PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

ESCUELA DE DERECHO

DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE ABOGADA

# "LA CORRECTA ESTRUCTURA DEL TIPO PENAL DE LA VIOLACIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL"

MARCELA ANAZETH JÁCOME TAPIA

DIRECTOR: DR. NICOLÁS SALAS PARRA

QUITO, 2020

***Dedicatoria***

*A mi madre y a mi padre, por ser mis ejemplos de sabiduría, apoyos incondicionales, referentes de valores, darme su amor incondicional, y por ser en realidad, mi vida entera.*

*A mi hermano, quien con su forma de ser, me inspira a crecer como persona.*

*A mi Lulis y mi Sofi, quienes con su amor, mejoran cada día de mi vida.*

***Agradecimientos***

*A Dios por brindarme la fuerza para culminar esta etapa de mi vida.*

*A mi familia, en especial a mis tíos Pochi y Angy, por ser mi soporte e impulso cuando llegué a Quito, y sobre todo, por brindarme su cariño y cuidados.*

*A varios de mis profesores de mi alma máter, porque con su sapiencia, me hicieron amar el Derecho.*

**Resumen**

Actualmente en el Código Orgánico Integral Penal, el tipo penal de la violación se encuentra regulado de forma incompleta, pues dentro de los elementos que componen al mismo, existen ciertas fallas que suponen su incorrecta estructura.

Por ello, en esta disertación se aborda la estructura del tipo penal en general y el de la violación, observando cómo debería formarse, para con ello, determinar las falencias del actual tipo penal de la violación en el COIP, y así, establecer una correcta estructura del mismo, por supuesto, con una propuesta de reforma.

**Abstract**

Currently in the Codigo Organico Integral Penal, the criminal type of rape is incompletely regulated, since within the elements that make it up, there are certain flaws that suppose its incorrect structure.

For this reason, this dissertation addresses the structure of the criminal type in general and that of rape, observing how it should be formed, in order to do so, determine the shortcomings of the current criminal type of rape in the COIP, and thus establish a correct its structure, of course, with a reform proposal

**Tabla de contenidos**

Dedicatoria ..... II
Agradecimientos ..... III
Resumen ..... IV
Abstract ..... V
Introducción ..... 8
1. Capítulo I: El tipo penal dogmáticamente ..... 11
1.1 Principios generales del Derecho Penal: ..... 11
1.1.1 El principio de legalidad ..... 12
1.1.2 La tipicidad y el tipo penal ..... 13
1.2 El tipo penal dogmáticamente ..... 16
1.2.1 Parte objetiva ..... 16
1.2.1.1 La conducta típica ..... 17
1.2.1.2 Los verbos ..... 18
1.2.1.3 Las circunstancias ..... 19
1.2.1.4 Los sujetos ..... 22
1.2.1.5 Los objetos o bienes ..... 25
1.2.2 Parte subjetiva ..... 26
1.2.2.1 Dolo ..... 27
1.2.2.2 Culpa ..... 27
2. Capítulo II: Visión crítica del tipo penal de la violación en la doctrina y en la legislación ecuatoriana ..... 28
2.1 El tipo penal de la violación ..... 28
2.1.1 Concepto desde la doctrina ..... 28
2.1.2. Parte objetiva ..... 32
2.1.2.1. La conducta típica de la violación ..... 33
2.1.2.2. El verbo ..... 33
2.1.2.3. Los sujetos ..... 36
2.1.2.4. Los objetos o bienes ..... 43
2.1.2.5. Las circunstancias ..... 47
2.1.3. Parte subjetiva ..... 55
2.1.3.1. Dolo ..... 56

2.2. Breve análisis de la evolución del tipo penal de la violación en los códigos penales del Ecuador ……..57
2.2.1. Código Penal de 1837 ..... 57
2.2.2. Código Penal de 1871 ..... 60
2.2.3. Código Penal de 1889 ..... 63
2.2.4. Código Penal de 1906 ..... 64
2.2.5. Código Penal de 1938 ..... 66
2.2.6. Código Penal de 1971 (Código anterior al COIP – 2014) ..... 70
2.2.7. Ley reformatoria de 2005 al código penal de 1971 (Art. 512) ..... 70
2.2.8. Código Orgánico Integral Penal de 2014 (Art. 171)..... 73
3. Capítulo III: De la correcta estructura del tipo penal de la violación en el Código Orgánico Integral Penal ..... 81
3.1 Parte objetiva..... 81
3.1.1 El verbo..... 81
3.1.2. Los objetos..... 81
3.1.3. Los sujetos ..... 82
3.1.4. Las circunstancias ..... 83
3.2. Parte subjetiva ..... 84
3.2.1. El dolo..... 84
3.3. Necesidad de reforma..... 85
3.4. Proyecto de reforma ..... 87
Conclusiones..... 88
Recomendaciones ..... 91
Referencias bibliográficas..... 93
Bibliografía ..... 99

## Introducción

Una de las mayores conquistas del Derecho, y sobre todo del penal, es el principio de legalidad, es decir, esa obligación de los Estados que tipificar las conductas prohibidas, permitidas, facultativas, entre otras. Esto cobra sentido en el hecho de que en la Antigüedad, los monarcas eran quienes decidían, a su arbitrio, si una conducta era o no merecedora de un castigo, con lo cual, existía una imprevisibilidad y arbitrariedad terrible, que daba como resultado injusticias.

Es así que, con aquel principio, se establecen con certeza las conductas que deben abstenerse de realizar los ciudadanos (acción), o en su defecto, aquellas que deben realizar (omisión); con lo cual nadie puede ser juzgado por una conducta, que al momento de ejecutarse, no se encuentre debidamente recogida en una ley penal.

Con base en aquello, nacen los tipos penales, que se traducen en la descripción de la conducta penalmente relevante, aquella que se debe evitar o realizar, según sea el caso, y por lo tanto, son solo aquellas, las que pueden ser o no merecedoras de un castigo.

En tal sentido, los tipos penales deben ser compuestos de una forma sumamente técnica, con una estructura que restrinja interpretaciones inadecuadas y vulneren la restrictividad de interpretación en el derecho penal.

