

El proceso probatorio en los delitos sexuales en Ecuador

The evidentiary process in sexual crimes in Ecuador

Nancy Elizabeth Pesántez Márquez¹

Resumen

Las complejidades del proceso probatorio en delitos sexuales constituyen uno de los tópicos más debatidos en la actualidad jurídica ecuatoriana, dadas las reiteradas denuncias que se formulan por violación y otros abusos sexuales, en las que se requiere una investigación de calidad, aportación y práctica de pruebas a través de las cuales deba el juzgador formar convicción acerca de la ocurrencia del hecho y de la responsabilidad en él, de alguna o algunas personas. Generalmente, en la práctica judicial los asuntos son trasladados ante los jueces con la mínima actividad probatoria, en la que se incluye el testimonio de la víctima y el examen psicológico de los peritos, con lo cual se han dictado fallos que, si bien podrían estar evitando la impunidad de los delitos sexuales; de otra parte, causan preocupación a la comunidad jurídica y a la sociedad por la grave consecuencia que trae consigo una sentencia condenatoria por delito sexual. El objetivo del presente estudio estuvo dirigido a evaluar elementos fundamentales que deben tenerse en cuenta en el proceso probatorio en los delitos sexuales, dejar expuestas sus principales controversias, así como destacar la necesidad de elevar el nivel profesional de los jueces y personas que rinden informes sobre peritaje psicológico. Se utilizaron métodos teóricos de investigación jurídica y se consultó bibliografía actualizada. Los principales resultados indican la

¹ Abogada de Los Juzgados y Tribunales de la República por la Universidad Técnica de Machala. Magíster en Derechos Humanos y Justicia Constitucional por la Universidad de Guayaquil. Magister en Derecho Penal por la Universidad Andina Simón Bolívar. Estudios de Especialidad en Derecho Probatorio en la Universidad de Salamanca. Ayudante Judicial (Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial De Justicia De El Oro). Agente Fiscal de la Unidad de Violencia De Género de la Fiscalía General del Ecuador. E-Mail: elizabethpesantez@hotmail.com ORCID <https://orcid.org/0009-0008-0121-9334>



necesidad de especialización de los peritos y de superación de los jueces en el ámbito de la psicología y valoración probatoria.

Palabras clave: delitos sexuales, valoración de pruebas, peritaje psicológico, verdad

Abstract

The complexities of the evidentiary process in sexual crimes constitute one of the most debated topics in current Ecuadorian law, given the repeated complaints made for rape and other sexual abuses, in which quality investigation, contribution and practice of evidence are required. through which the judge must form a conviction about the occurrence of the event and the responsibility for it, of one or some people. Generally, in judicial practice, matters are brought before judges with minimal evidentiary activity, which includes the testimony of the victim and the psychological examination of experts, with which rulings have been issued that, although they could be avoiding impunity for sexual crimes; On the other hand, they cause concern to the legal community and society due to the serious consequences that come with a conviction for a sexual crime. The objective of this study was aimed at evaluating fundamental elements that must be taken into account in the evidentiary process in sexual crimes, exposing its main controversies, as well as highlighting the need to raise the professional level of judges and people who render reports on psychological expertise. Theoretical legal research methods were used and updated bibliography was consulted. The main results indicate the need for specialization of experts and improvement of judges in the field of psychology and evidentiary assessment.

Keywords: sexual crimes, assessment of evidence, psychological expertise, truth

Introducción

Uno de los debates más sostenidos en los tiempos modernos en el ámbito de la aplicación del Derecho Penal ecuatoriano es el relacionado con la prueba en los delitos sexuales. La

controversia radica, fundamentalmente, en aspectos derivados acerca de la verdad sobre la violencia psicológica o la intimidación empleada por el agresor sobre la víctima para sostener relaciones sexuales, o la veracidad o credibilidad en el testimonio de los niños, niñas y adolescentes presumiblemente víctimas de abusos sexuales de cualquier tipo. De modo muy similar a lo que acontece con la violencia psicológica en los delitos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, en los delitos sexuales se provocan polémicas acerca de la calidad de la prueba testimonial y de la pericial psicológica, entre otros aspectos en los cuales se precisa investigar cada vez con mayor énfasis.

Si bien existen tendencias que defienden la no revictimización en los asuntos derivados de delitos sexuales, también se producen fuertes cuestionamientos y críticas que señalan como inconsistentes sentencias que centran la decisión en el testimonio anticipado de la víctima y un dictamen psicológico emitido por personas que, en ocasiones, no son especialistas o que, aun siéndolo, no resultan imparciales a la hora de realizar el peritaje. Aun cuando se entiende razonable que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Angulo Lozada vs. Bolivia* en el párrafo 105 haya señalado la necesidad de mantener el acompañamiento del mismo profesional que atienda al niño, niña y adolescente durante todo el proceso penal, el perito actuante, en todo caso, debe intervenir con total imparcialidad y deberá ser un “profesional específicamente capacitado en atención a la víctima y con perspectiva de género y niñez.” (CIDH, 2022)

El proceso probatorio en delitos sexuales puede convertirse en un asunto extremadamente complejo dado lo endeble que resulta sostener una acusación o dictar una sentencia condenatoria, casi siempre representativa de un largo período de privación de libertad, basado esencialmente en la declaración de un testigo y un informe pericial psicológico. La polémica entre los abogados,

fiscales, sociólogos, defensores de la mujer o de la niñez o adolescencia y otros miembros de la sociedad se genera a partir de la necesidad de evitar la impunidad en los delitos sexuales, de una parte y, de otra, que existan suficientes elementos de convicción acerca de la ocurrencia del hecho y participación en él, de alguna o algunas personas.

