Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Facultad de Jurisprudencia

Escuela de Derecho

Trabajo de Integración Curricular Previo a la Obtención del Título de Abogada

Falta de consentimiento de la víctima de violación en casos de personas con vínculo afectivo

Daniela Geovanna Sánchez Egüez

Director: Dr. Santiago Argüello Mejía

Quito, D. M.

Diciembre, 2022

Dedicatoria

A mi querida Madre,

quién me ha dado todo y es todo para mí.

Mamita, has sido una madre perfecta,

para una hija menos que perfecta.

Este trabajo es para ti, por tus sacrificios y apoyo.

ÍNDICE

RESUMEN....4

ABSTRACT....4

INTRODUCCIÓN....5

PRIMERA SECCIÓN....7

1. "De la Identificación de los Elementos del Tipo Penal de Violación establecidos en el Artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal"....7

1.1. DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS EN ECUADOR.... 7

1.1.1 Violencias contra la mujer 10

1.2. DELITOS SEXUALES.... 12

1.2.1. Modelo Sistemático de la Teología Moral Escolástica 12

1.2.2. Modelo Sistemático de Codificación 13

1.2.3. Modelo Sistemático del Reformismo.... 14

1.2.4. Bien jurídico "libertad sexual" 14

1.3. ELEMENTOS DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.... 15

1.3.1. Conducta.... 16

1.3.2. Tipicidad y tipo 17

1.3.3. Antijuridicidad.... 18

1.3.4. Culpabilidad 19

SEGUNDA PARTE 20

2. "Del Análisis de los Elementos del Tipo Penal de la Violación establecidos en la Doctrina y Jurisprudencia respecto del Consentimiento" 20

2.1. VIOLACIÓN EN ECUADOR.... 20

2.1.1. Bien Jurídico Protegido.... 22

2.1.1.1. Moral Pública.... 23

2.1.1.2. Honestidad.... 24

2.1.2. Violencia, intimidación y privación de la razón.... 24

2.2. CONSENTIMIENTO SEXUAL.... 26

2.2.1. Ausencia de consentimiento como elemento integrador del tipo 28

2.3. AGRAVANTES, QUE INCLUYEN ABUSO DE VÍNCULO AFECTIVO 32

2.3.1. Seducción y Manipulación 34

2.4. VIOLACIÓN ENTRE CÓNYUGES 35

TERCERA PARTE 38

3. "De la Propuesta de Reforma al Artículo 171" 38

3.1 PILARES DEL ARTÍCULO 171 DEL COIP 38

3.1.1. Violencia Sexual 38

3.1.2. Libertad Sexual 39

3.1.3 Ausencia de consentimiento 41

3.2 PROPUESTA DE REFORMA AL ARTÍCULO 171 42

3.2.1 Justificación 42

3.2.2 Propuesta de Reforma al artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal 43

CONCLUSIONES 45

RECOMENDACIONES 46

BIBLIOGRAFÍA 47

Resumen

El presente trabajo de titulación busca exponer la necesidad de reformar el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, para que reconozca a la ausencia de consentimiento como elemento configurador, y para que reconozca como violaciones las agresiones sexuales entre personas que comparten un vínculo afectivo. Esto se realiza con un enfoque cualitativo que nos permite analizar de forma crítica la tipificación del artículo 171. Así mismo se utiliza una metodología analítica, la que nos permite realizar una profunda revisión de doctrina y jurisprudencia, para poder identificar todos los engranajes que componen un delito tan complejo como lo es el de la violación.

Palabras clave: Violación, libertad sexual, falta de consentimiento, vínculo afectivo.

Abstract

This paper seeks to expose the need to reform article 171 of the Organic Integral Penal Code, to recognize the absence of consent as a configuring element, and to recognize sexual aggressions between people who share an affective bond as rape. This is done with a qualitative approach that allows us to critically analyze the typification of article 171. An analytical methodology is also used, which allows us to conduct a thorough review of doctrine and jurisprudence, to identify all the gears that make up a crime as complex as rape.

Key words: Rape, sexual freedom, lack of consent, emotional bonding.

Introducción

Los derechos sexuales y reproductivos continúan siendo un tema complejo de comprender. Su origen es relativamente reciente considerando que fueron reconocidos recién en 1997 por la Declaración de Valencia, y fueron el resultado de movimientos sociales bien identificados. El reconocimiento de estos derechos los dotó de exigibilidad jurídica y es responsabilidad de los Estados, ya que, se los incluyó en el compendio de los derechos humanos universales. Sin embargo, este significativo avance, no ha evitado que aún persistan barreras culturales que dificultan la expresión de los derechos sexuales y reproductivos a niveles más tangibles y no permanezcan como ideales jurídicos.

El ejercicio efectivo de los derechos sexuales y reproductivos se extiende hasta el sistema penal ecuatoriano y es así como surge una nueva interpretación en los delitos sexuales. En este sentido, hace no mucho tiempo el bien jurídico de este tipo de delitos era el pudor, establecido de esta forma por nociones erróneas sobre la sexualidad de la mujer y el honor del hombre. Este pensamiento ha evolucionado y actualmente lo que se considera como bien jurídico penalmente protegido es la libertad sexual, que en palabras Abarca (2008) es, "esencialmente el derecho de la persona a no ser obligada a participar en un acto erótico-sexual contra su voluntad" (p. 33). Es así que el consentimiento, dentro de la libertad sexual, es el derecho que tiene cualquier persona a decidir con quien desea establecer una relación sexual. Es el derecho que tiene toda persona a no ser obligada a realizar un acto sexual que no desee.

Hoy en día, el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano sitúa a la violación en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, dentro de los **delitos contra los derechos de libertad**, sección cuarta "**los delitos contra la integridad sexual y reproductiva**" que establece "Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo" (COIP, 2014, art. 171). Aquí es donde nace el interés del presente trabajo y surge la siguiente pregunta ¿El Estado ecuatoriano protege de manera adecuada el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos si en la propia definición del delito de violación no se incorpora como elemento configurador la falta de consentimiento de la víctima?

La integridad sexual es un derecho fundamental en Ecuador y se encuentra contemplado en la Constitución de la República, artículo 66, numeral 3, inciso primero que establece: “Se reconoce y garantizará a las personas: 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual” (Constitución del Ecuador, 2008, art. 66). La integridad sexual entendida como libertad sexual es parte de los derechos sexuales y reproductivos, por ende, el derecho a la libertad sexual es un derecho humano que debe ser tutelado y garantizado por el Estado ecuatoriano. Por lo tanto, la redacción del tipo penal de violación exige la necesidad de incorporar la ausencia de consentimiento como elemento configurador del delito de violación y nos interesa incorporar las relaciones afectivas previas entre víctima y agresor.

El presente trabajo de investigación se desarrollará en 3 secciones, para que de este modo se pueda alcanzar a percibir la imperativa necesidad de redactar correctamente el delito de violación, para que de este modo incluya el elemento fundamental de la ausencia de consentimiento, así como, aquellas circunstancias agravantes entre personas con vínculos afectivos previos. En la primera parte se abordarán conceptos primordiales y la historia de la tipificación de la violación. En la segunda sección se determinarán aquellos elementos comunes a todo delito sexual y se explicará el consentimiento dentro de la violación. En la tercera y última sección, se establecerán aquellas situaciones agravantes por vínculo emocional y se establecerá una tipicidad que comprenda la ausencia de consentimiento en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal.

PRIMERA SECCIÓN

1. "De la Identificación de los Elementos del Tipo Penal de Violación establecidos en el Artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal"

1.1. Derechos sexuales y reproductivos en Ecuador

Actualmente Ecuador vive una realidad social como nunca se ha visto. Cada día estamos en presencia de los resultados de la lucha de movimientos de mujeres sobrevivientes de agresión sexual, quienes alzaron su voz para compartir sus experiencias de violencia, primero entre ellas y después con el mundo. El movimiento feminista es responsable del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos en el ordenamiento ecuatoriano. A lo largo de su historia, Ecuador ha suscrito una serie de tratados y convenios internacionales con el propósito de eliminar la discriminación y la violencia de género. Formar parte de estos instrumentos ha permitido la adopción de prácticas de relieve jurídico que han permitido establecer normas para erradicar cualquier tipo de violencia hacia la mujer.

Es el caso de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) de 1979, considerada como la declaración internacional de derechos de las mujeres, Ecuador ratificó en octubre de 1981 y fue uno de los primeros países de América Latina. Lo propio con Estatuto Penal de la Corte Penal Internacional, conocido como Estatuto de Roma, aprobado en 1998, en el cual por primera vez se considera "crimen de lesa humanidad", la violación, la esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual. De este modo, otro instrumento que aportó al cambio de la normativa respecto a los derechos de la mujer es la Conferencia de Viena, de 1993, en donde se reconoció estos derechos como parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales.

Es en este punto y como resultado de la reconfiguración del Derecho Internacional sobre los derechos humanos de la mujer que se concedió una importancia jurídica a las experiencias de vida de las mujeres, lo cual fracturó la visión tradicional del derecho consiguiendo así un auténtico reconocimiento de los derechos humanos específicos de las mujeres. En consecuencia, todos estos tratados internacionales "son resultado de los esfuerzos por inscribir los derechos de las mujeres

en la universalidad de los derechos humanos y proclamar la universalidad irrestricta de estos derechos" (González, 2017, p. 43).

Surgió entonces la necesidad de un consenso internacional respecto a los derechos sexuales y reproductivos, entendidos como derechos humanos específicos de las mujeres. Este consenso se llegó a presenciar en la conferencia mundial sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994) que en su principio 8 menciona los términos "salud reproductiva" y en su tenor establece que:

> Toda persona tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Los Estados deberían adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso universal a los servicios de atención médica, incluidos los relacionados con la salud reproductiva, que incluye la planificación de la familia y la salud sexual. (Conferencia de Población y Desarrollo de El Cairo, 1994, principio 8)

En este mismo contexto, en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, Viena 1993, según Salgado (2008), "se reconoce que la violencia contra las mujeres, incluyendo la violencia sexual, constituye un atropello a los derechos humanos" (p. 58). A este grupo de instrumentos internacionales se suma la Conferencia sobre la Mujer de Beijing (1995) que, en su misma Plataforma de Acción de Beijing, (titulada la mujer y la salud, Apartado IV), reconoció que:

> Los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a ejercer el control y decidir libre y responsablemente sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, libres de coerción, discriminación y violencia. Las relaciones igualitarias entre mujeres y hombres respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, que incluyan el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento mutuo y el asumir de forma compartida las responsabilidades del comportamiento sexual y sus consecuencias. (Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, 1995, párr. 96).

En este punto el reconocimiento y desarrollo de estos derechos fue relativamente débil, sin embargo, no impidió el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Ahora bien, los debates internacionales respecto a la sexualidad en la esfera de los derechos humanos impulsaron las propuestas para reconocer constitucionalmente los derechos sexuales en Ecuador (Salgado, et al., 2008). En tal sentido, trasladar la sexualidad del ámbito privado a uno público es uno de los elementos fundamentales en la construcción de la relación sexualidad-ciudadanía de las mujeres. El antecedente para el reconocimiento de los derechos sexuales en Ecuador, según Valladares (2020) fue en "el proceso de elaboración de la Constitución de 1998 que derivó en cambios fundamentales en el estatus de la ciudadanía sexual de las ecuatorianas" (p. 23). Hay que saber que, aún en el debate de la Asamblea Nacional Constituyente de 1998 se presentaron posiciones tradicionales que se oponían al reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos, frente a otras que defendían la necesidad de su reconocimiento.