No obstante, en consecución de tal fin, se ha propiciado la mala estructura de los tipos penales, errando en su composición, fallando al momento de definir verbo o verbos rectores, dejando de lado sujetos activos o pasivos, y lo peor, disminuyendo o hasta eliminando la protección a determinado bien jurídico.

En esta disertación, se realiza una análisis del tipo penal de la violación en específico, con el fin de denotar cuáles son sus fallas, faltas, y así establecer una solución a aquello determinando que le hace falta para tener una correcta estructura.

Por ello, en el primer capítulo se aborda el principio de legalidad, la tipicidad y el tipo penal, sentando bases para comprender la importancia del tipo penal en el Derecho y su gran relevancia respecto de la estructura que debe tener.

Además, se aborda al tipo penal de forma dogmática, es decir, una mirada e investigación desde la doctrina que permita establecer los puntos clave que debe contener un tipo penal para su configuración, determinando así, los presupuestos de la parte tanto objetiva como subjetiva, todo esto, desde una mirada descriptiva.

Más adelante, en el segundo capítulo, se plantea un análisis del tipo penal de la violación, pero ya no desde un punto de vista meramente descriptivo, sino, un tanto crítico que permita saber cuáles son los elementos necesarios que la doctrina y la legislación, tanto nuestra como comparada, ha establecido para que el tipo penal de la violación tenga una correcta estructura.

Es así que, se establecen elementos doctrinarios, haciendo una comparación entre aquella del pasado, y aquella más moderna, para tener una relación del porqué de la evolución en este tipo penal; por otra parte, se realiza una análisis crítico de los tipos penales de la violación a lo largo de la historia del Ecuador, desde que surgió el primer código penal de 1837 como codificación, hasta el actual COIP de 2014.

Finalmente, en el tercer capítulo se estudia cómo debería estructurarse de forma adecuada el tipo penal de la violación, recurriendo a todo lo antes investigado y analizado, con el fin de

establecer de forma clara cuál es la correcta estructura, desarrollando uno a uno los elementos del tipo en sus dos partes, objetiva: verbo rector, sujetos, objetos, circunstancias; y subjetiva: dolo.

Con aquello se deja sentado además la necesidad de esta reforma, y por supuesto, la propuesta de la correcta estructura del tipo penal de la violación, misma que debería constar en el actual Código Orgánico Integral Penal.

## 1. Capítulo I: El tipo penal dogmáticamente

### Principios generales del Derecho Penal:

El Derecho Penal, al ser, por una parte, la herramienta punitiva del Estado, y por otra, el limitante a ese poder punitivo, contiene una serie de elementos que lo componen con el fin de limitar su ámbito de aplicación, para que así, no se den abusos o usos no adecuados del mismo contra la sociedad.

Es así que, dentro de estos elementos, se encuentran varios principios que sirven de base a la regulación del Derecho penal, con los cuales, se logra enmarcar la aplicación del mismo en todos sus ámbitos, desde la legislación de conductas hasta el juzgamiento de las mismas.

Justamente partiendo de aquello, es que se han desarrollado por parte de varios autores una serie de principios; no obstante, según Ferrajoli (1995) los fundamentales son los siguientes:

1. “Nulla poena sine crimine”: no hay pena sin crimen.
2. “Nullum crimen sine lege”: no hay crimen sin ley previa.
3. “Nulla lex (poenalis) sine necessitate”: no ha ley sin necesidad.
4. “Nulla necessitas sine iniuria”: no hay necesidad sin daño.
5. “Nulla iniuria sine actione”: no hay daño sin acción.
6. “Nulla actio sine culpa”: no hay acción sin culpa.
7. “Nulla culpa sine iudicio”: no hay culpa sin indicio.
8. “Nullum indicium sine accusatione”: no hay indicio sin acusación.
9. “Nulla accusatio sine probatione”: no hay acusación sin prueba.
10. “Nulla probatio sine defensione”: no hay prueba sin defensa. (p:102)

Estos principios garantizan de alguna forma la correcta aplicación del Derecho Penal a aquellos que conformamos la sociedad, pues limita las potestades de todos aquellos que intervienen en el sistema de formación, uso y aplicación del poder punitivo del Estado; así, se podrían comprender a estos principios como la guía y el limitante a la hora de legislar normas penales, al momento de aplicarlas, etc.

**El principio de legalidad**

En este orden de ideas, es conveniente recordar que el delito es un acto típico, antijurídico, culpable; esquema al que debe ajustarse una conducta por completo, para obtener un castigo; dentro de este esquema dogmático, perteneciente a la escuela finalista, se encuentran plasmados todos estos principios en las diversas categorías que allí se encuentran contenidas. Sin embargo, cabe señalar que en esencia, esta disertación está encaminada a desarrollar lo que respecta al tipo penal, enmarcado dentro de la tipicidad, que a su vez está contenida en el principio de legalidad.

Por aquella razón se empieza por aproximarnos de forma conceptual al principio de legalidad, que para autores como Carrara emerge como eje transversal del Derecho Penal, en tanto que el mismo que se encuentra plasmado en la categoría dogmática de tipicidad, la cual a su vez contiene al tipo penal.

El principio de legalidad, a decir de Carrara (1957), es esa forma de legitimar el poder punitivo del Estado, pues mediante el establecimiento previo de aquello que está prohibido y de lo que está permitido, el Estado y todos sus actores están en la capacidad de punir las conducta que se han establecido como contrarias a Derecho, claro está, si la misma se ha ajustado a todas las demás categorías dogmáticas del delito (p. 124)

Es sobre este principio que reposa la seguridad de las personas de tener una ley previa que detalle las conductas que son susceptibles de ser castigadas por el Estado, así, el adagio de "no hay crimen sin ley previa", tiene su asidero dentro de la parte típica del esquema dogmático del delito, que materializa de forma concreta a dicho principio estableciendo de forma taxativa y restringida, aquellas acciones u omisiones sobre las cuales el Estado puede aplicar su poder punitivo.

Asimismo, este principio según Salas (2017) "es la tranquilidad de saber la respuesta del Estado ante un acto, de que "no puedo ser juzgado por un delito si una ley previa", añade "este principio debe estar presente en la conducta, en la pena para esa conducta, vigencia y en temas de prescripción" (p. 26).