En el plano jurídico procesal y sustantivo, todo esto pasa por un conjunto de actos que se inician desde el momento mismo de la ocurrencia de los hechos hasta el dictado de la sentencia. El proceso probatorio implica la obtención de los elementos de prueba, lo cual incluye un período de acumulación o indagación de los hechos denunciados o conocidos por cualquier medio, pasando por la aportación de las pruebas, la práctica y apreciación que realizan los jueces, la valoración y la motivación que, finalmente, debe realizarse en la sentencia. En un sistema verdaderamente garantista como el regulado en el Ecuador, el deber ser del proceso penal debe siempre permitir la revisión y el control jurisdiccional de la prueba, sea en apelación, casación o revisión.

Ecuador acoge un sistema acusatorio de enjuiciar en su legislación, particular que ofrece la posibilidad de que se imparta una justicia de calidad, en tanto las pruebas se practican ante los jueces, en juicio oral, sin embargo, la mayor confiabilidad y seguridad de que las decisiones judiciales sean acertadas exige una alta profesionalidad de los peritos y jueces y una confianza en que los testimonios de las víctimas y testigos no hayan sido manipulados o tergiversados para inculpar a una persona inocente. Sobre estos particulares recaen un sinnúmero de interrogantes y factores de influencia que van desde la cultura, la ética, la educación, la formación profesional hasta la intención de causar daño a otros.

Aun cuando la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en el Juicio Penal por delito de Violación No. 1158- 2013 citando a Miranda Estampares (1997) considera suficiente para la

condena en delitos sexuales una mínima actividad probatoria, es importante que, en todo caso en que se declare desvirtuada la inocencia de una persona, conste en las actuaciones una consistencia probatoria que no deje dudas de su culpabilidad. Es, en este análisis que se considera trascendental la pericia de valoración psicológica a la víctima, la que debe traerse al proceso con la calidad requerida, previo el cumplimiento de los procedimientos adecuados y exigiendo que los peritos cuenten con la calificación, los conocimientos o la experiencia requerida para que puedan brindar un informe objetivo y científico. La pericia psicológica debe contrastarse con otras pruebas y si resulta necesario ordenar que otros especialistas o un equipo de ellos dictaminen sobre el mismo asunto, pues si bien es importante no revictimizar a la víctima también lo es, no condenar a un inocente.

La oralidad continúa siendo en el proceso penal acusatorio moderno la opción más aceptada para que los jueces puedan evaluar de manera directa, inmediata y sin intermediarios las pruebas propuestas y su suficiencia para formar convicción. En tal sentido y, sin el propósito de establecer reglas absolutas, en el presente estudio se tiene como objetivos evaluar los elementos fundamentales que deben tenerse en cuenta en el proceso probatorio en los delitos sexuales, dejar expuestas sus principales controversias, así como destacar la necesidad de elevar el nivel profesional de los jueces para la valoración del dictamen pericial psicológico y, de los peritos para emitirlo y rendirlo ante las salas juzgadoras.

A través de un estudio basado en fuentes documentales y bibliográficas y siguiendo las pautas de la metodología de la investigación jurídica, se realiza el análisis exegético de las normas relativas a los delitos sexuales en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador (COIP) y de aquellas que rigen la prueba en materia procesal penal. El método teórico jurídico permitió consultar los criterios de autores de reconocido prestigio en el área que ha sido objeto de estudio

y a través de la síntesis se pudieron establecer las conclusiones, que además constituyen un punto de partida para otros estudios.

Desarrollo

Delitos sexuales y sus dificultades probatorias

Aunque la sexualidad históricamente se ha relacionado con un conjunto de comportamientos de disfrute y placer, lo cual implicaría que, si se realiza entre dos o más personas, estas estarían actuando de forma voluntaria o consentida, no siempre ocurre de esta manera, pues en muchos casos existen personas que se aprovechan de la falta de capacidad o de voluntad para decidir de otros o utilizan mecanismos para obligar o forzar a otros a realizar actos para satisfacer sus instintos sexuales. Esto ha traído consigo que los Estados hayan tipificado y sancionado las conductas que vulneran la libertad, integridad e indemnidad sexual.

La libertad sexual es entendida en el ámbito penal como el derecho que tiene toda persona de decidir con quien desea sostener relaciones sexuales, es decir, su autonomía para disponer sobre su cuerpo. En tales casos, la persona posee un desarrollo evolutivo y una capacidad completa para aceptar o no una propuesta relativa a la sexualidad. Cuando otra persona mediante la agresión, violencia, coacción o amenaza consigue tener relaciones sexuales o acosa o perturba a otra con actos sexuales pues está afectando su libertad sexual. La indemnidad sexual conforme a la doctrina y a la regulación ecuatoriana incluye los actos sexuales lesivos a los menores de edad y personas con discapacidad, pues estas no tienen capacidad suficiente para decidir sobre relaciones sexuales y, en tal sentido, no puede hablarse de libertad sexual sino de indemnidad sexual.