Cabe resaltar que los derechos humanos representan un eje central en nuestra Constitución, la cual, como ya sabemos es la norma suprema del Estado ecuatoriano, por este motivo todas las normas de menor jerarquía están sometidas a ella. Es así que, la Constitución establece un marco en el cual el ordenamiento jurídico puede actuar y en este sentido la misma Constitución reconoce los siguientes derechos sexuales y reproductivos:

> Art. 32. El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional. (CRE, 2008, art. 32)
>
> Art. 66. Se reconoce y garantizará a las personas:
>
> 3. El derecho a la integridad personal, que incluye: a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.
>
> 9. El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.
>
> 11. El derecho a guardar reserva sobre sus convicciones. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre las mismas. En ningún caso se podrá exigir o utilizar sin autorización del titular o de sus legítimos representantes, la información personal o de terceros sobre sus creencias religiosas, filiación o

> pensamiento político; ni sobre datos referentes a su salud y vida sexual, salvo por necesidades de atención médica. (CRE, 2008, art. 66)
>
> Art. 347. Será responsabilidad del Estado: 6. Erradicar todas las formas de violencia en el sistema educativo y velar por la integridad física, psicológica y sexual de las estudiantes y los estudiantes. (CRE, 2008, art. 347)
>
> Art. 363.- El Estado será responsable de: 6. Asegurar acciones y servicios de salud sexual y de salud reproductiva, y garantizar la salud integral y la vida de las mujeres, en especial durante el embarazo, parto y postparto. (CRE, 2008, art. 363)

Los derechos sexuales y reproductivos son entendido como "todos aquellos derechos que permiten a toda persona un ejercicio pleno de la sexualidad, basado en condiciones de autonomía y equidad" (Salgado, 2008, p. 61). En base a todo lo expuesto, los derechos sexuales son considerados derechos humanos, cuya protección es responsabilidad del Estado al ser un deber jurídico ineludible. Por lo tanto, es el Estado ecuatoriano quien debe asegurar la efectiva vigencia de este deber en los distintos niveles de obligación.

Sin embargo, el Código Orgánico Integral Penal queda en deuda hasta la fecha respecto al reconocimiento de estos derechos, en cuanto el delito de violación, que es el tema del presente trabajo, refleja una deficiente tipificación.

1.1.1 Violencias contra la mujer

A lo largo de la historia del Ecuador, la violencia contra la mujer ha sido una realidad constante y permanente. Ariza (2014) define la violencia como "la actividad en contra de un sujeto o de un objeto, dentro de un complejo engranaje" (p. 103). La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, conocida como "Belem Do Pará", estableció por primera vez el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y en su artículo 1 define a esta violencia como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado" (Convención de Belem Do Para, 1994, art. 1). Conviene destacar que tal definición incluye no solo los tres tipos de violencia más comunes sino además aclara que tales violencias pueden llevarse a cabo en un ámbito público o privado.

Existen varias formas de violencia, conforme lo señala María Ariza Velazco, en su libro Derecho y mujer. Ayer y hoy, que a saber son:

Violencia Física: Definida como toda acción o conducta que produce un daño corporal en la víctima. Como hematomas, bofetadas, fracturas, puñetazos, rasguños, empujones, hematoma, intento de estrangulación, etc. El Código Orgánico Integral Penal reconoce este tipo de violencia, "La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, cause lesiones" (COIP, 2014, art. 156).

Violencia Psicológica: Definida como todo comportamiento o acción que busca disminuir la autoestima de la víctima, controlar sus decisiones y conductas para aislarla de su grupo familiar o social. Estos actos pueden ser amenazas, humillaciones, ridiculizaciones, aislamiento, hostigamiento, gritos, insultos, gestos, etc. Actualmente el Código Penal ecuatoriano tipifica este tipo de violencia también como delito, "La persona que busca degradar o controlar acciones, comportamientos, pensamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, manipulación, chantaje, hostigamiento, humillación, o aislamiento, o cualquier otra conducta que cause afectación psicológica, contra la mujer o miembros del núcleo familiar" (COIP, 2014, art. 157).

Violencia Sexual: Esta sucede cuando "el sujeto activo de la infracción llega a obtener una relación sexual atentando contra la voluntad del sujeto pasivo, quien no consciente el mantenimiento de esta actividad en forma voluntaria" (Vasco, 2016, p. 19). Se reconoce como delito por el COIP, "La persona que, como manifestación de violencia contra la mujer o un miembro del núcleo familiar, se imponga a otra y la obligue a tener relaciones sexuales u otras prácticas análogas" (COIP, 2014, art. 158).

Este tipo de violencia es la que interesa en este trabajo de investigación en razón de que el delito de violación es una clase de violencia sexual y es reconocido en el Código Integral Penal, dentro del capítulo segundo "delitos contra los derechos de libertad", sección cuarta "delitos contra la integridad sexual y reproductiva", artículo 171. Es importante mencionar que esta forma de violencia también puede ser tipificada entre parejas, matrimonio o relaciones de convivencia permanente pues en palabras de Ariza (2014) "el hombre ha creído que la mujer debe estar dispuesta al coito cuando él lo demande, de forma que, al negarse, es obligada contra su voluntad lo que constituye una violación sexual" (p. 106).

En definitiva, estos tipos de violencia se producen no solo en un contexto privado sino además en un contexto social, por este motivo, la violencia contra la mujer se considera una vulneración a los derechos humanos y un atentado a sus libertades. Todavía no se ha podido eliminar en su totalidad la violencia que existe en contra de las mujeres, y, en un esfuerzo para detener este tipo de conductas han surgido una serie de delitos que penalizan los episodios de violencia. No obstante, en Ecuador, en el intento de tipificar el delito de violación como forma de prevenir la violencia sexual, el legislador ha fallado y creado un vacío en lo que respecta a la ausencia del consentimiento en la tipificación del delito, dificultando la tarea de configurar el delito inclusive en los casos de personas con vínculos afectivos.

1.2. Delitos Sexuales

Los delitos sexuales han pasado por una transformación extensa, en la cual se han destacado las posiciones sistemáticas e ideológicas. Sin embargo, en nuestro país se presentan tres etapas de desarrollo de este tipo de delito y en este sentido se afirma:

> Cabe distinguir tres modelos de sistematización perfectamente diferenciables: uno que corresponde, precisamente, a la propuesta del pensamiento escolástico; otro, inspirado por los criterios ideológicos y político-criminales que orientaron el proceso de la Codificación; y, por último, un tercero que recoge y aglutina los principios que durante las últimas cuatro décadas han impulsado un verdadero movimiento de reforma del derecho penal. (Rodríguez, 2000, p. 109)

1.2.1. Modelo Sistemático de la Teología Moral Escolástica

En este modelo es clara la influencia del pensamiento eclesiástico y se expresa a través de la estrecha relación entre el orden moral y el orden jurídico. En otras palabras, para establecer un delito sexual predominaba la inmoralidad de una sexualidad desordenada. Rodríguez (2000) afirma que son tres las características que rigen esta etapa del derecho penal sexual: la inferencia de criterios principalmente religiosos; la enorme severidad con la se castigaban conductas delictivas; y, la desmedida extensión de lo que se consideraba prohibido.

En consecuencia, llegó a ser normal que se castigara prácticamente toda forma de relación sexual extramatrimonial, en razón de que, “el ejercicio de la sexualidad sólo resulta legitimado en tanto se oriente hacia la conservación de la especie, a través de su cause natural: la unión

matrimonial indisoluble y monogámica" (Rodríguez, 2000, p. 110). Es decir, la sexualidad no era concebida como una expresión de la libertad de la persona sino exclusivamente como un medio para la procreación dentro del matrimonio.

En este periodo, la tipificación de los delitos sexuales era en base al valor moral que se le otorgaba a la honra femenina y al valor pecaminoso que se le otorgaba a la lujuria, es decir, no se consideraba de forma alguna a la vulneración de un bien jurídico. De ahí que la fornicación, adulterio, incesto, estupro, rapto, concubinato, poligamia, sodomía y violación eran considerados punibles bajo un fundamento únicamente moral. Por otro lado, debido a la influencia de la Iglesia era común que el matrimonio se considerara como la única instancia legitimadora de una relación sexual.

1.2.2. Modelo Sistemático de Codificación

Esta etapa estuvo caracterizada por los primeros intentos de codificación penal concentrados en dejar de lado la idea de los delitos de lujuria, así como también, este modelo se distingue por la independencia que adquiere el derecho respecto de la religión y por consiguiente la separación de delito y de pecado. Esto resultó en que las conductas delictivas sexuales dejen de ser percibidas como tal solo por ser consideradas como un ejercicio incorrecto de la sexualidad y pasaron a ser valoradas en base a la afectación de intereses individuales o colectivos.

En este nuevo enfoque de los delitos sexuales, el castigo se fundamentaba en la afectación de un derecho subjetivo. Rodríguez (2000) explica que en este periodo el adulterio y la bigamia pasaron a ser considerados como afectaciones a los derechos derivados del matrimonio, mientras que el estupro, rapto y violación se los comenzó a tratar como delitos que atentaban la libertad del individuo. En los textos penales de este modelo se puede observar la presencia de dos grupos de infracciones penales: uno conformado por aquellos delitos que vulneraban directamente intereses individuales, donde se encontraban las figuras de rapto, violación y estupro; y otro conformado por aquellos delitos que atentaban intereses sociales, donde se situaba a el incesto, la prostitución y sodomía.

No obstante, pese a la introducción de un bien jurídico penalmente relevante, no se excluía la introducción de valoraciones morales a los delitos del primer grupo. Es así que, en la figura del

rapto se privilegiaba la tutela de la virtud de la mujer y la honra de su familia, como consecuencia solían categorizarse bajo delitos de escándalo público o delitos de ultraje al pudor colectivo.

1.2.3. Modelo Sistemático del Reformismo

Los delitos sexuales en este último modelo se vieron favorecidos por la transformación de los hábitos sexuales y la independencia de las valoraciones morales y políticas. En este contexto, el derecho penal reconoce que no debe intervenir en las prácticas sexuales ejercidas voluntariamente entre personas capaces y permite la coexistencia de las distintas actividades sexuales que se desarrollan. De este modo, se introduce la idea de la libertad sexual como bien jurídico penalmente protegible y esto se perfecciona con la incorporación de nuevos tipos penales de delitos sexuales.

A modo de conclusión, mientras que el primer modelo se caracterizaba por legitimar la intervención penal en base a fundamentos meramente morales y religiosos; en el segundo modelo se consideraban ya criterios morales y jurídicos; en este tercer y último modelo se concreta la idea de que la intervención penal está condicionada a la afectación de los derechos de una persona en específico. Es dentro de este modelo en donde se encuentra el ordenamiento penal ecuatoriano, debido a que, los delitos sexuales se encuentran en el Código Penal, dentro del capítulo segundo "delitos contra los derechos de libertad", sección cuarta "delitos contra la integridad sexual y reproductiva".