De lo enunciado, se evidencia que la legalidad no es un principio abstracto que se lo enuncia con el fin de evitar la punibilidad de conductas no recogidas previamente; sino que por el contrario, aterriza de forma bastante concreta en varios ámbitos normativos, como por ejemplo: la pena, en la cual deben establecerse el número de años, meses, días, etc. que una persona será privada de la libertad por determinada conducta, o en el proceso asignado para cada tipo de acción: pública, privada o contravención.

**La tipicidad y el tipo penal**

Explicado brevemente lo que respecta al principio de legalidad, cabe entonces señalar que de éste surge la tipicidad, y de ella, el tipo penal; por ello se procederá a determinar sucintamente que se entiende por ambos conceptos y que los diferencia.

En palabras de Muñoz Conde (2010) la tipicidad es la “es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal” (p: 251). En otras palabras, es la subsunción de la conducta a lo descrito en el tipo penal.

Lo que busca la tipicidad es, en síntesis, hacer una “verificación” que según Ticona (s. f.) es en realidad un juicio de tipicidad, que se traduce en un “proceso de imputación donde el intérprete, tomando como base al bien jurídico protegido, va a establecer si un determinado hecho puede ser atribuido a lo contenido en el tipo penal” (p. 2).

La tipicidad según Sánchez-Ostiz, Íñigo y Ruiz (2015) “se trata de medir o confrontar la conducta con la norma que regía para el agente en el momento de actuar o no hacerlo” (p: 152), este concepto nos sintetiza de mejor manera lo antedicho, señalando la importancia de que exista una descripción de la conducta y su respectiva pena en la ley, para que el hecho supuestamente delictivo pueda ser confrontado con algo ya descrito con anterioridad, con lo cual, nace el tipo penal.

El tipo penal por su parte, se entiende como la descripción de la conducta penalmente relevante, que a decir de Novoa Monreal (2005) selecciona determinados comportamientos del ser humano, realiza una valoración, con la cual, se establece un molde que permita discernir entre las conductas existentes y no existentes para el derecho penal, dando como resultado, que la composición del tipo penal permita que solo aquellas conductas que guardan una exacta congruencia con ella, pueda llegar a ser típica.

Así, para Vélez Rodríguez (2003) el tipo se traduce en un “el supuesto constitutivo de la norma penal, al que se halla enlazada imputativamente una sanción penal” (p: 16), de aquello se

infiere que el tipo penal debe contener todos los presupuestos que enmarquen la conducta delictuosa.

En este sentido, cabe exponer cuáles son las funciones que cumple el tipo penal, que a decir de Roxin (1979) son tres: la de garantía, la de regulación del error; y la sistemática del tipo.

La primera de ellas, según Roxin (1979), alude a que "sólo puede sancionarse un hecho cuando su punibilidad está legalmente determinada antes de la comisión de él" (p: 170), en complemento a ello, Welzel (1997) manifiesta que el tipo penal es la única forma en que el principio de legalidad se materializa. La segunda, igualmente según Roxin (1997), contiene dos a su vez: a) tipo regulador del dolo, que se entiende como la posibilidad de castigar al autor de una conducta solo cuando éste conoce todos los elementos de la parte objetiva del tipo; y b) tipo del error, que se traduce en que a diferencia de la tentativa, en que el autor realiza todo para enmarcar su conducta al tipo y contra su voluntad pasa algo para que no se logre su objetivo, el autor no desea realizar la conducta, sin embargo, suceden ciertos actos que se enmarcan de cierta forma al tipo, pero que al igual que lo anterior, termina por no culminar en un resultado. Por último, igualmente a decir de Roxin (1997) la tercera teoría se define como la necesidad del derecho penal, es decir, de la parte punitiva del mismo, en tanto el tipo penal con su descripción permite saber si la conducta de la persona requiere o no la conminación de una pena.

Para el presente trabajo la función que se tomará en cuenta será la primera, pues sirve de base para materializar el principio de legalidad que es sobre el cual se sostiene esta disertación.

Entonces, cabe realizar, a forma de síntesis, la diferenciación entre la tipicidad y el tipo penal, que a decir de Machicado (2012) por un lado:

> […] el tipo penal es una descripción de un acto omisivo o activo como delito establecido en el presupuesto jurídico de una ley penal, (mientras que la) tipicidad es la adecuación del acto humano voluntario ejecutado por el sujeto a la figura descrita por la ley como delito.

Dejando sentado aquello, la diferencia entre tipicidad y tipo penal radica en que el tipo penal es la descripción misma de la conducta penalmente relevante, en palabras de Plascencia (2004), al requerir la sanción de ciertas conductas en defensa de la sociedad, se necesita hacer una valoración que permita establecer qué es reprochable a una persona y qué no, no obstante, previo a reprocharle, se debe verificar que la conducta ya esté descrita previa y válidamente.

Precisamente, esta obligación que tiene el sistema de justicia de cada Estado de solo juzgar aquello que ya esté previamente definido en una ley, impide que se creen o ajusten textos normativos para penar conductas a la conveniencia de aquellos que ostentan el poder o por presión política, social, mediática o de cualquier índole.

Con base en lo enunciado podemos inferir claramente que el tipo penal es una descripción, y la tipicidad es la adecuación de la conducta a esa descripción. Entonces, la tipicidad es la materialización de lo que se encuentra previsto en la ley. Por ello, se ha considerado importante desglosar los elementos que componen el tipo penal en la doctrina, de forma que se pueda establecer con claridad cómo se debe estructurar el mismo.

## 1.1 El tipo penal dogmáticamente

Dejando sentado estos presupuestos, se considera conveniente el empezar a abordar la estructura del tipo penal, tanto en su parte objetiva como subjetiva, para poder realizar un desglose adecuado de los elementos y conceptos que lo componen. Así, se revisará tanto la parte objetiva como la subjetiva.