Muñoz Conde (2019) señala que lo que se pretende en el caso del menor, es proteger su libertad futura o, mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que

cuando sea adulto decida con libertad su comportamiento sexual y en el caso de la persona con discapacidad, se intenta evitar que sea utilizada como objeto sexual, es decir, impedir que abusen de su situación de falta de capacidad para satisfacer deseos sexuales.

Entre los delitos sexuales previstos en el COIP (2014) se encuentra el abuso sexual cuya conducta típica consiste en ejecutar sobre la víctima u obligarla a ejecutar sobre sí misma u otra persona actos de naturaleza sexual, por supuesto en contra de la voluntad de esta. El delito contempla una figura delictiva intermedia que sanciona más gravemente al responsable cuando la persona víctima es menor de edad o posee discapacidad, entre otras circunstancias y prevé otras modalidades agravadas cuando dicho abuso sexual fuese grabado o transmitido en vivo o cuando, además, se agrede físicamente a la víctima, y dicha agresión también sea grabada o transmitida.

En criterio de Ferrandis Ciprian en el supuesto de obligar a la víctima a ejecutar sobre sí misma u otra persona actos de naturaleza sexual “no plantea demasiados problemas de prueba, debido a que no es necesario ni un contacto, ni un acercamiento previo entre la víctima y el menor o el groomer u ofensor” (2014). Sin embargo, sean las víctimas mayores o menores de edad, al no contar con evidencia médico legal que justifique algún tipo de coerción, el camino de la parte acusadora se torna cuesta arriba y las posibilidades de justificar esa coerción o intimidación, se asienta en la valoración psicológica, que obviamente debe ser concordante con el testimonio que rinde la víctima para lograr llegar al convencimiento de los hechos como exige la legislación.

En el COIP (2014) se regula el delito de violación en el artículo 171, contemplando un conjunto de circunstancias que lo agravan. Se exige como elemento de tipicidad la actuación con violencia o amenaza o intimidación o que la víctima sea menor de catorce años de edad o esté

incapacitada para resistir o privada de razón por cualquier causa. La descripción del tipo penal sanciona a la persona que tenga el acceso carnal “con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril a una persona de cualquier sexo.” Se contemplan además otras figuras agravadas.

Cuando se hace referencia en el COIP (2014), en la figura de la violación “(...) con el uso de amenaza o intimidación” y en el orden probatorio no se cuente con evidencia física, porque fácilmente se pudo haber logrado amenazar o intimidar con el uso de un arma de fuego o incluso la simulación de la tenencia de un cuchillo, entre otros actos que pudieron vencer la resistencia de la víctima, entonces es difícil llevar al pleno convencimiento de los juzgadores la existencia de estos elementos. En el orden sustantivo tampoco es simple dejar subsumido en el delito, un hecho en el que no existan pruebas suficientes sobre la presencia de los presupuestos previstos en el tipo penal. Carrara (1956) indica que no basta que la mujer se haya limitado a decir “no quiero”, sino que debe oponerse con resistencia real y manifiesta, señala además que, si se trata de amenaza, esta debe ser grave, presente e irreparable.

Para la apreciación de la amenaza y de la intimidación también hay que evaluar el sentir de la víctima, sus condiciones y capacidades de afrontamiento. Un mismo acto le puede resultar seriamente amenazante a una persona y a otra no. Se deben analizar las circunstancias, antecedentes del agresor y el contexto del evento; además se impone la necesidad de entender la forma de percibir este tipo de sucesos desde la posición de la víctima, debiendo evitar asumir criterios personales y crear exigencias subjetivas respecto de su conducta, antes, durante y posterior al evento. De esta forma los jueces tendrán una mejor posibilidad de revisar, practicar,

estimar o desestimar la valoración psicológica pericial e ir formando su convicción sobre los hechos acontecidos.

En la valoración de los aspectos relativos al consentimiento y voluntad de la víctima para sostener relaciones sexuales es necesario desmontar mitos y patrones socioculturales de subordinación femenina y menosprecio por las versiones que presta y, de otra parte, es necesario dejar de sobredimensionar la credibilidad de sus testimonios y denuncias sin verificar el resto de los elementos de prueba. Es cierto que la historia muestra antecedentes en los que el consentimiento de las mujeres ni siquiera contaba para sostener relaciones sexuales, pero esas situaciones se fueron superando y aunque las mujeres continúan siendo las más afectadas por los delitos sexuales, claro está que se necesita el respaldo de pruebas, dentro de lo cual cuenta el análisis en el ámbito psicológico. Del conjunto probatorio se deben generar discusiones serias y objetivas acerca de la existencia o no del consentimiento en delitos de naturaleza sexual, tal como plantea Pérez Hernández (2016).