1.2.4. Bien jurídico "libertad sexual"

Tras el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos a nivel constitucional en Ecuador surgió el derecho a la libertad sexual, considerada como un atributo inherente a la persona en cuanto se refiere a la dimensión de la libertad general respecto a la esfera sexual. Es en este contexto, que el Código Orgánico Integral Penal, establece como bien jurídico "la integridad sexual y reproductiva" y redacta en su acápite una serie de delitos entre los cuales se encuentra la violación como principal delito que atenta contra el derecho a la libertad sexual.

La libertad sexual en palabras de Salgado (2008) es "el derecho a decidir tener o no relaciones sexuales, con quién, cómo, dónde, cuándo" (p. 76). En otras palabras, la persona tiene el derecho de decidir con quién desea tener relaciones sexuales, cómo desea realizarlo, el tiempo

y el lugar en el cual desea efectuarlo, permitiendo de esta forma que toda actividad sexual sea "voluntaria, libre y placentera" (Noguera, 2011, p. 65).

Por lo dicho, la doctrina suele distinguir dos dimensiones de la libertad sexual; uno dinámico o positivo, que hace referencia a la libre disposición de la persona para ejercer cualquier conducta sexual, en las circunstancias y con la persona que desee; y, por otro lado, uno estático o negativo, que refiere al derecho de la persona a no ser obligada a realizar un acto sexual sin su consentimiento. Por lo tanto, como bien jurídico bajo tutela penal, el derecho a la integridad sexual se contempla en su sentido negativo, es decir, se considera como el derecho de la persona a no ser obligada en un acto sexual contra su voluntad.

1.3. Elementos del artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal

Rodríguez (2000) afirma que "el término violación alude a la forma más grave de atentado en contra de otro individuo en el plano sexual: aquella que consiste en acceder carnalmente a una persona que no ha prestado su consentimiento para la ejecución de la conducta sexual o que no está en condiciones de prestarlo, por razones físicas o mentales" (p. 179). Podemos afirmar entonces que el acceso carnal sin consentimiento puede ser considerado como la ofensa más grave dentro del ámbito de las conductas sexuales.

> Art. 171.- Violación. - Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:
> 1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.
> 2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.
> 3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.
>
> Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:
> 1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.
> 2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.
> 3. La víctima es menor de diez años.

> 4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.
> 5. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo, siempre y cuando no constituya violación incestuosa.
> 6. Cuando dicha violación es grabada o transmitida en vivo de manera intencional por la persona agresora, por cualquier medio digital, dispositivo electrónico o a través de cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación.
> 7. Cuando además de la grabación o transmisión de esta violación con cualquier medio digital, dispositivo electrónico o a través de cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación, se agreda físicamente a la víctima, y dicha agresión también sea grabada o transmitida.
>
> En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años. (COIP, 2014, art. 171)

Todo delito se integra por seis elementos esenciales que deben ser analizados en estricto orden: conducta, tipicidad, antijuricidad, imputabilidad, culpabilidad, punibilidad. Mismos elementos, que se establecen en la normativa penal respecto a la infracción penal "es la conducta típica, antijurídica y culpable" (COIP, 2014, art. 18). Para efectos de reconocer y analizar los elementos del artículo 171, se considerarán únicamente los que establece la norma.

1.3.1. Conducta

La conducta consiste en "una acción u omisión, voluntaria que produce un resultado siempre jurídico y a veces también material" (Martínez, 2000, p. 330). El ordenamiento penal ecuatoriano ofrece una definición respecto de lo que debe ser considerado como una conducta penalmente relevante, "las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos, descriptibles y demostrables" (COIP, 2014, art. 22). Se le considera a la omisión de igual nivel que una acción, en condiciones en que "no impedir un acontecimiento cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo" (COIP, 2014, art. 23).

Es importante resaltar que todos los delitos presentan además de un resultado jurídico un resultado material, el cual puede ser entendido como el cambio del mundo exterior producido por

la conducta. Este resultado puede ser de daño, si lesiona un bien jurídico; de peligro, si pone en riesgo el bien jurídico. Así mismo, el resultado puede ser inmediato, si su consumación fue instantánea; permanente si su consumación se prolonga; y si su consumación es fraccionada es un resultado continuado.

Así pues, el delito de violación tipificado en el artículo 171 expone una conducta de acción por referirse a un **"acceso carnal"** y es de resultado formal, instantáneo y de daño. "Así en la violación la cópula violenta constituye la conducta y también el resultado y no se requiere de nada que los una porque son una sola cosa" (Martínez, 2000, p. 332). Por lo tanto, por su naturaleza la violación es un delito instantáneo y no admite una forma de ejecución omisiva.

1.3.2. Tipicidad y tipo

En palabras simples, el tipo es la descripción contenida en la ley de una conducta o de un resultado, este es creado por el legislador, respondiendo al principio de legalidad. Por otro lado, en palabras de Martínez (2000) "tipicidad es la adecuación de una conducta al tipo penal, consiste en la labor del juzgador de verificar que una determinada conducta, aparentemente delictiva, llene los supuestos previstos en la descripción típica" (p. 334). Suelen identificarse como sinónimos el término tipo con el de delito, sin embargo, en un sentido estricto el tipo y la tipicidad son elementos propios del delito y este último constituye la suma de todos estos elementos.

Dentro del tipo se presentan tres elementos esenciales para entender cómo funciona un delito los cuales son: conducta, bienes y sujetos. Al ya haber revisado en líneas anteriores lo que se refiere con conducta, únicamente se mencionará brevemente su significado dentro del tipo. La conducta, se refiere al verbo rector dentro del tipo, en el art. 171 podemos identificar como conducta la: **introducción del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; la introducción, por vía vaginal o anal de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril.**

El bien jurídico u objeto jurídico se refiere en palabras de "Diéz (1981) a los bienes del individuo que son protegidos por el Derecho Penal solamente en la medida en que revisten una importancia social" (citado por Martínez, 2000, p. 335). Mediante el tipo penal se intenta proteger aquellos bienes individualizables, refiriéndonos como aquellos valores de transcendencia social. En el caso de la violación, el bien jurídico **"la integridad sexual y reproductiva"**.

Los sujetos del tipo penal siempre son dos tipos: activo y pasivo. El sujeto activo es la persona quien realiza la conducta descrita por el verbo rector del tipo, en otras palabras, es quien pone en riesgo o lesiona el bien jurídico que la norma pretende proteger; el sujeto pasivo, es la persona titular del derecho lesionado por el sujeto activo. Es importante mencionar que cuando el sujeto activo o pasivo puede ser cualquier persona se dice que el sujeto es común, por otro lado, si el tipo establece características especiales que debe presentar el sujeto activo o pasivo se dice que el sujeto es propio. Por lo tanto, en el delito de violación el sujeto tanto activo como pasivo es común, debido a que, el art. 171 se refiere a que **"cualquier persona"** puede ser víctima como agresor.

Debemos realizar una pequeña mención a los elementos subjetivos que conforman todo tipo penal, los cuales se refieren a la intención, conocimiento o finalidad del sujeto activo de realizar la conducta establecida en el tipo. Estos elementos son el dolo "actúa con dolo la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta" (COIP, 2014, art. 26); y, la culpa "actúa con culpa la persona que infringe el deber objetivo de cuidado, que personalmente le corresponde, produciendo un resultado dañoso" (COIP, 2014, art. 27). En el caso de la violación el sujeto activo en todos los casos se presume actúa con dolo.

1.3.3. Antijuridicidad

La antijuridicidad se refiere a todo comportamiento que es contrario al derecho, es decir, es la conducta típica que no es amparada por una causa de justificación. Puede hablarse de una antijuridicidad formal, que es lo estrictamente contrario a derecho; y, de una antijuridicidad material, que consiste en el rechazo social de la conducta típica. La norma define a la antijuridicidad "para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica deberá amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por este Código" (COIP, 2014, art. 29).

A pesar de que a simple vista una conducta parece adecuarse a un tipo penal y por ende ser ilícita, no siempre es este el caso. La ley considera que algunas conductas, aún típicas, pueden estar justificadas y de esta forma no ser antijurídicas. Esto el Código Penal ecuatoriano las denomina causas de exclusión "no existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa" (COIP, 2014, art. 30). Va le la pena mencionar que en el caso de violación el consentimiento del sujeto pasivo puede ser considerado

como causa de exclusión, siempre y cuando se trate de un bien jurídico disponible. Para que este consentimiento opere, se requiere además que el titular del bien tenga capacidad para disponer libremente del mismo y que el consentimiento sea otorgado previamente de manera expresa o tácita.

1.3.4. Culpabilidad

Desde la perspectiva del sistema penal la culpabilidad es considerada como el nexo intelectual y emocional entre el sujeto activo y su conducta. En este sentido, la culpabilidad tiene dos elementos fundamentales: el conocimiento del carácter típico y antijurídico de la conducta y la voluntad de realizar la conducta y que esta produzca un resultado. El artículo 34 del Código Integral Penal establece como culpabilidad que "para que una persona sea considerada responsable penalmente deberá ser imputable y actuar con conocimiento de la antijuridicidad de su conducta" (COIP, 2014, art. 34). En términos generales se entiende que el sujeto activo de una violación está consciente de su conducta y del resultado que está tendrá, por lo tanto, en el proceso penal habría que demostrar tanto voluntad como conciencia para llegar a una sentencia condenatoria.

SEGUNDA PARTE

2. "Del Análisis de los Elementos del Tipo Penal de la Violación establecidos en la Doctrina y Jurisprudencia Respecto del Consentimiento"

2.1. Violación en Ecuador

En la actualidad existe una inquietante cifra de casos de violencias en contra de la mujer, que pueden ser de distintas índoles, violencia física, psicológica, pero en el presente trabajo la que dotamos de relieve es la violencia sexual. Hoy en día, estamos en presencia de un constante y creciente activismo global contra la violencia sexual, la cual ha sido iniciada e impulsada por víctimas que se han atrevido a visibilizar sus vidas y experiencias de violación con el objetivo de que se efectué un verdadero cambio social.

Pese a los recientes movimientos feministas, la violencia sexual continúa siendo percibida como algo completamente ajeno a nuestras vidas, en otras palabras, existe la noción de que una violación es una cuestión sin relevancia y ajena a nuestra realidad. Está equívoca noción priva a la sociedad ecuatoriana de entender que la violencia sexual se desarrolla constantemente y tiene lugar inclusive en aquellos espacios en los cuales debería primar el respeto y los derechos, como son: universidades, colegios, empresas, dentro de una relación, de un matrimonio, o de una familia.

Cabe recalcar que continúa existiendo incertidumbre acerca de lo que es una violación y cuál es la manera más efectiva de reducir las alarmantes cifras. Alcoff (2018) afirma que "uno de los aspectos de la violación que más perplejidad provoca es la forma en la cual muchas personas de todo el mundo persisten en repudiar la significación del daño y en situar la culpa en el lugar equivocado" (p. 14). Es así como, a pesar de los cambios sociales, hoy en día en Ecuador prima un discurso acusatorio que estigmatiza y revictimiza, un discurso que posiciona quién puede ser acusado y en que contexto la narrativa es creíble y refleja que efectivamente alguien ha sido víctima de violación.

El constante cuestionamiento sobre la veracidad de las experiencias compartidas por las víctimas es la causa de que se extienda un pensamiento sesgado respecto de la violencia sexual. Como consecuencia, la víctima suele guardar silencio y no denunciar las agresiones sexuales, en tanto existe una reticencia a compartir, inclusive a su núcleo familiar, la violencia sexual

experimentada. De este modo, las cifras que manejamos plantean una incertidumbre respecto a si las estadísticas realmente reflejan la verdadera cifra de la violencia sexual en el país.