### Parte objetiva

Esta parte del tipo penal posee la característica de que su verificación no es tan susceptible (por lo general) de caer en interpretaciones o subjetividades, pues su composición se encuentra redactada de forma taxativa, específica y clara, de tal forma que, el margen de interpretación o confusión queda notablemente restringido. Con ello, empezaremos el análisis de los elementos que la componen.

**La conducta típica**

Empezando por este elemento, cabe en primer lugar exponer conceptualizaciones que permitan comprender su contenido. Así, el concepto de conducta típica sería:

> Conducta o actuación humana descrita con sus características objetivas y, en su caso, subjetivas en el tipo de delito.
>
> No se trata de la existencia de una conducta o acción humana en general, positiva o excepcionalmente pasiva, como base de cualquier delito, sino precisamente de la clase de conducta activa u omisiva legalmente tipificada, que puede consistir exclusivamente en uno o varios actos o en la no realización de un acto en los delitos de mera conducta: de mera actividad o de omisión pura o propia, o en los tipos resultativos o de resultado en describir la causación de un resultado, bien de cualquier modo o manera en los delitos puros de resultado, bien especificando las actividades concretas que causan el resultado en los delitos de resultado con modalidades de ejecución o de acción. (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 1)

De esta definición podemos extraer dos elementos importantes, en primer lugar, que la conducta siempre descrita en el tipo penal es una que está revestida de importancia tal, que causa o puede causar un daño a un bien jurídico importante, y por lo tanto, merece una pena. En segundo lugar, que la misma debe estar descrita con sus características objetivas u subjetivas.

Asimismo anota López (2016) que “para que una conducta sea típica, debe constar específica y detalladamente como delito dentro de un código”, entonces, la conducta tiene que estar completa, puesto que si se deja de lado algún elemento de forme parte de ella, se podría alterar toda su estructura y dejar desprotegidos viene jurídicos importantes. Entonces, la conducta típica viene a ser una especie de “recolección” de los elementos que componen el tipo

penal; por ello debemos entender a la misma como aquella descripción de la acción u omisión que prescribe el tipo penal. Ésta posee tres subelementos principales: los verbos, las circunstancias y las estructuras típicas.

**Los verbos**

Se pide especial atención en este acápite, puesto que, como ya se evidenciará más adelante, del verbo dependen una serie de elementos del tipo penal, y la posibilidad o no de ejecución de la conducta delictuosa.

Ahora bien, dentro de la parte objetiva del tipo penal también se encuentran los verbos, los cuales se dividen en dos: rector o principal, y en complementario o gramatical.

Para empezar con este tema cabe aproximarse a sus conceptos, por ello Vega (2016) señala que: “El verbo o los verbos como elementos del tipo para definirlos es la misma forma que en cualquier otra oración gramatical” (p. 62). Entonces, los verbos son aquellos que rigen cual es la acción u omisión del tipo penal.

Este mismo autor señala que existen dos tipos de verbos, uno principal y otro(s) complementario(s): el principal es el verbo rector y se entiende como aquel que es el que adecúa la conducta en sí misma y rige la oración gramatical del tipo; en cambio el complementario es uno adicional que sirve para integrar el tipo, de hecho, existe la posibilidad de que esté o no en el tipo.

Para Jiménez de Azua (1950), el verbo rector es la parte más importante de la conducta típica, pues la conducta que se encuentra descrita en el tipo penal, se plasma en una oración gramatical, y por la importancia que posee lo llama “núcleo rector del tipo”. Por esta razón observamos que la trascendencia del verbo rector es enorme en tanto de él dependerá la

administración de justicia, ya que sobre su base se establece la determinación por parte de los jueces de si se realizó o no la conducta típica.

Diciéndolo de otro modo, en el verbo rector es en donde mayor posibilidad de interpretación cabe, así que, como ya se señaló en líneas anteriores, si el verbo rector es incompleto, poco abarcativo, no suficiente por sí solo, etc. quedarán conductas penalmente relevantes, fuera de la esfera de tratamiento del Derecho Penal, y por lo tanto, como diría Ferrajoli (1996), en la impunidad.

Continuando con lo anterior, Vega (2016) señala que los verbos adicionales al verbo rector, suelen tener su función en tanto ayudan a complementar al principal, y delimitar o desarrollar conductas que también le importan al Derecho Penal. No obstante, su función en la conducta es meramente accesoria o aclaratoria, y a veces no consta como parte misma de ella, sino que deviene de la forma de ejecución del verbo principal; por lo general, los tipos penales suelen tener un solo verbo rector, que es el que plasma la conducta típica.

La cuestión es que el verbo, sobre todo el rector, posee una trascendencia enorme en todo tipo penal, es el que rige la gramática del tipo y compone el resto de elementos.

Además, de acuerdo a dicha composición, la determinación de los demás elementos se verá ciertamente condicionada, como por ejemplo: el sujeto activo, y pasivo, puesto que determinadas acciones están conminadas a condiciones dadas a una u otra persona, no siendo posible que alguien que no goce de esta condición pueda ejecutarla.

**Las circunstancias**

En la estructura de ideas que se viene desarrollando, el siguiente elemento a analizar son las circunstancias, que dependiendo de la función que cumplen, se clasifican en diversos tipos.

Empezando por su concepto, las circunstancias son aquellas que rodean al verbo rector, así se puede inferir que son las que le dotan al verbo de sentido y ámbito de aplicación. Asimismo, parafraseando a Vega (2016), las circunstancias se clasifican respondiendo a un criterio de funcionalidad, es decir, qué sentido dan al tipo penal, siendo el resultado el siguiente: las expresas del tipo, las específicas de agravación o atenuación y las genéricas de agravación o atenuación.

Estas son fundamentales, puesto que en conjunto con el verbo rector, dan especificidad a la configuración de la conducta típica, señalan los complementos que se necesitan para determinar si el ejecutar el verbo rector ya se vuelve una conducta digna de tratamiento jurídico penal.

Sin la especificación de éstas, se dejaría al arbitrio del juez determinar cuando el ejecutar un verbo rector, constituiría delito; y por lo tanto la restrictividad del Derecho Penal no existiría.