La búsqueda de la verdad

Aunque con el tiempo y el desarrollo evolutivo del Derecho Procesal, el tema de la verdad ha adquirido matices diferentes, la pretensión de búsqueda de lo que ocurrió estará latente, siempre que se respeten los derechos de las personas procesadas y de las partes en el proceso. Se conoce en la actualidad que la confesión a través de la tortura no es procedente y más que esto, es sancionable, pues los horrores cometidos durante la vigencia del sistema inquisitivo bajo pretexto de encontrar la verdad constituyen una de las grandes atrocidades del Derecho Penal. (Garrido Martín, et al., 2006) rememoran la forma en que se recurría a las ordalías, que consistían en peligrosas pruebas tales como andar a cierta distancia sosteniendo un

hierro caliente en las manos. Si el acusado salía indemne de estas pruebas, su inocencia quedaba demostrada. La explicación que se daba aludía a la intervención divina.

El gran dilema siempre ha sido tomar decisiones cuando no se cuenta con pruebas concretas, científicas y objetivas, como un ADN o una videograbación nítida y entonces, existe la necesidad de recurrir a la prueba de testigos. Señalan (Garrido Martín, et al., 2006) que un testimonio puede apartarse de la verdad porque la persona es incapaz de describir los hechos tal como sucedieron. También el testigo puede encontrarse afectado por la impresión del momento, puede presentar una dificultad de la memoria o padecer de alguna condición médica, particulares que deben ser considerados. El testigo deliberadamente puede dar una información errónea, lo que sería no un problema de competencia, sino de credibilidad.

Basándose en estas consideraciones se han estudiado y conformado doctrinas relacionadas con las formas de apreciación y valoración de las pruebas, entre las que cuentan técnicas de investigación, interrogatorios, de detección de la mentira, entre otras. En cuanto al testimonio, los teóricos y prácticos hacen referencia a la necesidad de análisis de la conducta del testigo en el juicio y en los distintos momentos en que presta su versión o declaración, su forma de hablar y de comunicarse, el uso del polígrafo, reconocimiento informático de emociones y mentiras. Algunas de estas técnicas presentan dificultades en su implementación y requieren de entrenamiento en el área. De modo que, los jueces deben reconocer que deben capacitarse en materia de Derecho Probatorio y superar los prejuicios personales para conseguir actuar de la manera más objetiva posible al valorar las pruebas en los delitos sexuales.

Oralidad en el sistema ecuatoriano

En Ecuador, uno de los principios de la administración de justicia es la oralidad, así en la Constitución de la República, en el artículo 168 numeral 6 señala: “La administración de justicia,

en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios: (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo. En ese orden de ideas, la prueba testimonial que sería un acto donde también se tendrán en cuenta los principios de inmediación y contradicción será realizada a viva voz por el compareciente ya sea en calidad de procesado, testigo o víctima. (Constitución, 2008)

El contenido del (COIP, 2014) ecuatoriano en el artículo 501 señala: “El testimonio es el medio a través del cual se conoce la declaración de la persona procesada, la víctima y de otras personas que han presenciado el hecho o conocen sobre las circunstancias del cometimiento de la infracción penal”. Dichos que deberán mantener relevancia y pertinencia, conforme los principios probatorios exigibles en la sustanciación del proceso penal, y que se encuentran determinados en el artículo 454.5, que señala: “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.”

La oralidad es un importante pilar en la legislación ecuatoriana, por su intermedio el juez tiene contacto con la actividad probatoria, puede observar los gestos del testigo, escuchar de forma directa sus emociones, sus actitudes, su postura o cualquier situación que a criterio del juzgador sea importante. De considerarlo necesario, el juez puede solicitar aclaraciones a las partes, de acuerdo al artículo 564, que dispone: “Dirección de las audiencias. - Todas las audiencias previstas en este Código se desarrollarán bajo la dirección de la o el juzgador, quien actuará de acuerdo con las siguientes reglas: (...). 2. Evitar las dilaciones o intervenciones

repetitivas e impertinentes, podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones o dirigir el debate.” (COIP, 2014)

En la historia de la impartición de justicia una de las herramientas más utilizadas ha sido el testimonio, desde el Derecho Romano se escuchaban a las personas que tenían ese privilegio de ser oídos como testigos, en otras civilizaciones se debía tener en cuenta la palabra de las personas en donde se les reconocía su moral, sobreentendiéndose que siempre decían la verdad. En la práctica forense, es habitual y quizás instintivo que un abogado solicite al cliente que pretenda demostrar sus alegaciones solo con testimonios, pruebas más sólidas, pues es bien sabido que la prueba testifical suele ser más endeble o variable que un documento o una pericia. Aunque en la realidad judicial, los tribunales deciden incontables casos sustentados en la prueba testimonial, sería recomendable, siempre que sea posible, aportar otros medios probatorios que ofrecen alto grado de confiabilidad y que conservan la misma fuerza y concisión que al momento de su otorgamiento.