En Ecuador, el actual COIP considera la violación sexual a el acceso carnal por vía oral, vaginal anal del miembro viril o de objetos, dedos y órganos distintos al miembro viril, cuando se empleó violencia o amenaza, cuando la víctima no pueda oponer resistencia y cuando la víctima es menor de catorce años. Por otro lado, "Bonadelly (1958) menciona que el delito de violación consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, ejecutado sin su consentimiento o contra su voluntad, mediante violencia real o física, como también por amenaza grave o intimidación" (citado por Noguera, 2011, p. 46). De modo idéntico, la jurisprudencia internacional y el derecho penal internacional señalan que "la violación sexual es cualquier acto de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril" (Corte CIDH, Serie C, Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco Vs. México, 2018, párr. 182).

En otras palabras, los instrumentos de derechos humanos internacionales señalan que la violación, al igual que otras formas de violencia sexual, deben ser definidas como conductas sexuales que se efectúan sin el consentimiento del sujeto pasivo. Estas conductas pueden ser realizadas mediante uso de la intimidación, medios violentos, meras amenazas de fuerza, temor a la violencia que se pueda efectuar, abuso de poder y manipulación psicológica.

En este sentido, la definición proporcionada por el sistema penal ecuatoriano carece el elemento de consentimiento, mientras que, otras definiciones denotan que la ausencia del consentimiento es esencial en todo delito sexual incluyendo la violación. En definitiva, en la violación hay dos voluntades contradictorias, una que desea el acto sexual y otra que resiste este acto sexual. Martínez (1972) (citado por Noguera, 2011) denota que en la violación la falta de consentimiento es un elemento de vital importancia, debido a que, si se efectúa el consentimiento del sujeto pasivo, no existiría delito siempre que la víctima sea mayor de 18 años. En consecuencia, es indudable que la falta de consentimiento del sujeto pasivo es un requisito, unas veces expreso y otras subyacente del delito de violación.

2.1.1. Bien Jurídico Protegido

Hasta la reforma del código penal en el 2014, los delitos sexuales se encontraban bajo el capítulo "del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro", dado que, se consideraba jurídicamente relevante y necesario de protección la honestidad o pudor de la víctima. Con la introducción del Código Orgánico Integral Penal (COIP) y la identificación de la indemnidad sexual como bien jurídico los mismos delitos pasaron a recogerse bajo el título de "delitos contra la indemnidad sexual y reproductiva".

Vale la pena mencionar que el ordenamiento penal ecuatoriano considera que la indemnidad y la libertad sexual son sinónimos, no obstante, la doctrina los distingue como bienes jurídicos distintos. En este sentido, la indemnidad sexual es el bien jurídico en los delitos sexuales cometidos respecto a menores de edad, porque, según Cox (2003) "se considera que existe una "presunción *iuris et de iuris"* de ausencia de consentimiento; tiene por objeto proteger el desarrollo normal de los menores en materia sexual; y permite el ejercicio de una futura libertad sexual" (p. 58). Ahora bien, debido a que la normativa analizada en el presente trabajo interpreta a la libertad sexual e indemnidad sexual como bienes jurídicos iguales, cuando se los menciones se los considerará como sinónimos.

Como ya se ha explicado, el derecho a la libertad sexual es un derecho humano en tanto, se deriva de la libertad personal en general, por este motivo, se le concede una protección penal concreta. La libertad sexual según Wolters (2019) "protegerá el derecho de toda persona a expresar y ejercer su sexualidad del modo que crea conveniente" (p. 19). Desde la perspectiva de la doctrina y jurisprudencia la tipificación de la violación protege la libertad que tiene la persona de decidir si se realiza un acto o comportamiento sexual, bien afirma "Chirios (2014) que el bien jurídico tutelado en esta figura es la libertad sexual, ósea el derecho a disponer libremente de su cuerpo para el efecto de sostener relaciones de carácter sexual. No son pues, ni el pudor, ni el honor sexual los bienes protegidos, sino únicamente la libertad sexual" (citado por Obregón, 2018, p. 26). Dicho de otra forma, ya no se protege el pudor de la persona porque finalmente el sistema jurídico ha comprendido que el derecho que se debe proteger es la libertad de la persona en la esfera sexual, fundamentado en el consentimiento de la persona para realizar cualquier acto de naturaleza sexual.

Le corresponde al derecho penal buscar y recomendar las mejores alternativas para proteger de la mejor forma el derecho de autodeterminación sexual que tiene una persona. No obstante, al realizar su labor el derecho penal debe precautelar no intervenir de manera invasiva en las decisiones sexuales de la persona. Por lo tanto y siendo fiel a su carácter *ultima ratio*, mientras menos intervenga cumpliendo su labor, mejor resultados tendrá. Es importante mencionar que el bien jurídico de los delitos sexuales ha pasado por un proceso de transformación que lo ha definido. En esta proceso podemos rescatar tres importantes momentos, en los cuales se ha considerado como bien jurídico a: la moral pública, la honestidad y por último la libertad sexual, la cual ya fue analizada en líneas anteriores.

2.1.1.1. Moral Pública

Tradicionalmente se consideraba a la moral pública como el bien jurídico de los delitos sexuales. Al respecto la doctrina menciona que cuando "se habla de "moral" o "moralidad" se está haciendo referencia a una moral secularizada, social, no a la moral cristiana, pues la distinción entre delito y pecado está claramente asentada" (Cox, 2003, p. 22). En este sentido, las tesis tradicionales fundamentaban su criterio en la necesidad que tenía el derecho de proteger en cierta medida el ordenamiento valórico necesario para el buen funcionamiento social.

Revestir a la moral de características jurídicas, para que esta pueda ser considerada un bien jurídico, significaría ejercer una tutela moral en las personas, es decir, el Estado impondría su concepción moral sobre el pueblo. Esto tendría como resultado la perdida del ejercicio moral, el cual es el que nos permite actuar libremente y hacernos responsables de nuestras acciones. Es así como, una persona actuaría en contra de otra porque así lo exige su moral.

Por todo lo expuesto, consideramos que si se estableció a la moral pública como bien jurídico protegido del delito de violación fue debido a que "el derecho penal imprime la concepción ética de una determinada época" (Cox, 2003, p. 25). En otras palabras, este bien jurídico fue el resultado de moralizar comportamientos sexuales dentro de una sociedad. No obstante, consideramos que actualmente concebir a la moral pública como el bien jurídico en los delitos de connotación sexual generaría una serie de dificultades, confusiones e inconvenientes en el marco normativo.

2.1.1.2. Honestidad

Hacia mediados del siglo XIX, se empezó a considerar a la honestidad como el bien jurídico protegido en los delitos sexuales. En este contexto, se hablaba de un atentado a la honestidad cuando existía una agresión sexual. No obstante, la doctrina determina que más precisamente eran actos deshonestos que afectaban lo sentimientos morales y sexuales de la persona. Respecto a esta nueva conceptualización de la honestidad como bien jurídico, la doctrina menciona que:

> La deshonra era la consecuencia del conocimiento público de haber sido víctima de un acto de violencia sexual. Las mujeres violadas eran objeto de rechazo, y no pocas veces de desprecio. Por lo tanto, la pérdida de la honra por violación se tuvo en cuenta como un daño social importante. (Koulianou-Manolopoulou y Fernández, 2008, p. 15)

Hasta el año 2014 Ecuador formaba parte de este momento, en vista de que, en su antiguo Código Penal, el título que tipificaba los delitos sexuales rezaba: "De la rufianería y corrupción de menores". Así mismo, el capítulo que contenía el delito de violación se titulaba: "Del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro". La doctrina afirma que considerar al pudor como bien jurídico de este tipo de delitos es excluyente, ya que "se procuraba proteger a aquellas personas que cumplían con los cánones que les marcaba la sociedad" (Caruso, 2006, p. 89). Por lo tanto y en base a nuestra investigación está posición es criticable, debido a que establecer al pudor como bien jurídico de los delitos sexuales carece de un contenido material propio que permita reconocer el derecho de la persona a desarrollar su identidad sexual.

2.1.2. Violencia, intimidación y privación de la razón

El artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal establece que se sancionará el delito de violación con una pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en tres casos específicos:

1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.
2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.
3. Cuando la víctima sea menor de catorce años. (COIP, 2014, art. 171)

Podemos apreciar claramente que la tipificación del delito de violación se estructura en torno a tres situaciones que afectan la libertad sexual, mismos tres niveles serán analizados en las siguientes líneas, con el fin de poder entender cuál es el trato que se le da al consentimiento, el cual, es el punto focal de esta investigación.

En la primera situación, la norma establece aquella situación en la cual el acto sexual se realiza contra una persona privada de sentido o razón. Respecto a esto, Gill (2021) menciona que "se entiende *ex lege* que no hay consentimiento en aquellos casos en que la víctima se encuentra privada de sentido y tanto si el sujeto activo ha provocado esta situación como si únicamente se aprovecha de la misma" (p. 10). Cabe recalcar que, la doctrina no considera relevante si fue la propia víctima quien provocó su estado de seminconsciencia, la violación se configura en medida que el sujeto activo se aprovechó de esta privación de sentido. En resumen, dada la situación en la que se encuentra la víctima no es capaz de expresar un consentimiento válido, por lo tanto, en este tipo de violación el consentimiento es viciado y se lo considera jurídicamente inválido puesto que se presume la negativa y resistencia de la víctima.

En la tercera circunstancia, se contemplan los actos sexuales cometidos contra un menor de catorce años. Esta conducta tiene la presencia de un consentimiento inválido, a causa de que la voluntad de un menor de edad, si bien existe, no puede ser considerada eficaz, ya que la ley bien establece que un menor de edad no es una persona capaz. Por lo tanto, a pesar de que haya existido un consentimiento este está viciado por la incapacidad legal del menor de catorce años.

En la segunda conducta, el artículo establece aquellos actos sexuales que vencen la voluntad de la víctima a través del uso de la violencia o intimidación. Monge (2005) señala que esta violencia es "el empleo de fuerza física con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la energía física que aplicará el autor" (p. 86). La doctrina interpreta que el uso de fuerza física suele considerarse como un requisito de toda agresión sexual, en tanto la "violencia" es un elemento típico de todo delito sexual. En otras palabras, la violencia es el medio por el cual el agresor neutraliza la voluntad de la víctima y realiza la acción sexual. Otro aspecto de este tipo de violación es la utilización de amenaza por parte del atacante que tendrá que ser lo suficientemente grave para que genere en la víctima un estado de alarma que venza su voluntad y

resistencia. En este supuesto Noguera (2011) establece que se ejerce "una violencia moral en que la víctima elige el mal menor que, en este caso, sería el acto sexual" (p. 75).

