oliver, J. (2018). Sentencia judicial, delito sexual y pericial psicológica: enfoque transcultural. *Universitas Psychologica*, 17(2) Recuperado el 08 de octubre de 2019 de: <http://www.scielo.org.co/pdf/rups/v17n2/1657-9267-rups-17-02-00165.pdf>.
- Miranda Vázquez, Carlos (Coordinador). *Probática Penal. 1. La prueba de los delitos contra la Administración de Justicia*. Wolters Kluwer España: Madrid, 2012.
- Moreno Cora, Silvestre. *Tratado de las pruebas civiles y penales. Vol. 4*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.
- Nisimblat, Nattan. *Derecho Probatorio: Introducción a los medios de prueba en particular*. Ediciones Doctrina y Ley LTDA.: Bogotá, 2014.
- Pérez Pinzón, Álvaro. *Los principios generales del proceso penal*. Editorial Temis: Bogotá, 2015.

Tapias Ángela. *Psicología Forense: casos y modelos de pericias para América Central y Sur*. Bogotá: Ediciones de la U, 2017.

Tirado Hernández, Jorge. *Curso de pruebas judiciales. Parte General*. Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley LTDA: Bogotá.

Unidad Judicial de Violencia Contra la Mujer en Infracciones Flagrantes con sede en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha. Causa No. 17284-2018-00397. Sentencia de 09 de enero de 2019.

Vaca Andrade, Ricardo. *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano Según el Código Orgánico Integral Penal, Tomo II*. Ediciones Legales: Quito, 2015.

Varela, Casimiro. *Valoración de la prueba*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

Zambrano, Alfonso. *La prueba ilícita*. Corporación de Estudios y Publicaciones: Quito, 2009.