Se ha definido por (Coady, 1992) la prueba testifical como una prueba oral, que se practica ante un tribunal de justicia o una comisión de investigación mediante la que alguien que no forma parte del proceso hace una declaración cuyo objeto es la reconstrucción histórica o la representación narrada de hechos relevantes para el juicio, que han ocurrido antes y que el testigo conoce (avvertiti) o que ha adquirido por sus propios sentidos. Si bien la prueba testifical en los delitos sexuales debe y puede ser complementada con otras pruebas para que el juzgador pueda alcanzar convicción sobre bases objetivas y de mayor confiabilidad, lo cierto es que la oralidad ha facilitado que en los sistemas jurídicos modernos se haga justicia en los delitos sexuales, tomando como principal prueba el testimonio de las víctimas, complementado con otros indicios y el resultado de la valoración psicológica.

Prueba pericial psicológica

Desde siempre ha existido un interés por parte de los filósofos, muchos de ellos precursores de la Psicología, por el mundo legal, dedicando parte de su producción literaria a este ámbito. En este sentido, (Fariña Rivera, et al., 2005) cita a Gudjosson y Haward (1983) quienes afirman que la Psicología Forense permaneció durante algunos siglos al servicio de los tribunales y que su reconocimiento no tuvo lugar hasta haber adquirido un estatus independiente como disciplina, diferenciada, por ejemplo, de la medicina forense. Otros autores (Garzón, 1989; Kury, 1997; y Reichel, 1910) consideran que hasta el siglo XVIII no se configura la Psicología Jurídica, coincidiendo con el inicio del debate sobre la relevancia del conocimiento psicológico para la fundamentación legal y la praxis judicial. La obra del alemán Eckartshausen (1791) “Sobre la necesidad de conocimientos psicológicos para juzgar los delitos” es una prueba de ello. (Fariña Rivera, et al., 2005)

La Psicología es innegablemente necesaria para el buen funcionamiento de la actividad jurisdiccional y desempeña un papel fundamental en el esclarecimiento de los delitos sexuales, sin embargo, una de las necesidades que aún se presentan es la especialización y formación profesional del perito. En Ecuador, un estudio desarrollado por (Bustamante Sinche, 2021) en la Provincia de Loja revela que solo el 40% de los peritos son especialistas, un 30% son psicólogos clínicos y el 30% restante posee un título de cuarto nivel en el ámbito forense; el 50% tiene una experiencia profesional entre 1 y 4 años, y el otro 50% tiene más de 5 años de experiencia dentro del ámbito forense.

Queda evidenciada la necesidad de contar con profesionales especializados de base en el ámbito forense, para responder a los nuevos retos de la sociedad, puesto que actualmente la psicología tiene una gran connotación en los juzgados y tribunales. En la legislación ecuatoriana

se incluye el delito de violencia psicológica, que, en un primer momento describía grados de daño psicológico en la víctima calificados como leve, moderado y severo y luego se modificó con la exigencia de “afectación psicológica”, lo cual refleja la importancia del conocimiento y desarrollo de la psicología jurídica en materia de pruebas. Igual ocurre en aquellas modalidades de abuso sexual que por sus características no dejan huellas físicas que los médicos especialistas en sexología pudieran, en todo caso, identificar.

Corroborar si la víctima expresa la verdad cuando presenta una acusación y más en un delito sexual catalogado como “delito oculto” o “delito de soledad”, resulta una petición que se repite en la actividad de la defensa de los imputados. En tal sentido, se han fijado determinados parámetros que trascienden a la psicología y al pensamiento lógico y racional para cuando las víctimas son menores de edad. Entre ellos han señalado (Jiménez Cortés & Martín Alfonso, 2006) que deberán observarse las reglas siguientes:

- Historia previa del menor, nivel intelectual, memoria, capacidad para interpretar situaciones, para relacionar conceptos y estructurar narraciones, nivel de conocimientos en materia sexual, lenguaje y nivel de vocabulario, tono afectivo, implicación emocional, etc.
- Posibles motivos de falseamiento en la declaración.
- Posibilidad de presiones sobre el testimonio del menor por distintos motivos, o bien, de forma involuntaria, interrogatorios inadecuados o uso incorrecto de material de apoyo (por ejemplo, los muñecos anatómicamente exactos).

Como se ha señalado, una persona puede emitir información errada por circunstancias involuntarias o con la intención deliberada de mentir. Las entrevistas constituyen una herramienta útil para la búsqueda de la verdad, con ella se va a obtener la información para su

posterior valoración. Al evaluar el dictamen pericial psicológico, se ha destacado la importancia de determinar los métodos y herramientas utilizadas, estas pueden diferenciarse de acuerdo a la edad de la víctima, al tipo de evento o delito que se investiga, capacidad o discapacidad del entrevistado. Posteriormente se analiza la historia de vida de la víctima, problemas significativos en el desarrollo, información que se pueda obtener de informantes colaterales, familiares en la gran mayoría, luego se evalúa la descripción del hecho puntual que se investiga y el mismo suele ser cotejado con los resultados obtenidos en los reactivos psicológicos aplicados para, finalmente, realizar una triangulación de la información y valorar las conclusiones.