La violación sexual suele ser tradicionalmente llamada "violación por la fuerza", en este sentido, gran parte de las personas entienden que una violación es aquella acción en la que A coacciona físicamente a B a realizar un acto sexual. Esta idea es la que ha prevalecido en el pensamiento jurídico actual y es el motivo por el cual, en los casos de violación, para obtener una condena se exige reiteradamente, como prueba de gran peso, que el grado de resistencia de la víctima al acto sexual sea evidente, ya que así se refleja una falta de consentimiento, en medida que se demuestra que el sujeto pasivo presentaba una voluntad opuesta a la del sujeto activo. Ahora bien, es necesario señalar que "carece ya completamente de sentido plantear cuestiones relativas a la validez de un consentimiento arrancado mediante violencia o intimidación" (Monge, 2005, p. 69). Frente a todo lo expuesto, la doctrina considera que tanto en el derecho como en la práctica:

> No debería existir una presunción que dictamine que la víctima da su consentimiento porque no ha mostrado una resistencia física a una determinada conducta sexual no deseada, sin importar si el autor amenazó con hacer uso o no de la violencia física. (Williams, 2020, p. 154)

En atención a lo explicado, podemos concluir que desde la perspectiva del derecho penal ecuatoriano la punibilidad de la conducta de violación estará condicionada a las tres circunstancias previamente analizadas. Las falencias expuestas respaldan la urgente necesidad de cambiar la tipificación del artículo 171 del COIP, el fundamento detrás de esta afirmación es que:

> El límite que implica la punibilidad de la conducta estará en el consentimiento eficaz, siendo perfectamente viable que una persona mayor de edad, y capaz física y psíquicamente, se encuentre en una situación que le obligue a mantener una relación que no desea, aun sin la concurrencia de fuerza física o amenaza alguna. (Wolters, 2019, p. 80)

2.2. Consentimiento Sexual

El significado del consentimiento dentro de la esfera sexual no es algo que este asentado completamente, debido a que son pocas las definiciones que realmente conceptualizan el alcance de este término. En vista que en la actualidad ha surgido un debate social sobre el consentimiento dentro de una relación sexual, está problemática se ha elevado a un nivel jurídico, en tanto, la

legislación ha identificado que no existe una estandarización en la definición y alcance del consentimiento en el ámbito sexual, lo cual ha ocasionado inconsistencias en su tratamiento. Está problemática se ha manifestado en un considerable impacto en la protección de víctimas de agresiones sexuales.

Es importante destacar que en la regulación penal ecuatoriana no existe una definición de consentimiento. Ahora bien, Malón (2020) (citado por Gill, 2021) menciona de forma general que el consentimiento sexual debe ser entendido como el comportamiento de una persona que comunica su voluntad de realizar un acto sexual específico, cabe mencionar que esta voluntad puede ser tanto de acción como de inacción. Como podemos observar, está definición establece que el consentimiento es la expresión de la voluntad de participar en una actividad sexual, no obstante, no se establece como se puede manifestar tal voluntad. Es decir, existe la duda de si el consentimiento debe ser un comportamiento verbal, como palabras; o si una conducta no verbal, como son los gestos, también puede ser considerada como la afirmación de un consentimiento.

Es importante entender que para la práctica de una actividad sexual la persona debe expresar el deseo de participar en el acto. Sin embargo, esta voluntad no se limita únicamente a decidir con quién se realizará el coito sexual, sino también la forma de realizarlo, el lugar y el tiempo en el cual se efectuará la actividad sexual. Así pues, el consentimiento incluye varios aspectos relacionados a la práctica sexual, tales como: el sitio donde se realizará, ya que, si el lugar no le resulta seguro o cómodo, la persona en ejercicio de su libertad sexual tiene el derecho de negarse a continuar con la actividad sexual; el tiempo en que desea tener la relación sexual; y, la manera en la cual el acto sexual se desarrollará, debido a que, si la posición le causa desagrado o incomodidad la persona también tiene el derecho a negarse a realizar el acto sexual, un ejemplo claro de esta situación sería que:

> Aceptando tener relaciones sexuales la mujer con un hombre, este pretenda efectuar una posición que le cause dolor a ella, por lo que al negarse esta, provoca en el hombre una reacción violenta, agrediendo físicamente a la mujer o amenazándola, logrando vencer su resistencia y practicándoles, en contra de su voluntad el acto sexual. (Noguera, 2011, p. 64)

Por lo tanto, si la actividad sexual fuera forzada en desinterés de los deseos de la persona se estaría configurando el delito de violación sexual. De forma resumida y en palabras de Noguera

(2011) “hay violación sexual, cuando se le obliga a la persona a tener acceso carnal en un lugar que no es de su agrado u obligándola en una posición incómoda” (p. 153).

2.2.1. Ausencia de consentimiento como elemento integrador del tipo

Entendido que significa el consentimiento y como éste es fundamental en el ejercicio del derecho de libertad sexual, es el momento de profundizar en el objetivo principal de este trabajo. El consentimiento es el elemento negativo del tipo penal de violación, dado que los delitos que atentan contra la libertad sexual requieren que la conducta sexual sea realizada sin el consentimiento válido del titular del bien. Respecto a esto, Gill (2021) sostiene que “la falta de consentimiento o cuando el consentimiento de la víctima es ineficaz constituyen uno de los elementos que caracterizan el tipo objetivo de los delitos contra la libertad sexual” (p. 6).

Para poder comprender la importancia de la ausencia del consentimiento en el delito de violación, es necesario referirnos al ámbito internacional. En tal sentido, es necesario mencionar el “Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica”, conocido como Convenio de Estambul, en el cual se concede al elemento de la ausencia de consentimiento la condición de eje central en los delitos sexuales, debido a que establece que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes” (Convenio de Estambul, 2011, art. 36. 2).

Materializar la falta de consentimiento como elemento fundamental en la tipicidad y configuración de la violación, resulta en la necesidad de definir con claridad el alcance y significado del consentimiento en las relaciones sexuales. Tras el reconocimiento del consentimiento como un componente esencial en la tipicidad de los delitos sexuales, la doctrina ha señalado una serie de características que debe presentar la ausencia de consentimiento para que pueda ser considerada como tal. Estas condiciones se refieren a la validez y eficacia del consentimiento en relación con la capacidad, libertad y forma.

El primer requisito hace referencia a la capacidad de la persona que manifestó su consentimiento, al respecto, se entenderá que no existe un consentimiento válido cuando el sujeto pasivo no cuente con la capacidad plena para consentir la “lesión de su libertad sexual”. En otras

palabras, no se puede considerar que el consentimiento sea válido en los casos en los cuales: la víctima sea menor de edad, ya que, la ley considera que no tiene capacidad de autodeterminarse sexualmente, por tanto "no puede consentir válidamente" (Cox, 2003, p. 58); la víctima haya expresado su voluntad de participar en la actividad sexual, bajo amenaza o fuerza, debido a que, estas circunstancias "reducen la libertad de decisión ante la superioridad del agente" (Wolters, 2019, p. 80); la víctima se halle privada del sentido o razón, porque, la persona no cuenta con la capacidad natural de consentir el acto sexual.

El segundo requerimiento se refiere a la libertad, esto quiere decir que el consentimiento debe ser manifestado de libre y voluntariamente. Esta característica fue analizada a profundidad en el acápite 2.1.2 por este motivo únicamente se realizará una breve explicación. En esta condición se evalúa que el consentimiento no sea viciado, en este sentido, se considera viciado el consentimiento si este fue obtenido mediante violencia, intimidación, o abuso de poder. Así mismo, se considera viciado si fue obtenido en base a un error, en medida que, este error haya afectado los motivos por los cuales se consintió; se entiende un consentimiento viciado si este fue expresado a través de coacción o engaño. La razón por la cual estas circunstancias vician el consentimiento es debido a que "cortan, limitan o anulan la libre decisión de una persona en relación con su actividad sexual" (Martos, 2019, p. 85).

El tercer y último requisito es aquel que tiene que ver con la forma en que se manifestó el consentimiento. El consentimiento debe ser expresado anterior o simultáneamente a la realización de la cópula sexual. Esto implica que antes de realizar el acto sexual la persona tiene el derecho de decidir, como previamente ya se mencionó, con quién realizará el acto, la forma de ejecutarlo, el tiempo y el lugar. El consentimiento no puede ser otorgado posterior a la actividad sexual, porque se estaría hablando de un "perdón del ofendido" mas no de un consentimiento como tal. Ahora bien, el consentimiento en la esfera de la sexualidad puede ser revocado en cualquier momento sin que este tenga algún tipo de efecto vinculante en relación con la otra persona. En otras palabras, la persona puede echarse atrás sin que esto implique alguna obligación de concretar o terminar el acto sexual.

Este tercer requisito también incluye la forma del consentimiento, el cómo debe ser manifestado. Esto significa que el consentimiento debe otorgarse claramente, sin embargo, esto no

implica que deba ser siempre expreso. Al respecto, "López (1999) afirma que es discutido por la doctrina si se precisa la exteriorización del consentimiento de forma expresa o si es suficiente con que el consentimiento exista y se manifieste a través de actos concluyentes" (citado por Gil, 2021, p. 22). No obstante, no existe unanimidad respecto al alcance y límites de este tipo de consentimiento y se afirma que:

> Todavía no parece claro y se antoja complicado de entender que es lo que la ley considera ilegal cuando se trata de analizar si la participación y el consentimiento es voluntario o no, o si existe un consentimiento expreso a través de palabras, actos o de alguna otra manera. (Williams, 2020, p. 153)

Es menester dentro de esta explicación establecer la diferenciación que existe entre la figura del consentimiento, que se concede para ejecutar un acceso carnal, y aquellas expresiones de voluntad que la víctima pudiere realizar para impedir un riesgo de daño mayor en el caso de violación. Respecto a la víctima mujer, esta jurídicamente generalizada la relación entre violencia, resistencia y consentimiento, en la cual, se considera que la falta de resistencia equivale a un consentimiento afirmativo. En el plano jurídico según Rodríguez (2000) "una mujer siempre resiste a la ejecución de una conducta sexual, de manera que, si en un caso concreto la víctima no emprende una reacción defensiva, debería entenderse que consintió" (p. 54).

Esta manera de entender la dinámica de una violación es insostenible, ya que, desde una perspectiva político criminal existen tres motivos por los cuales la resistencia del sujeto pasivo no es una opción segura. Primero, si la víctima luchara con su agresor se expone a un riesgo mayor como perder la vida; segundo, la resistencia puede resultar en que la agresión se alargue y los efectos físicos y psicológicos sean aún más fatales; y tercero en la mayoría de los casos la resistencia de la víctima no evito que la violación sucediera. En consecuencia, actualmente "en el ámbito criminológico hoy es mayoritaria la posición que enfoca la actitud de la víctima en términos de ausencia de voluntad para intervenir en el hecho y no a partir de la exigencia de una reacción defensiva" (Rodríguez, 2000, p. 54).

Persiste la incapacidad de demostrar que la ausencia de consentimiento es un medio de prueba, con la suficiente carga para poder conseguir una sentencia condenatoria. No obstante, consideramos que son los síntomas psicológicos común a toda víctima de agresión sexual los que

demuestran que la relación sexual no fue consentida. Al respecto, Brision (2002) explica que “el trauma causado por la violación de manera memorable: No solo asuela la mente consciente e inconsciente, sino que se queda en el cuerpo, en cada uno de los sentidos, listo para resurgir cuando algo desencadena una reescenificación del suceso traumático” (citado por Alcoff, 2018, p. 29).