En este sentido, es importante hacer una referencia a lo fundamental de la descripción en tanto las circunstancias del tipo penal con relación al lenguaje, tienen que ser lo más claras posible, no puede dar lugar a demasiada interpretación por parte del juzgador, puesto que podría generarse una especie de ampliación o disminución de lo que en realidad quiere castigar ese tipo penal.

Habiendo dejado claro el concepto y función en general de las circunstancias del tipo, cabe entonces, empezar a conceptualizar cada tipo de circunstancias.

En primer lugar, están las circunstancias expresas del tipo, que según Vega (2016), éstas se encuentran dentro del mismo tipo penal y pueden ser de tiempo, modo o lugar. Lo que sucede con estas circunstancias es que depende de su composición y presencia en el tipo penal, pueden

convertirlo a éste en uno cerrado o uno abierto. De este enunciado, se infiere lo siguiente: las circunstancias expresas tienen la capacidad de dotar al verbo de sentido y al tipo de contenido, siendo necesarias para la composición de este último, enmarcando la conducta penalmente relevante.

Por otra parte, se encuentran las circunstancias específicas de agravación o atenuación, que llamadas de otra manera, responden a los nombres de “atenuados” y “agravados”. Éstas se entienden como aquellas circunstancias que aumentan o disminuyen la gravedad de una conducta penal, pero de un tipo penal o un grupo de tipos penales en específico.

A diferencia de las anteriores, estas circunstancias se hallan fuera de la esfera del tipo penal, no obstante no son elementos ajenos del tipo, sino que son oraciones que si aluden a un tipo penal o a un grupo de tipos penales, y esta alusión se basa en criterios de agrupación que dependen del legislador.

Por ejemplo, pueden existir atenuantes y agravantes de forma específica para los delitos sexuales, para aquellos contra la vida o solo para el tipo penal de estafa; dependerá de la forma de clasificar y agrupar los tipos penales.

Finalmente, se encuentran las circunstancias genéricas de agravación o atenuación, que llamadas de otro modo son los “agravantes” y los “atenuantes”, que se tienen similitud con las anteriores en tanto aumentan o disminuyen la gravedad de la conducta penal, pero esta vez en general, es decir, que rige de forma genérica a todos los tipos penales contenidos en un cuerpo normativo.

Este tipo de circunstancias posee mayor similitud con las segundas que con las primeras debido a su externalidad del tipo penal; sin embargo, posee una clara diferencia en cuanto a que

estas no son aplicables a tipos penales en específico o a conjuntos de los mismos, sino que están diseñados para ser utilizados en cualquier tipo penal, sea cual fuere la composición del mismo.

Así, se puede concluir que las circunstancias dotan de sentido al verbo rector, dando el marco para que su ejecución constituya un actuar delictuoso, o en su defecto, no lo haga.

**Los sujetos**

Los sujetos del tipo penal son aquellos que se encargan de aterrizar el verbo y las circunstancias, ya que cada uno cumple un rol determinante: uno realizando la conducta y otro recibiéndola (esto último se refiere al titular del bien jurídico protegido).

Por lo tanto, en cada tipo penal existe una relación entre sujetos, uno denominado activo y otro pasivo como se verá a continuación.

Respecto al sujeto activo, el mismo se entiende como aquel que dentro del tipo penal realiza la conducta activa u omisiva. Para ser un tanto más precisos, parafraseando a Vega (2016), señalando que desde el punto de vista cuantitativo (número de sujetos activos exigidos) el tipo penal se clasifica en dos: monosubjetivo y plurisubjetivo.

Vega (2016) señala que el tipo penal monosubjetivo se entiende que es aquel que para configurarse ser necesita de forma imprescindible la actuación de un sujeto activo, no necesita de más; no obstante de que pudieran intervenir más sujetos.

Por su parte, para Vega (106) el tipo penal plurisubjetivo, se conceptualiza como aquel que tiene como supuesto, la intervención de dos o más sujetos activos para lograr su configuración.

Por otra parte, para Vega (2016), Rodríguez (2018), Encalada (2015), León (2017) existe la clasificación cualitativa del sujeto activo y esta es: el sujeto activo calificado o determinado, y el sujeto activo no calificado o indeterminado.

Así, el sujeto activo determinado se entiende como aquel que requiere una específica característica o calificación, y que de no cumplirla, no se encuadraría en el tipo penal; por ejemplo: al hablar de "funcionario público" en el cohecho estamos ante un sujeto activo calificado.

Por otra parte, el sujeto activo indeterminado como ya se anotó, es aquel que realiza la conducta, sin embargo, no tiene atribuida ninguna característica específica para ajustarse al tipo penal. De hecho, este tipo de sujetos son los más abundantes, y se encuentran en la mayoría de tipos penales, un ejemplo es en el homicidio, al decir "la persona", hablamos de un sujeto activo no calificado.

Habiendo desarrollado lo relativo al sujeto activo, cabe ahora entonces referirnos al sujeto pasivo, que para definirlo cabe realizar ciertas precisiones; sin embargo, daremos un concepto sencillo: es el titular del bien jurídico protegido. Nos parece importante señalar que no es lo mismo ser sujeto pasivo que víctima o que ofendido, pues existen diversas formas de afectación que pueden o no coincidir en un mismo sujeto.

Para saber con certeza quien es el sujeto pasivo del tipo penal, se debe en primer lugar, ubicar cuál es el bien jurídico que se está protegiendo, después se verá quién es el titular del mismo, para finalmente saber quién es el sujeto pasivo.

Para Antolisei (1960) el sujeto pasivo es aquel que porta el interés (bien jurídico) que ofendido, constituye el delito, con lo cual se comprende de mejor manera que muchas veces el

sujeto pasivo no es sobre quien recae la acción, pues este puede variar; para lo cual vale exponer un ejemplo: A encarga a B $1000 para que los deposite en el banco; en el camino, B es interceptado por un delincuente que le apunta con una pistola en la cabeza diciéndole lo siguiente: “dame el dinero o te mato” (amenazas), a lo cual B accede y le entrega los $1000, y como resultado se configura el delito de robo; así el que recibió la acción dañosa, la amenaza y la sustracción del dinero fue B, pero quien fue mermado en su derecho a la propiedad y menoscabado por ende su bien jurídico protegido propiedad, es A, pues a él era a quien le pertenecía el dinero y por lo tanto tendrá un detrimento patrimonial de $1000, por ende él es el sujeto pasivo del delito.