Un tema significativo al determinar la validez y credibilidad del testimonio de la víctima, es que los indicios deben ser valorados en conjunto con el resto de las pruebas, por lo que es importante analizar lo que narra la o el informante colateral, que podría ser la madre de la víctima en la mayoría de los casos e ir descartando hipótesis y acogiendo las más cercanas a los elementos objetivos. Alonso-Quecuty señala al respecto:

Así, nos encontramos con psicólogos que listan entre los síntomas de abuso sexual en menores de edad pre-escolar los siguientes: trastornos de sueño, enuresis, pataletas, rabietas, dificultad de concentración, rechazan bañarse, o conducta sexualizada. De ser así, en la práctica, la totalidad de los niños menores de cinco años sería considerada como víctima de una agresión sexual. (1999, p. 2)

El análisis de la fiabilidad del testimonio del menor, tiene un componente subjetivo, no solamente por la influencia que pueden realizar los adultos sobre el niño o niña sino por la propia subjetividad del perito, lo que vuelve riesgoso la definición del asunto. Por tanto, las demandas de credibilidad aumentan cada día, tanto como crecen las denuncias por delitos sexuales. El área de la psicología se ha esmerado en investigar elementos o criterios de credibilidad, se han

realizado estudios sobre validación de testimonios en niños e incluso en adultos, se han establecido mecanismos y técnicas de investigación para que al mismo tiempo que no se revictimice a las personas, se obtenga una información válida para el proceso.

El análisis de la credibilidad de las declaraciones, según acota Alonso-Quecuty (1999, p. 2) surge en los años 50 en Alemania. El primero en dar con las claves por las que se debería evaluar la credibilidad del testimonio es Arne Trankel quien define dos criterios sobre los que se debería basar la discriminación entre declaraciones verdaderas y falsas: el criterio de realidad (las declaraciones que tienen su origen en percepciones reales se caracterizan por contener un mayor número de detalles periféricos que las declaraciones falsas), y el criterio de secuencia (en una secuencia de declaraciones verdaderas son de esperar modificaciones en los aspectos periféricos: momento del día, duración del incidente, del episodio sobre el que se declara).

Estas primeras apreciaciones fueron los cimientos sobre los cuales se asienta el conocido Análisis de Contenido Basado en Criterios (CBCA), que tiene diecinueve criterios cuya presencia sugiere que lo narrado por la víctima fue efectivamente algo que vivió, diferenciados en criterios cognitivos, motivacionales y el conocimiento del tema sobre el que emite su narrativa. Para poder implementar este instrumento y luego explicar en forma adecuada y científica a los juzgadores, acerca de los resultados de un nivel de credibilidad indeterminada o baja se requiere un alto nivel de capacitación del perito; pues en algunos casos la víctima puede deliberadamente sobredimensionar los hechos. Por ejemplo, un adolescente de sexo masculino de 12 años que es seducido para tener relaciones homosexuales, sin embargo, en las pericias modifica los hechos detallando que hubo violencia para no exponerse ante sus padres y evitar reproches familiares, burlas o castigos.

El recuerdo

En opinión de Manzanero Puebla (2004) cuando alguien vive o presencia algún evento esa información se registra en la memoria y, posteriormente, podrá recuperarla. La persona es capaz de fijar un recuerdo de mejor o peor calidad o intensidad dependiendo de la concurrencia de algunos elementos que se vinculan con las características propias del acontecimiento o con sus condiciones personales. Para la valoración del recuerdo debe tenerse en cuenta el tiempo que duró el suceso y relacionarlo con la posibilidad de que el individuo pueda recordar detalles, pues si fue un hecho fugaz es bastante probable que no pueda precisar todos los pormenores. También se deben verificar las posibilidades reales que tenía el sujeto de ver o escuchar, tanto por sus condiciones físicas como por el lugar en que se encontraba al momento de ocurrencia del hecho.

Se ha advertido por (Prieto Ederra, et al., 1990) que durante la etapa de retención (esto es, el período que va desde la codificación del recuerdo hasta su eventual rescate desde el almacén de memoria) se puede producir el decaimiento, la modificación o la sustitución del recuerdo que se tiene respecto de un acontecimiento, debido, al mero paso del tiempo o al influjo ejercido directa o indirectamente por terceros. De este modo, afirma (Hunter Ampuero, 2015) que no se puede aseverar que, siempre y en todo caso, una persona que ha sido testigo ocular de los hechos será capaz de proporcionar una narración que se ajuste completamente al registro original, pues es esperable que el recuerdo se deforme en mayor o menor medida mientras duerme en la memoria de largo plazo. Circunstancias que serán relevantes en la calidad de información que emite el testigo, pues en ocasiones sin intención de engañar podría decir cosas que no son exactamente la realidad de los hechos, sino una apreciación desde su ángulo.

Se deberá tener en cuenta que, de acuerdo a las características de la víctima o testigo, además de la profesión u oficio, ciertos detalles tendrán mayor relevancia, algunos se concentrarán en el rostro, otros en la vestimenta, colores y otros elementos con los cuales

describirán lo sucedido. Otro de los factores a tomar en cuenta es lo que se conoce como la curva del olvido. En este sentido, Manzanero Puebla (2004) señala que el solo transcurso del tiempo representa un peligro inminente para la indemnidad del recuerdo. Partiendo del sentido común no resultaría igual de fácil recordar detalladamente algo que sucedió hace varios años que lo sucedido hace días o incluso horas. La huella de memoria se irá borrando paulatinamente y la persona tendrá dificultades de recordar los hechos tal como sucedieron.