Es así como, resulta necesario señalar cuales son los efectos psicológicos que una violación sexual tiene sobre una víctima:

- Shock postraumático
- Trastornos del sueño
- Culpabilidad
- Vergüenza
- Repulsión física hacia los hombres
- Depresión
- Cólera, furia, enojo o indignación
- Ansiedad
- Alteraciones del funcionamiento social. (Sánchez, 2000, pp. 30-32)

A modo de conclusión, “los límites relacionados con la actividad sexual deben ser reconsiderados de manera periódica, y características como la pasividad o la ausencia de violencia expresa no deben ser consideradas como un signo de participación voluntaria” (Williams, 2020, p. 154). Por otro lado, en Ecuador la figura de la ausencia del consentimiento presente falencias claras y concretas en el plano jurídico penal, en tanto, el legislador no ha incluido expresamente la falta de consentimiento como requisito del tipo penal de violación. Esto conlleva a que se realicen constantemente interpretaciones, debido a que, la atipicidad de la conducta por ausencia de consentimiento no puede ser derivada de la propia norma penal. En otras palabras, en Ecuador la falta de consentimiento por no ser considerada como elemento integrador de la violación, ha contribuido a que se perpetue un vacío legal que dificulta en gran medida la litigación, regulación y judicialización de la violación. Si se pudiera llegar a considerar esta ausencia de consentimiento dentro del tipo penal se reorientaría la valoración de la prueba y contribuiría a disminuir la revictimización en los casos de violación.

2.3. Agravantes, que incluyen Abuso de Vínculo Afectivo

El artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal establece situaciones en las cuales se sancionará con el máximo de la pena privativa de libertad cuando:

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanentes.
2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.
3. La víctima es menor de diez años.
4. **La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.**
5. La víctima se encuentre bajo el cuidado del agresor por cualquier motivo, siempre y cuando no constituya una violación incestuosa.
6. Cuando dicha violación es grabada o transmitida en vivo de manera intencional por la persona agresora, por cualquier medio digital, dispositivo electrónico o través de cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación.
7. Cuando además de la grabación o transmisión de esta violación con cualquier medio digital, dispositivo electrónico o a través de cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación, se agreda físicamente a la víctima, y dicha agresión también sea grabada o transmitida. (COIP, 2014, art. 171)

La circunstancia agravante que establece el código tiene varios supuestos, sin embargo, para objeto de este trabajo es únicamente relevante aquellas situaciones agravantes establecidas en el numeral cuatro, ya que, para la ejecución del delito el sujeto activo se prevaleció de una posición de poder sobre la víctima. Cabe recalcar que a pesar de que el artículo intenta recoger toda situación de prevalimiento falla en la tarea, debido a que existe un gran vacío legal en medida de que solamente se consideran las situaciones de poder sobre un menor de edad. En este sentido, el Código Penal ignora tipificar aquellas circunstancias en las que el agresor se haya prevalido de cualquier posición de autoridad sobre una víctima mayor de edad, con la que comparte no solo un vínculo de confianza sino también un vínculo afectivo. En otras palabras, el artículo no tipifica aquellos casos de violación en los que las circunstancias influyen en el consentimiento de la

víctima, tales como: entre convivientes, cónyuges, enamorados, compañeros de trabajo, amigos, y entre otras, relaciones interpersonales.

Es importante comprender que este tipo de violación se realiza a través de una coacción sexual, considerando que en estos casos la violación "puede tener lugar con sigilo, con manipulación, con palabras delicadas y con buenos modales" (Alcoff, 2018, p. 28). En tal sentido, se entenderá que se configura el delito debido a que el sujeto activo se valió de su posición de superioridad para obtener un consentimiento que se considera viciado, ya que esta superioridad tiene la suficiente fuerza para producir una limitación considerable en la voluntad de la víctima. Respecto a lo mencionado y en palabras más concretas, Wolters (2019) afirma que "el agente del hecho, consciente de la situación de superioridad y de sus efectos inhibidores de la libertad de decisión de la víctima, se prevalga de la misma situación para conseguir el consentimiento, así viciado, a la relación sexual" (p. 80).

La doctrina española establece que el término prevalimiento es el correcto para poder describir este tipo de situaciones. La jurisprudencia española nos ofrece amplias y claras definiciones sobre el significado del prevalimiento en las relaciones sexuales. En tal sentido, se afirma que:

> El aprovechamiento de cualquier estado o situación que otorgue al sujeto activo una posición privilegiada respecto del sujeto pasivo, de la que el primero es consciente que le confiere una situación de superioridad, para abusar sexualmente de la víctima, que de esta forma no presta su consentimiento libremente, sino viciado, coaccionado o presionado por tal situación. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, STS 9/2016, 2016, fj. 1)

> El prevalimiento se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual súbitamente impuesta. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, STS 344/2019, 2019)

Con la finalidad de entender bajo que circunstancias el consentimiento fue forzado por una posición de poder, se puede enunciar la siguiente experiencia:

> No la llamaría una violación en una cita, sino que lo llamaría violación por fuerza mental. Una persona en la que yo confiaba me manipuló por completo debido a mis propias debilidades de carácter y me hizo tener relaciones sexuales. Todavía siento mucha vergüenza acerca de lo que pasó porque en lo profundo de mí siento que di mi consentimiento.
>
> Esa noche, quien era mi maestro, consiguió quedarse a solas conmigo, porque me había ofrecido enseñarme nuevas técnicas de percusión. Luego él creó una situación en la cual, por miedo y por presión simplemente dejé que tuviera sexo conmigo. Me culpé por dejar que me "usaran", por dejar que me "manipularan". (Rose, 2003, pp. 33-34)

A modo de resumen, podemos observar que "la vinculación sexual fue obtenida por el aprovechamiento de la relación de poder y confianza" (Corte CIDH, Serie C, Caso Guzmán Albarracín y otras vs Ecuador, 2020, párr. 131). En conclusión y por lo previamente citado, podemos indicar que el prevalimiento se refiere a aquella posición de superioridad que el sujeto activo aprovecha para limitar la voluntad del sujeto pasivo y establecer una relación de índole sexual. De tal modo, podemos afirmar que la presencia del prevalimiento en el delito de violación es de vital relevancia porque determina que el consentimiento manifestado por la víctima no es jurídica o penalmente válido, lo cual, como ya sabemos lo convierte en un consentimiento viciado.

2.3.1. Seducción y Manipulación

Existe cierta controversia respecto al relieve que una acción sexual debe tener para que pueda ser considerada lo suficientemente grave para afectar el bien jurídico de la libertad sexual de una persona. Es dentro de este debate en donde surge la discusión sobre lo que puede y debe ser considerado como "coacción sexual". Así, por ejemplo, el acto de besar puede interpretarse como una forma de seducción, no obstante, no siempre tiene un significado sexual, según Monge (2005) "este matiz sexual se manifiesta cuando el mismo se idóneo para avivar el instinto sexual, y por su importancia permita apreciar que se ha realizado un atentado contra la libertad sexual del sujeto pasivo" (p.82). En otras palabras, deberá determinarse las circunstancias concomitantes del acto, por ejemplo, que parte del cuerpo fue besada. Por otro lado, Rodríguez (2000) afirma que

“tampoco cabe deducir el consentimiento de cualquier signo que demuestre algún grado de excitación sexual en el sujeto pasivo, básicamente porque tal reacción es perfectamente compatible con una voluntad contraria a la realización del hecho” (p. 191).

Es en este intento de entender la naturaleza del acto sexual, donde se presenta la circunstancia en cual el sujeto pasivo y activo mantienen una relación sentimental. Por ejemplo, en la situación en cual una persona tiene el consentimiento de su pareja de acceder carnalmente solo por vía vaginal, manipula con insultos o palabras dulces a la otra persona para practicar el coito anal, se configura el delito de violación. Debido a que, “la relación íntima siempre involucra algún grado de implementación, y, sin embargo, en ese punto, yo no sentí un “dar y recibir” ni una modificación recíproca de autonomía” (Alcoff, 2018, p. 20). En estos casos la manipulación sucede incluso después del acto, en tanto, el sujeto activo intenta desviar la culpa, bajo excusas que usualmente se consideran equivalentes al consentimiento.

En conclusión, en el marco jurídico continúa existiendo incertidumbre respecto a con cuanta claridad se manifiesta el consentimiento y sobre la forma de interpretar los actos dirigidos a iniciar una relación sexual. No obstante, es bastante claro que lo que le interesa al delito de violación es que se haya afectado la asertividad sexual de la persona, y siempre que nuestra voluntad sexual se vea restringida o limitada se está afectando nuestra libertad sexual. Cabe recalcar que, el debate respecto a saber poner límites y expresar una voluntad sexual continúa en aquellas sociedades en las que mujeres y hombres crecen sin saber cuáles son sus deseos sexuales y sin las herramientas para poder expresar su voluntad.

2.4. Violación entre Cónyuges

En Ecuador una de las instituciones con más tutela e historia jurídica es el matrimonio. Recordemos que nuestra ley civil define a esta figura como “un contrato solemne por el cual dos personas se unen con el fin de vivir juntos y auxiliarse mutuamente” (Código Civil, 2005, art. 81). El matrimonio es integrado por dos elementos fundamentales: uno material (corpus) y otro intelectual (animus). El primer elemento, hace referencia a la unión del hombre y la mujer que se manifiesta en el exterior a través de convivencia de los cónyuges; por otro lado, el segundo elemento, se refiere al *affectio maritalis* entendido como la afección marital, es decir, la intención de quererse y respetarse mutuamente dentro del matrimonio. Este elemento espiritual también

incluye la voluntad de mantener una vida en común y la intención de perseguir los fines propios de la sociedad conyugal. La concurrencia del elemento físico y el elemento espiritual da lugar a que el matrimonio se considere constituido. En otras palabras y siguiendo el pensamiento católico que prima aún hoy en día: "es la cópula carnal la que da al matrimonio su naturaleza sacramental e indisoluble" (Morant, 2002, p. 454).

Ahora bien, la moral católica considera que uno de los fines primordiales del matrimonio es la procreación, al respecto "Sánchez (2005) afirma que cualquiera de los cónyuges puede obligar al otro a acceder al acto carnal con la finalidad de cumplir el fin de procrear" (citado por Obregón, 2018, p. 15). Era responsabilidad de la mujer someterse sexualmente, en tanto se consideraba que por su condición de esposa debía mantener un ambiente conyugal tranquilo y pacífico en el que no se presentara conflicto alguno de poder o autoridad. En otras palabras y como afirma Morant (2002) "las mujeres están obligadas a someterse a sus maridos, y no al contrario" (p. 41).

El derecho a la libertad sexual es reconocido como uno de carácter personalísimo, por lo tanto, esté no se perderá por el estado civil de la persona. En otras palabras, la mujer casada tiene libre disposición sobre su cuerpo, en tanto, en el matrimonio por sobre los deberes conyugales priman los derechos personales como el de la libertad en su modalidad de libertad sexual. Así, por ejemplo, la mujer tiene derecho a negarse a mantener relaciones sexuales con su esposo porque ella ejerce su libertad sexual y si el cónyuge la obliga a realizar el acto sexual a través de cualquier tipo de violencia o amenaza se tipificaría como un delito de violación. Respecto a este tipo de violación, la doctrina afirma que:

> El bien jurídico que la ley protege en este delito es el derecho que tiene la persona de disponer libremente de su cuerpo y decidir cuándo desea tener actividad sexual y cuándo no, por lo que dicho derecho no se pierde al estar casado o ser conviviente. (Noguera, 2011, p. 56)

En el Código Penal de 2014 se ha omitido completamente considerar aquellas violaciones que se puedan suscitar dentro de un matrimonio. Está falencia ha conseguido perpetuar el pensamiento tradicional, en el que no se consideraba una violación si el débito conyugal era forzado, ya que, primaba la protección de la moral matrimonial, en tanto, era la honestidad de la mujer casada el bien jurídico. Por esta razón, siempre que la violación tuviese lugar entre cónyuges, era considerada como causal de justificación para este delito. Según "Peña (2000) entre cónyuges

existían comportamientos permitidos como agresiones físicas para tener acceso carnal en contra de la voluntad de la mujer, en otras palabras, el cónyuge podía disponer libremente de su mujer y no tener una sanción penal" (citado por Obregón, 2018, p. 28). Por lo tanto, la esposa que era víctima de violación constantemente tenía la seguridad de que su cónyuge no tendría sanción penal alguna.

El artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal contiene un enorme vacío legal respecto a la falta de tipificación de violación entre cónyuges como circunstancia agravante del delito. El sistema penal ecuatoriano tiene la obligación jurídica de establecer como violación "cuando un esposo obliga a su cónyuge con violencia o grave amenaza a practicar el acto sexual con una tercera persona" (Noguera, 2011, p. 55). El forzar al cónyuge a practicar el acto sexual contra su voluntad, es configurar el delito de violación, en circunstancia agravada debido a que el cónyuge ha abusado de la confianza de su pareja. En conclusión, es menester que la ausencia de consentimiento en un acto sexual deba ser considerado como elemento suficiente para comenzar un procedimiento penal por violación, en aquellas situaciones en las cuales el delito se ha efectuado al interior de una relación conyugal.

TERCERA PARTE

3. "De la Propuesta de Reforma al Artículo 171"

3.1 Pilares del Artículo 171 del COIP

Las mujeres solían creer que el maltrato, los abusos y la violación eran realidades inalterables en su vida diaria, creían que eran hábitos de la sociedad hacia la mujer; no problemas sociales que debían ser corregidos. Los esfuerzos de los movimientos feministas han permitido, que la mujer reconozca a estos comportamientos como efectos de la desigualdad de género. Esto no significa que el fenómeno recién ha surgido, por el contrario, significa que recién se ha visibilizado su importancia e impacto. En este contexto, la violencia de género se convirtió en un término nuevo que sensibilizó el pensamiento cultural frente a la discriminación y la violencia contra la mujer.

El discurso jurídico – penal actual evidencia la intolerancia del legislador hacia todos los tipos de violencia. Sin embargo, según Koulianou-Manolopoulou y Fernández (2008) "los efectos de las antiguas percepciones de la relación sexual, la psicología de las mujeres y de los hombres siguen hoy vivas en una no despreciable parte de personas" (p. 16). Es así como, en los delitos de violencia sexual, las costumbres y los estereotipos sexistas, han generado una tipificación deficiente e incapaz de proteger a la víctima.

Es en este punto donde nos planteamos la necesidad de modificar el sentido del artículo 171 de nuestro Código Orgánico Integral Penal, con el objetivo de que se deseche el contexto de desigualdad y desconocimiento en el cual fue escrito y abarque lo que nosotros consideramos sus tres pilares: violencia sexual, libertad sexual y ausencia de consentimiento.

3.1.1. Violencia Sexual

La violencia sexual continúa siendo una realidad en la vida de las ecuatorianas. Esto es el resultado de desconocer la verdadera naturaleza de las agresiones sexuales, lo que ha perpetuado una cultura de tolerancia que dificulta, en gran medida, la protección de las víctimas y el juzgamiento de los agresores. En este sentido, "algunas normas y fallos jurisprudenciales, en materia de violencia sexual, reproducen estereotipos de género que se conocen como mitos de

violación" (Correa, 2020, p. 189). Afirmamos entonces, que la tarea del legislador es realizar una tipificación lo suficientemente efectiva, para que la norma pueda enfrentar la realidad de las agresiones sexuales. En palabras de la doctrina:

> El primer obligado a luchar contra la desigualdad con carácter general y contra la violencia de género más específicamente, que es la forma de discriminación más brutal que existe porque consiste en someter a las mujeres con violencia a las decisiones que adopta una sociedad de hombres, construida en esencia para favorecer el libre desarrollo de la personalidad de los hombres, es el propio legislador porque tiene que remover los obstáculos que impiden que la igualdad entre hombres y mujeres sea efectiva, seleccionando los bienes jurídicos, las conductas que los agreden y las penas que les correspondan a quienes los ataquen de acuerdo con los principios generales del Derecho Penal. (Acale, 2019, p. 220).

La Constitución de la República reconoce el derecho de la mujer a una vida libre de violencia física, psicológica y sexual tanto en su ámbito público como privado. No obstante, el gobierno ecuatoriano en su intento de crear y desarrollar políticas que enfrenten este problema aún no consigue garantizar a las mujeres su derecho a una vida libre de violencia. La violencia sexual según la Coalición Nacional de Organizaciones de Mujeres (2014) "constituye un delito que atenta contra el derecho a la libertad sexual, a la igualdad y a la integridad de las mujeres y de las niñas, y va en contra de los preceptos constitucionales del derecho a una vida sin violencia" (p. 14).

Por todo lo dicho, nosotros identificamos que las políticas de erradicación de la violencia contra la mujer requieren de una constante mirada integral. Pues los comportamientos culturales estereotipados contra las víctimas de violencia sexual son los que permiten que las acciones de los administradores de justicia sean ineficaces al momento de garantizar el derecho a la libertad sexual de la mujer víctima de violación. Por lo tanto, establecemos que existe la necesidad de modificar el delito de violación, para que éste pueda reconocer dentro de su tipo, las prácticas sexuales dentro de relaciones caracterizadas por un vínculo afectivo en las cuales el consentimiento es afirmativo o válido.

3.1.2. Libertad Sexual

Como bien ya hemos establecido a lo largo del presente trabajo, el bien jurídico de los delitos sexuales y por tanto del delito de violación es el derecho a la libertad sexual, entendido

como el derecho que tiene una persona a autodeterminarse sexualmente. De tal modo, la razón detrás de la tipificación de delitos sexuales es sancionar aquellas conductas que impiden que la persona pueda determinarse libremente en la esfera sexual. Sin embargo, es necesario acotar que no cualquier conducta sexual es penalmente perseguible, es decir:

> El derecho penal debe intervenir únicamente cuando se esté vulnerando la posibilidad de las personas de vivir tanto íntima como socialmente su sexualidad, esto es, cuando un agente externo intervenga de manera tal que el afectado vea alterada, forzada o coarta su vivencia en este ámbito, con la consiguiente reducción de la esfera de determinación propia de cada uno. (Cox, 2003, p. 55)

Nuestra revisión doctrinaria nos ha permitido determinar, que la libertad sexual tiene cuatro pilares fundamentales, los mismos que deben ser respetados siempre que exista un consentimiento afirmativo en la relación sexual. Estos aspectos establecen que:

1. La sexualidad es un elemento puntual para el desarrollo de la identidad personal, Por esta razón, cada persona determinará que desea obtener de su conducta sexual. En este sentido, se establece que al derecho penal le es indiferente los fines que la persona persiga al tener relaciones sexuales siempre que para la obtención de estos no se afecte la autodeterminación sexual de un tercero.
2. Cada persona puede desenvolver su sexualidad de la manera que considere más conveniente. Por lo tanto, no le corresponde al legislador establecer formas “normales” de realizar el acto sexual.
3. Toda persona es libre de tener una relación sexual con quien se desee, siempre y cuando exista el consentimiento afirmativo de la otra persona. En este sentido, el derecho penal intervendrá únicamente en aquellas relaciones sexuales en las cuales se haya atentado a la libertad sexual de la persona.
4. La libertad sexual tiene dos aspectos: positivo y negativo. La dimensión positiva o activa se refiere al derecho que tiene la persona a realizar actos sexuales con terceros, con su consentimiento y sin afectar a terceros. Por otro lado, la dimensión negativa o pasiva hace referencia al derecho que tiene la persona a no ser obligada a mantener una relación sexual que no desee.

3.1.3 Ausencia de consentimiento

Aún hoy en día, existe la equívoca idea de que existe una sola forma de violación, denominada "violación real". En el pensamiento ecuatoriano aún se mantiene esta falsa creencia, la cual establece que existirá violación "si el agresor es un hombre, violento, desconocido por la víctima, y normalmente armado, que ataca a una mujer, en un callejón oscuro o lugar solitario y aislado; la mujer normalmente se resiste abiertamente y resulta lesionada físicamente" (Correa, 2020, p. 194). Es así como, si el delito no cumple con alguna de estas características, bajo el pensamiento jurídico – penal ecuatoriano no se configuraría el delito de violación. Una vez revisada la doctrina y jurisprudencia, podemos determinar que este "mito de violación" es el origen de las siguientes, igualmente erradas circunstancias:

1. Si solo se contempla la situación en la que una persona desconocida cometa la violación, se descarta completamente la posibilidad de que un amigo, cónyuge o pareja sentimental perpetre la agresión. El artículo 171 del COIP falla en la tarea de aclarar esta falsa creencia, ya que no tipifica las situaciones en las cuales el sujeto activo comparte un vínculo afectivo con el sujeto pasivo.
2. Si se considera que solo existe violación cuando para obtener el acceso carnal se utilizó fuerza, amenaza o intimidación; se elimina aquel tipo de violación en la que únicamente existió la ausencia de consentimiento de la víctima. Esta noción aún se mantiene en nuestro Código Penal, en tanto el artículo 171 tipifica que la violación no se configurará con la sola presencia de la ausencia de consentimiento.
3. Si se contempla que el delito de violación no se configurará, si no existe evidencia de resistencia de la agresión. Cabe mencionar, que el artículo 171 de nuestro Código Penal corrige esta errónea creencia, ya que tipifica como violación aquellas circunstancias en las que el delito se efectúa contra una persona privada de sentido o razón.

Como bien ya hemos expuesto, todo delito sexual se caracteriza por la ausencia de consentimiento, en tanto se busca sancionar todo comportamiento sexual que atente contra la libertad sexual de la persona. No obstante, nuestro Código Orgánico Integral Penal perpetúa la idea de que la falta de consentimiento no es un elemento del tipo penal. Es así como, el artículo

171 del COIP no establece a la ausencia de consentimiento como circunstancia configuradora del tipo penal. Esta falla ha provocado que:

> No se logren reunir los elementos de prueba suficientes para continuar con una acusación en contra del imputado, pues para que se proceda declara la existencia de la infracción desde el punto de vista procesal, es necesario que los elementos de dicho acto consten en el proceso introducidos por medio de pruebas directas y específicamente señalados por la ley. (Benalcázar, 2007, p.37)

Por todo lo mencionado podemos afirmar que en Ecuador el tipo penal de la violación lo que sanciona es la violencia sexual contra la mujer. De este modo, el delito omite condenar tanto la agresión sexual, como el atentado a la libertad sexual, que son elementos caracterizadores de este tipo penal. Es decir, el delito de violación en el fondo lo que sanciona es la violencia utilizada para el acceso carnal, y pasa por alto la afectación a la voluntad de la víctima, en vista de que no considera a la ausencia de consentimiento como razón suficiente para configurar una violación.