Adicionalmente Vega (2016) señala que:

> No se debe confundir el sujeto pasivo del tipo con las personas perjudicadas: Por razones que no alcanzo a comprender, constantemente se confunden los conceptos de sujeto pasivo y perjudicado y ordinariamente se utilizan ambos voquibles con juegos de palabras y pensamientos falsos. Correctamente, en el homicidio la persona muerta es el sujeto pasivo en tanto que sus deudos y familiares los perjudicados. La noción del perjudicado es mucho más amplia y extensa porque abarca a todos los que soportan las consecuencias dañosas del hecho punible, sea persona física o moral. Está por demás decir que el concepto de perjudicado tiene trascendencia a efecto de la responsabilidad. (p. 59).

De todo lo antes enunciado, cabe entonces señalar que el sujeto pasivo es quien por lo general recibe la ofensa de la conducta típica del sujeto activo y es titular del bien jurídico protegido, por lo cual, su importancia en el tipo penal es tal, que sin él, no existiría posibilidad de enmarcar una conducta en lo penalmente relevante.

En conclusión, los sujetos, tanto activo como pasivo, son dos elementos que permiten materializar la abstracción que es el tipo penal, delimitando de mejor forma aún, la asignación de conductas a una u otra persona.

**Los objetos o bienes**

Es importante señalar que los objetos son aquellos sobre los que de una u otra forma recae la ofensa o el peligro de ofensa del sujeto activo. Sin embargo, debemos distinguir que existen dos tipos de objeto que analizaremos a continuación.

En primer lugar, el objeto material Según Mir Puig (2015): "se halla constituido por la persona o cosa sobre la que ha de recaer físicamente la acción (…). Puede coincidir con el sujeto pasivo, pero no es preciso" (p. 229)

Por lo tanto, sujeto pasivo no es lo mismo que objeto material, ya que el primero puede ser a veces el dueño del segundo, por ejemplo, en el tipo penal de robo, el sujeto pasivo es el dueño del bien, pero el objeto material en sí es la cosa mueble ajena: el bien.

Ahora bien, se anota que respecto del objeto jurídico, este es el equivalente al bien jurídico protegido, es decir, aquel que la ley protege en la estructura del tipo penal. Parece importante señalar que si queremos determinar de alguna forma cual es el bien jurídico que protege determinado tipo penal, debemos acudir al título al que pertenece, aunque a veces, debido a que la técnica legislativa no es adecuada, puede llegar a existir cierta confusión.

Cabe aclarar que el bien jurídico protegido es el núcleo mismo de la estructura del tipo penal, por lo que debe ser identificado con claridad para poder estructurar de forma adecuada el resto del tipo penal, para que logre responder de forma adecuada a la protección que desea brindarle a dicho bien. Como ya se verá más adelante, por ejemplo, en el tipo penal de la violación, existe una inadecuada identificación del bien jurídico que se debe proteger, y por lo tanto no se ha estructurado aquel tipo penal de forma adecuada.

Es sustancial señalar que, a decir de Vega (2016), dependiendo del número de bienes jurídicos tutelados, el tipo penal se clasifica en monofensivo y pluriofensivo. En el caso de un tipo penal mono ofensivo, solo existe un bien jurídico protegido, que de lesionarse ese, ya se configuraría el tipo; por otra parte, en el caso del pluriofensivo, como se protegen 2 o más bienes jurídicos, deben necesariamente lesionarse todos los que constan en el tipo penal para que pueda éste configurarse.

Después de realizar estas precisiones, se debe proceder a examinar qué contiene un bien jurídico. Será acaso que contiene ¿un valor? ¿un principio? o ¿un derecho? La respuesta no es sencilla, puesto que doctrinariamente se había aceptado hace tiempo que en general, el contenido de un bien jurídico protegido es un derecho; sin embargo, esta suposición se ha puesto en tela de duda por el hecho de que la técnica legislativa, muchas veces alude a supuestos distintos.

La cuestión es que, para responder de la mejor forma esta interrogante, se debe analizar qué es lo que en general los tipos penales buscan proteger mediante su estructuración; es decir, cuál es el objetivo de tipificar determinadas conductas con la consecuencia de un castigo, y cómo se deduce, es el evitar la vulneración de derechos. Entonces, lo más acertado sería señalar que por lo general, los bienes jurídicos tienen por núcleo, un derecho.

Se pide que se tome en consideración con mayor importancia este punto, ya que más adelante se tratará el porqué de la importancia de identificar el bien jurídico protegido de forma adecuada, para evitar tipos penales incompletos.

### 1.1.1 Parte subjetiva

Como ya se señaló, el tipo penal se compone de una parte objetiva y de una subjetiva, ésta última se desarrollará en este acápite, la misma se clasifica en: el dolo y la culpa.

**Dolo**

Con el causalismo, el dolo era entendido como la intención positiva de causar daño, no obstante, con el finalismo, nace una nueva concepción de dolo, que según autores como Mir Puig (2015), Encalada (2015), la misma requiere de dos elementos para su configuración: el conocer (elemento cognitivo) y el querer (elemento volitivo)

Es así que para que se configure el dolo, según Salas (2017), se necesita conocimiento y voluntad, el primero entendido como el saber (potencialmente) que la conducta es contraria a Derecho; y la segunda como la voluntad (valga la redundancia) de realizar la conducta.

**1.1.1.1 Culpa**

Esta se comprende como la violación al deber objetivo de cuidado, que para Salas (2017) requiere de dos elementos sustanciales, el concepto antes mencionado sumado a un resultado verificable, es decir, que el sujeto activo no desea realizar la conducta penal descrita en el tipo, sino que por inobservancia de los cuidados básicos de su actuar, termina dañando un bien jurídico protegido.

# 2. Capítulo II: Visión crítica del tipo penal de la violación en la doctrina y en la legislación ecuatoriana

## 2.1 El tipo penal de la violación

Ahora bien, después de haber abordado de forma general lo que comprende el tipo penal desde el punto de vista doctrinario y dogmático, cabe entonces realizar un acercamiento ya al tipo penal de la violación en específico, desde la doctrina igualmente, sino que esta vez, desde una perspectiva crítica.