Los juzgadores y la prueba

Cuando un Juez tiene conocimiento de un caso concreto, como ser humano realiza un proceso interno, de análisis y cotejamiento de los elementos probatorios puestos en su conocimiento. Los jueces poseen su experiencia de vida, sus creencias, todas las construcciones que lo forjaron; claro que lo ideal sería lograr un total despojo de todos los prejuicios que podrían afectarle, pero definitivamente siempre existirá un componente subjetivo porque se está ante una actividad humana. De cualquier manera, los jueces deben actuar conforme a un conjunto de principios que indican que éstos al valorar el material probatorio deben realizarlo con objetividad, imparcialidad y con el propósito de acercarse a la verdad histórica hasta donde es posible.

En el Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 453 señala: “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.” Conforme lo señala (Couture, 1958), la prueba se dirige a formar en el espíritu del juez un estado de convencimiento sobre la existencia o inexistencia de elementos relevantes en torno a la inocencia o culpabilidad del procesado. La carga de la prueba en materia penal corresponde al acusador, lo cual significa que la inocencia solo quedará desvirtuada si en el juicio, las pruebas son suficientes para formar

convicción acerca de que ha existido un hecho que pueda ser constitutivo de infracción penal y en este caso, de delito sexual.

La búsqueda de la verdad en los delitos sexuales se relaciona, como en cualquier asunto penal, con el debido proceso y ello implica el respeto a las garantías procesales. No se puede obligar al procesado a declarar, a decir la verdad o a prestar juramento, de modo que, en el ámbito probatorio, no es posible sacrificar garantías bajo pretexto de alcanzar la verdad u obtener una confesión. Nieva Fenoll (2000) ha señalado que la valoración de la prueba es el uso por parte del juez de su raciocinio, enfocado hacia la actividad probatoria, sin que en su opinión pueda distinguirse el momento preciso, a lo largo de todo el proceso hasta la sentencia, en el que se hace esa valoración.

En la legislación ecuatoriana no se cuenta con un método estandarizado que determine el proceso de valoración de las pruebas, simplemente existen unas reglas como la señalada en el artículo 453 del (COIP, 2014) y en el artículo 455 que establece: “Nexo causal.- 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”. En cuanto a los criterios de valoración de las pruebas, el COIP expresa que se tendrán 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.”

En el sistema procesal ecuatoriano también rige una libertad del juzgador para valorar las pruebas resultando para ello indispensable el uso de la mente humana. En este sistema se utiliza

la sana crítica o las llamadas máximas de la experiencia, sin que se regule legalmente todo el proceso de valoración de la prueba, o se detalle cómo se podría dar un contenido sustentable, en especial, al análisis de la prueba testimonial, pues como se ha señalado es la más versátil, al respecto solo pueden encontrarse en el COIP pautas genéricas. (Nieva Fenoll, 2000) sobre el particular ha expresado que la valoración de las pruebas solo podrá calificarse de objetiva y racional cuando posea concordancia interna, coherencia externa, se sustente en la calidad del recuerdo, tenga en cuenta el contexto y ciertas condiciones personales del deponente que coadyuvan en la interpretación correcta de su dicho.

Una de las formas de sustentar este proceso de valoración de las pruebas es la motivación que deben contener las sentencias. Ello posibilita y garantiza el control de las decisiones y, al margen de la notificación oral de la sentencia y de sus fundamentos que debían dar a conocer los jueces en este acto, la motivación debe constar por escrito en la resolución dictada, debiendo el juez razonar porqué le dio crédito a unas pruebas y rechazó otras. El artículo 622 del COIP señala dentro de los requisitos de la sentencia la constancia de las consideraciones por las cuales se da por probada o no, la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los procesados, así como las pruebas de descargo o de atenuación de la responsabilidad.

De esta forma el legislador busca delimitar la actividad del juzgador al imponerle estos requisitos de motivación de la sentencia, sin embargo, es de notar que este proceso se realiza posteriormente de emitida la decisión en forma oral al concluir el juicio, lo que condicionaría una búsqueda de justificación como bien señala Nieva Fenoll (2000). Sin embargo, el momento preciso en que los jueces comienzan a forjarse una idea de los hechos es en la propia práctica probatoria en juicio oral, en el contacto directo con los testigos, observando las evidencias o documentos y en el caso de hechos asociados a delitos sexuales, es fundamental la escucha

directa de la víctima y el resultado del informe pericial del psicólogo que ilustra desde un punto de vista científico los resultados de su dictamen y los procedimientos seguidos para arribar a sus conclusiones, modo en que contribuye en el proceso dinámico y responsable de la máxima aproximación a la verdad.