3.2 Propuesta de Reforma al Artículo 171

Una vez revisada doctrina y jurisprudencia sobre el tipo penal de la violación, nos presentamos ante la necesidad de proponer una reforma al artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal.

3.2.1 Justificación

La reforma propuesta al artículo 171 del COIP busca incluir dos elementos que permitan la efectiva protección del bien jurídico de la libertad e integridad sexual:

1. La ausencia de consentimiento como elemento configurador del tipo; y,
2. La violación, entre cónyuges, convivientes, amigo o entre personas que comparten un vínculo afectivo, como circunstancia agravante.

Esta reforma busca eliminar todas aquellas incertidumbres que se han llegado a presentar al momento de analizar la existencia del delito de violación. Estas situaciones de duda incluyen:

1. Cuando la víctima se haya negado a la relación sexual, lo cual representa una falta de consentimiento.

2. Cuando la víctima no se haya resistido, lo cual no representa un consentimiento afirmativo.
3. Cuando la víctima sea cónyuge de su agresor.
4. Cuando la víctima comparta con su agresor una vínculo afectivo, mismo que existe dentro de una relación de: compañeros, amigos, parejas, ex – parejas, vecinos, entre otros.

3.2.2 Propuesta de Reforma al artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal

Art. 171.- Violación. – Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

1. **Cuando la víctima no haya manifestado su consentimiento mediante actos que, según las circunstancias del caso, expresen clara y libremente su voluntad.**
2. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.
3. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.
4. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

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

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.
2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.
3. La víctima es menor de diez años.
4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.

5. La víctima se encuentra bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo, siempre y cuando no constituya violación incestuosa.
6. **El agresor sea cónyuge, conviviente, pareja o cualquier persona que comparta un vínculo afectivo con la víctima.**
7. Cuando dicha violación es grabada o transmitida en vivo de manera intencional por la persona agresora, por cualquier medio digital, dispositivo electrónico o a través de cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación.
8. Cuando además de la grabación o transmisión de esta violación con cualquier medio digital, dispositivo electrónico o a través de cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación, se agreda físicamente a la víctima, y dicha agresión también sea grabado o transmitida.

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

Conclusiones

- Como ya se ha dicho en el presente trabajo, el reconocer a los derechos sexuales y reproductivos como derechos humanos permitió a las mujeres la posibilidad de ejercer su sexualidad en condiciones de autonomía y equidad. En el esfuerzo por garantizar estos derechos, se estableció a la libertad sexual como el bien jurídico de los delitos de connotación sexual. En este sentido, la libertad sexual surge como un aspecto de la libertad individual, el cual otorga a las mujeres la facultad de autodeterminarse sexualmente.

- Por todo lo expuesto a lo largo del trabajo, afirmamos que en Ecuador el actual delito de violación lo que realmente sanciona es la violencia sexual efectuada contra la mujer y omite sancionar la agresión sexual, que es como bien ya se ha indicado un ataque directo a la voluntad sexual de la persona. Por este motivo, nosotros consideramos que el tipo penal de la violación pasa por alto la afectación a la libertad sexual de la víctima, en vista de que no considera a la ausencia de consentimiento como elemento suficiente para configurar una violación, pese a que es una figura caracterizadora del tipo penal.

- Ahora bien, los casos de violación se pueden presentar inclusive entre personas que comparten un vínculo afectivo. El cual consideramos debe ser entendido como aquel afecto que permite que la víctima baje la guardia y se mantenga en un estado de confianza con su agresor. El COIP falla en su tarea de establecer como violación aquellas agresiones sexuales que se presentan entre cónyuges, convivientes, parejas, ex – parejas, amigos, compañeros.

- En definitiva, evidenciamos que el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal es defectuoso e ineficaz en su tarea de garantizar el derecho a la libertad sexual en todo su alcance. Por lo mismo, consideramos necesario que el artículo sea reformado, para que incluya como elemento configurador a la ausencia de consentimiento; y para que incluya como circunstancia agravante cuando la violación se efectúe entre personas que comparten un vínculo afectivo.

Recomendaciones

- Reformar el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal para que incluya la falta de consentimiento como componente fundamental del delito.
- Reformar el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal para que incluya como circunstancia agravante, cuando la violación ocurre entre personas que comparten un vínculo afectivo.
- Fortalecer los peritajes psicológicos para que puedan convertirse en pruebas de gran peso en aquellos casos en los cuales las huellas físicas se han desvanecido.

Bibliografía

Abadía, M. (2018). *Feminismos y sistema penal: retos contemporáneos para una legitimación del sistema penal.* Recuperado de https://www.digitaliapublishing.com/a/54813

Abarca, L. (2008). *Delitos Sexuales. El atentado contra el pudor. La agresión sexual asimilada a la violación carnal*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador

Acale, M. (2019). La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: Una cuestión de género. *Mujer y derecho penal ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (215 – 254). Recuperado de https://www.digitaliapublishing.com/a/60827

Alcoff, L. (2018). *Violación y resistencia: cómo comprender las complejidades de la violación sexual.* Recuperado de https://elibro.puce.elogim.com/es/lc/puce/titulos/188053

Álvarez, S., Bergallo, P. (2020). *Violencias contra las mujeres. Relaciones en contexto.* Recuperado de https://www.digitaliapublishing.com/a/80628

Amnesty International. (2018). *Right to be free from rape overview of legislation and state of play in Europe and international human rights standards.* Recuperado de https://www.amnesty.org/en/documents/eur01/9452/2018/en/

Ariza, P. (2014). *Derecho y Mujer. Ayer y hoy.* 2ª. edición. Medellín, Colombia: Editorial Sello, Universidad de Medellín

Asamblea Constituyente. (2008). *Constitución de la República.* Montecristi, Ecuador: Asamblea Nacional, Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008

Asamblea Nacional (2005). *Código Civil.* Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.

Asamblea Nacional (2014). *Código Orgánico Integral Penal.* Quito, Ecuador: Registro Oficial Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014

Belem Do Pará, "Convención Interamericana para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra la mujer", 1994

Benalcázar, L. (2007). *Dictámenes Fiscales en Delitos Sexuales*. Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador

Cabanellas, G. (2012). *Diccionario de Ciencias Jurídicas.* Buenos Aires, Argentina: Editorial Helitasta

Caruso, M. (2006). *Nuevas perspectivas sobre delitos contra la libertad sexual.* Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch

Coalición Nacional de Organizaciones de Mujeres. (2014). *Informe Sombra al Comité de la CEDAW Ecuador 2014.* Recuperado de https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_NGO_ECU_18897_S.pdf

Convenio de Estambul, "Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica", 2011.

Correa, M. (2020). Los mitos sobre la violación (Rape Myths) en la construcción y la aplicación del derecho penal. *Violencias contra las mujeres. Relaciones en contexto.* (pp. 189 – 206). Recuperado de https://www.digitaliapublishing.com/a/80628

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (16 de febrero de 2017) Sentencia Favela Nova Brasilia Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. No. 333. Serie C.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (24 de junio de 2020) Sentencia Guzmán Albarracín y otras Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. No. 405. Serie C.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (28 de noviembre de 2018) Sentencia Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. No. 371. Serie C.

Cox, J. (2003). *Los Abusos Sexuales.* Santiago, Chile: Editorial LexisNexis

Gill, I. (2021). *El consentimiento como causa de atipicidad en los delitos contra la libertad sexual.* (Tesis de grado). Universidad de Zaragoza. Recuperado de https://zaguan.unizar.es/record/110437/files/TAZ-TFG-2021-1474.pdf

Goetschel, A., Herrera, G. y Prieto, M. (2020). *Derechos sexuales y derechos reproductivos en Ecuador: disputas y cuentas pendientes.* Quito, Ecuador: FLACSO.

González, J. (2017). *La autonomía reproductiva de las mujeres: los límites del Derecho.* Oviedo, España: Ediciones Trabe, S. L.

Jaramillo, I., y Correa, M. (2021). *Sexo, violencia y castigo.* Recuperado de https://www.digitaliapublishing.com/a/104090

Koulianou-Manolopoulou, P., y Fernández, C. (2008). Relatos culturales y discursos jurídicos sobre la violación. *Athenea Digital*, 14, (pp. 1-20). Recuperado de http://psicologiasocial.uab.es/athenea/index.php/atheneaDigital/article/view/470

Lídice, R. (2019). *Violencia contra la mujer y maltrato familiar.* Recuperado de https://www.digitaliapublishing.com/a/60825

Martínez, M. (2000). *Derechos y delitos sexuales y reproductivos.* 2ª. edición. México D.F, México: Editorial Porrúa

Mejía, R., Bolaños, J., Albínez, J. (2016). *Delitos contra la libertad sexual*. Recuperado de https://elibro.puce.elogim.com/es/lc/puce/titulos/119440

Monge, A. (2005). *Los delitos de agresiones sexuales violentas (Análisis de los artículos 178 y 179 CP conforme a la LO 15/2003, de 25 de noviembre).* Valencia, España: Editorial Tirant Lo Blanch

Monge, A., Sánchez, M., Álamo, M., Estrada, D., Faraldo, P., González, M., y Guerrero, A. (2019). *Mujer y derecho penal ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* Recuperado de https://www.digitaliapublishing.com/a/60827

Morant, I. (2002). *Discursos de la vida buena. Matrimonio, mujer y sexualidad en la literatura humanista.* Madrid, España: Ediciones Cátedra

Noguera, I. (2011). *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual.* Lima, Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley

Obregón, J. (2018). *Implicancias de la violación dentro del matrimonio como requisito previo del aborto sentimental*. (Tesis de grado). Universidad César Vallejo. Recuperado de https://hdl.handle.net/20.500.12692/20132

Plataforma de Acción de la IV Conferencia Internacional sobre la Mujer, Beijing, 1995.

Rodríguez, L. (2000). *Delitos Sexuales.* 2ª. edición. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile

Salgado, J. (2008). *La reapropiación del cuerpo. Derechos sexuales en Ecuador.* Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala.

Sánchez, C. (2000). *Qué es la agresión sexual.* Madrid, España: Editorial Biblioteca Nueva, S. L

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Segunda de lo Penal. (21 de enero de 2016). Sentencia No. 9/2016. (Recurso de casación No. 10668/2015 P). [MP Miguel Colmenero Menéndez de Luarca].

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala Segunda de lo Penal. (4 de julio de 2019). Sentencia No. 344/2019. (Recurso de casación No. 396/2019). [MP Susana Polo García].

Vasco, J. (2016). *Transformaciones del tipo penal de violación y de los sujetos de la relación procesal en el Ecuador 2005-2015.* (Tesis de maestría). Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado de http://hdl.handle.net/10644/4752

Venegas, M., Chachón, P., y Fernández, A. (2018). *De la igualdad de género a la igualdad sexual y de género: reflexiones educativas y sociales.* Recuperado de https://www.digitaliapublishing.com/a/54728

Williams, I. (2020). ¿Por qué tenemos que revaluar el consentimiento en el contexto de la violencia sexual? *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género,* 5(1), (pp. 152- 155). Recuperado de https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5161

Wolters, K. (2019). *Delitos sexuales.* Recuperado de https://elibro.puce.elogim.com/es/lc/puce/titulos/125430

X Congreso Internacional de Derecho Canónico. (2000). *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio.* Pamplona, Italia: Ediciones Universidad de Navarra.