### 2.1.1 Concepto desde la doctrina

Resulta importante plasmar en pocas líneas los orígenes del delito de violación, pues servirán de explicación a ciertas cuestiones que se plantearan más adelante.

La violación como tipo penal posee su origen más remoto en Roma, pues el Derecho Romano poseía un gran avance respecto de la protección de la libertad como bien jurídico esencial de las personas. Así, según Zavala (1991), existía el Derecho Penal Romano que señalaba lo siguiente:

> El robar violentamente su libertad a alguna persona y, sobre todo, el raptarla contra su voluntad, así como también el estuprarla, eran hechos que aún siendo la víctima individuos no libres, caían bajo la acción, no de la ley Plotia, pero sí de las más severas de las Julias sobre coacción. El estupro se castigaba precisamente con pena capital. (p. 25).

Sin embargo, lo que es muy interesante en el Derecho Romano, es que no existía una precisión en cuanto al sujeto pasivo, pues el delito podía ser cometido sobre hombre y sobre mujer.

De ahí que va evolucionando, y a veces involucionando, la estructura del tipo penal de la violación en el Derecho español, francés y belga[1]. La situación es que, en muchas de las codificaciones que se dieron respecto de la estructura de este tipo penal, se confundieron los varios tipos de delitos sexuales y, peor aún, se descartaban sujetos pasivos en razón de su sexo, género y hasta "pureza"[2].

Ahora bien, tratemos de conceptualizar al tipo penal de la violación, para lo cual recurriremos a varios autores como Zavala (1991), Fontán (1995), Rodríguez (2018), sin embargo, parece conveniente plasmar una aproximación al mismo diciendo que, la violación es un tipo de agresión de carácter sexual, por parte de una persona, que obliga a otra, a mantener relaciones sexuales, violentando de cualquier forma, su consentimiento.

En este sentido, tal como lo señala Zavala (1991), no todo acto sexual es digno de ser una conducta tipificada, puesto que, lo que interesa para el Derecho Penal, es que el acto sexual se haya cometido sin el consentimiento de uno de los intervinientes.

Así pues, el autor antes mencionado Zavala (1991) manifiesta que: "En la violación no existe consentimiento, el sujeto activo ejecuta el acto sexual sin la aquiescencia del ofendido" (p.27), con ello se nota que parte esencial del delito de violación es la ausencia de consentimiento o libertad de elección para quien recibe la ofensa de la conducta típica; no obstante, más adelante se desarrollará más acerca del elemento consentimiento.

Para Fontán (1951) el delito de violación llega a su configuración con el acceso carnal, éste último entendido como la penetración del pene en el "orificio natural de otra persona", por

[1] En tal sentido, para revisar dicha evolución, en el siguiente artículo: "El delito de violación". Xavier Zavala
[2] Con "pureza" me refiero a que en la estructura de ciertos tipos penales sobre la violación, la única mujer que podía ser violada era aquella doncella, es decir, aquella que había conservado su virginidad.

otra parte Barrera (1992) manifiesta que es la “intromisión viril” por cualquier esfínter de la víctima, así se permanente o por un momento y sin que se requiera eyaculación por parte del agresor; y por último Escamilla (1989) conceptúa lo siguiente: “yacimiento como penetración vaginal” (p.179)

Habiendo recogido estos conceptos de la doctrina un tanto antigua, ya podríamos hacer una pequeña aproximación a ciertas falencias que aquellos poseen.

Para ello debemos primero definir lo que es acceso carnal que sería un tanto similar a relación sexual, a lo que Rodríguez (2018) señala: “relación sexual es la introducción del miembro viril en boca, vagina y ano; o cualquier objeto en vagina y ano”; sin embargo, parece mejor detallar sobre las palabras de este concepto, empezando por introducción, palabra que la Real Academia de la Lengua Española (2019) define como: “Acción y efecto de introducir o introducirse” (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 1), a su vez introducir significa: “Meter o hacer entrar algo en otra cosa”(Real Academia de la Lengua Española, s. f., definición 2)

Bien, ya teniendo clara esta primera premisa, se puede decir que el introducir no es solo “tomar algo y meterlo en algún orificio” sino también, hacer que ese “algo” se introduzca en ese orificio; partiendo de esto ya se puede manifestar que una relación sexual, puede ser obligada no solo por parte del hombre, sino también por parte de la mujer.

La cuestión es que, la doctrina antigua tuvo un incorrecto entendimiento de lo que en realidad constituía una relación sexual, entendiéndose que no había “forma” de que una mujer pueda obligar a un hombre a mantener relaciones sexuales con ella, puesto que la penetración

solo podía ser de hombre hacia mujer y no viceversa; la situación es que, si existe la posibilidad de que esa penetración sea obligada de la mujer hacia el hombre.

Por otra parte, parece acertado exponer conceptos un poco más actuales, para de aquí establecer un punto de partida que nos permita dilucidar qué es en realidad el tipo penal de la violación, de qué se compone, cual es el o los elementos determinantes para su configuración.

Para Buompadre (2017):

> La violación no es otra cosa que un atentado sexual "violento" (la coacción o el abuso también son formas de violencia, pues importan, en el fondo, la imposición de una conducta no querida), rechazado por la otra parte, y a quien se le impone una relación sexual no deseada, ya se trate de un hombre o una mujer la persona que ha sido víctima de esta clase de violencia (p: 35)

Este concepto maneja con una gran claridad el núcleo de la violación, respecto de que la situación que define a este delito como tal, es la falta o disminución de consentimiento para tener relaciones sexuales. Así pues, el mismo autor complementa señalando lo siguiente:

> Toda conducta sexual abusiva implica una acción "contra" la voluntad de la víctima, que la instrumentaliza o cosifica, y ello sólo puede lograrse mediante el empleo de ciertos y determinados medios violentos, coactivos o defraudatorios, que anulan o disminuyen la voluntad del sujeto pasivo. (p. 36)

Por otra parte, varios autores han señalado que la violación es una forma de atentar contra la "honestidad", pues cada persona tiene el derecho de disponer a su discreción de su sexualidad, es decir, tener una decisión libre y voluntaria del trato de tipo sexual que quiero darle a mi cuerpo.