Conclusiones

Uno de los procesos más complejos y debatidos en el ámbito judicial ecuatoriano en la actualidad se deriva de la suficiencia de las pruebas en los delitos sexuales, situación que viene provocada por la necesidad de no dejar impunes conductas que pueden afectar la libertad sexual, así como la indemnidad de niñas, niños y adolescentes y personas con discapacidad que son víctimas de abusos sexuales, violaciones y otras infracciones penales. De otra parte, se considera que solo deberá condenarse a las personas acusadas por estos delitos cuando exista certeza acerca de su culpabilidad para lo cual deberán evaluarse con objetividad y criterio racional las pruebas practicadas en el juicio oral.

Regularmente en los procesos penales seguidos por delitos sexuales son propuestos como medios de prueba, los testimonios de la víctima y de sus familiares así como el informe pericial psicológico, los que si bien han sido utilizados en la práctica como fundamentales en el proceso de formación de convicción de los jueces, sería recomendable que los órganos de investigación y la fiscalía o el acusador particular, en su caso, agotaran todas las posibilidades de aportar pruebas más objetivas, dado que en las declaraciones de testigos existen altas probabilidades de inconsistencia, criterio con el cual no se pretende minimizar la prueba testimonial pero sí es necesario dejar establecido que es conveniente realizar periciales médicas que incluyan examen genital u otras por las cuales la prueba ofrezca mayor grado de confiabilidad.

En cuanto al informe pericial psicológico se requiere elevar el nivel profesional de los peritos encargados de realizar este tipo de dictamen. Además, esta superación es una condición indispensable para que puedan defender y argumentar en juicio los criterios plasmados en los documentos aportados. Asimismo, se requiere que los jueces eleven su formación en las ciencias asociadas a la psicología, no solamente para estar en condiciones de valorar correctamente el informe pericial sino para que el proceso de apreciación y valoración de las pruebas incluso de motivación de la sentencia constituyan actos ejecutados con sentido común, racionalidad, objetividad, sentido crítico y justicia.

Una de las más importantes conclusiones de este estudio deriva en la necesidad de continuar investigaciones sobre la posibilidad de establecer determinadas reglas o estándares probatorios en torno a la determinación de la ocurrencia de un delito sexual, así como es establecimiento expreso en el COIP, de un catálogo de requisitos y principios de actuación, como la objetividad e imparcialidad, a los cuales los peritos que prestan servicios a la función judicial deban ajustarse.

Referencias

Alonso-Quecuty, M. L. (1999). Evaluación de la credibilidad de las declaraciones de menores víctimas de delitos contra la libertad sexual. *Papeles del Psicólogo*, 73, 1-12.

Bustamante Sinche, J. (2021). *Buenas Prácticas del Perito Psicólogo en la Función Judicial*.

Recuperado el 11 de 11 de 2023, de

<https://repositorio.uisek.edu.ec/bitstream/123456789/4496/3/Bustamante%20Sinche%2C%20Jenny%20Paola.pdf>

Carrara, F. C. (1956). *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Criminales*. Arayú .

Coady, T. (1992). *Testimony: A Philosophical Study*. Oxford : ClarendonPress.

Corte Interamericana de Derechos Humanos . (18 de 11 de 2022). *Caso Anbgulo Lozada contra Bolivia* . Recuperado el 14 de 11 de 2023, de https://www.corteidh.or.cr/docs/tramite/angulo_losada.pdf

Couture, E. (1958). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: IBdeF.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Ecuador, Asamblea Constituyente Quito: Registro Oficial No. 449, 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico Integral Penal. (2014).. Ecuador, Asamblea Nacional. Quito: Última Reforma: Suplemento del Registro Oficial 222, 4-I-2023.

Fariña Rivera, F., Arce Fernández , R., & Novo Pérez , M. (2005). Historia de la Psicología Jurídica en América y Europa. *Psicología Jurídica*, 29-44.

Ferrandis Ciprian, D. (2014). *El delito de online child grooming*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Garrido Martín , E., Masip Pallejá, J., & Herrero Alonso, M. C. (2006). *Psicología Jurídica*. Madrid: Pearson .

Hunter Ampuero, I. (2015). Dificultades Probatorias en el Proceso Civil. Tratamiento Doctrinal y Jurisprudencial. Críticas y Una Propuesta. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 22(1), 209-257.

Jiménez Cortés, C., & Martín Alfonso, C. (2006). Valoración del testimonio en abuso sexual infantil (A.S.I.). *Cuadernos de Medicina Forense*, 43-44.

Juicio Penal Violación No. 1158- 2013 (Corte Nacional de Justicia 11 de 3 de 2014) Recurso de Casación

Manzanero Puebla, A. L. (2004). ¿Son realmente diferentes los relatos sobre un hecho real y los sugeridos? *Anuario de Psicología Jurídica*(14), 115-140.

Miranda Estampares, M. (1997). *Lo Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal* . Bosch.

Muñoz Conde, F. (2019). *Derecho Penal, Parte Especial*. Valencia : Tirant Lo Blanch.

Nieva Fenoll, J. (2000). *El hecho y el Derecho en la casación penal*. Barcelona: José Maria Bosh.

Pérez Hernández, Y. (2016). Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género. *Rev. Mex. Sociol*, 78(4), 741-767.

Prieto Eterra, Á., Diges Junco, M, & Bernal, M. (1990). *Investigaciones sobre la exactitud del testigo presencial*. Barcelona: Paidós.