En esta misma línea conceptual, Albán (2005) ha señalado que la violación contiene la palabra introducir, la misma que debe entenderse en dos sentidos: "introducir y hacer introducir", así, se abarcaría la llamada violación inversa, la cual se define como el acceso carnal que realiza una mujer como sujeto activo, sobre un hombre, como sujeto pasivo.

Sin embargo, los tipos penales son bastantes restrictivos respecto de su interpretación, por lo cual, no sería posible darle la acepción antes mencionada sin aumentar las palabras exactas descritas anteriormente, aunque más adelante veremos sobre el verbo del tipo penal.

Para terminar con un poco de brevedad este acápite, es correcto hacer una pequeña recopilación de los conceptos de varios autores en relación a lo que es la violación. Para Maggiore (1955) (citado por Vasco 2016) "La violación carnal, consiste en obligar a alguno a la unión carnal, por medio de violencias o amenazas (…)" (p. 12), en la misma línea Goldstein (1993) (citado por Vasco 2016) señala que: "violación es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta (…) acceso carnal es la penetración sexual" (p. 664). Cabe aclarar que el autor antes citado, se refiere no solo a fuerza física, que es la que encaja en violencia real, sino que la violencia presunta se entiende como la ausencia de consentimiento o razón para poder discernir de forma adecuada y tomar una decisión sobre la libertad sexual, además su definición de acceso carnal se encuentra incompleta.

En definitiva, se puede manifestar que el tipo penal de la violación ha ido evolucionando con el paso del tiempo, abarcando todas las posibilidades que podrían implicar su conducta típica, el verbo, los sujetos, los objetos y las circunstancias.

Ahora se procederá a desarrollar este tipo en las dos partes del tipo, tanto en la objetiva, como en la subjetiva.

**Parte objetiva**

Como ya se había enunciado con anterioridad, los tipos penales constan de una parte objetiva, donde existen una serie de elementos que el legislador ha establecido con la finalidad

de que el operador de justicia verifique la existencia de los mismos, mediante el acervo probatorio y por lo tanto solo deba determinar si se cumplieron o no.

**La conducta típica de la violación**

Se empezará entonces por la conducta típica, de la cual ya sabemos es aquella descripción que trae el tipo; sin embargo, no se la ha conceptualizado en este tipo penal en específico.

Al respecto, se podría señalar que la conducta típica de la violación se ha entendido como el acceder carnalmente a una persona sin su consentimiento. Este acceso carnal está conformado por una serie de elementos que se considera conveniente detallar.

Asimismo, Caruso (2006), señala que "se amplía el tipo para abarcar otras dos clases de penetraciones, el término "acceso carnal" pasa a ser utilizado para cualquiera de las tres vías" (p. 42), de esta conceptualización se puede extraer que en realidad la conducta típica de la violación engloba dos variables fundamentales: la penetración y la falta de consentimiento.

Ambas variables se encuentran condicionadas por una serie de factores y supuestos que en conjunto configuran la conducta típica de la violación, como por ejemplo, que el acceso carnal se lo haya realizado con violencia, a un niño o bajo amenaza, entres otros, en general con vicio de consentimiento o la ausencia de este.

Sin embargo, esta cuestión del consentimiento es bastante amplia, pues no solo se enmarca en no darlo (como es el caso de violencia, la amenaza o la intimidación) sino que también está relacionado con el no poder hacerlo o hacerlo de forma viciada (en el caso de los niños, los incapaces o aquellos bajo efectos de narcóticos).

**El verbo**

Como se definió, el verbo es aquel que rige la oración misma del tipo penal, desde un punto de vista doctrinario en general, se señala que el verbo rector de la violación es introducir, pero como se ha señalado, esto es impreciso debido a que, citando a Albán Gómez (2005), los verbos serían en cambio, "introducir o hacer introducir".

Sin embargo, esta disgregación no es aceptada por la doctrina clásica, quienes han definido a otros verbos como los rectores del tipo penal.

Así, por ejemplo, para Etcheberry (1998), el verbo rector de la violación en "acceder", al igual que Soler (1992) quien concuerda con lo señalado. Sin embargo, ciertas legislaciones como la chilena y la española solían tener como verbo rector del tipo a la palabra "yacer", palabra que se ha definido como "tener trato carnal con alguien" (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 1), pero también estaba errada esta acepción; puesto que se consideraba que el yacer implicaba por sí mismo un acto que debía de penado por la ley, cuando en realidad, el yacer debía y debe ir acompañado de una serie de circunstancias para que merezcan una pena.

Por otra parte, la Real Academia de la Lengua Española nos da una definición de lo que es violación, señalando que "es la acción y efecto de violar" (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 1) , y define la palabra violar como "tener acceso carnal con alguien en contra de su voluntad o cuando se halla privado de sentido o discernimiento" (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 2) , de lo cual se puede deducir como verbo es de nuevo acceder.

Existen ciertos autores que han señalado que el verbo rector, en realidad es copular, pero su significado es bastante incompleto, ya que la acepción de dicho verbo es la introducción del

miembro viril en la vagina, y por lo tanto se descarta la penetración anal o bucal, las cuales como ya se sabe, constituyen también violación.

Se ha considerado que, en realidad, los verbos adecuados que deberían regir el tipo penal de la violación son: introducir o hacer introducir. El introducir, por una parte, es lo que actualmente se ha contemplado de forma informe tanto en la doctrina como en las legislaciones, pues es meter algo en alguien, en la violación: el pene de una persona en la vagina, ano o boca de otra.

El hacer introducir, es el verbo que marca un punto esencial en esta disertación, pues este, al regir la oración es aquel que dota de la posibilidad de acción a los sujetos. Así, la acepción de este verbo amplía la posibilidad de la violación, abarca las posibilidades que existen respecto del acceso carnal, pues el mismo se traduce como el hecho de que una persona mantenga relaciones sexuales con otra; pero ¿qué es relación sexual? Para responder esta interrogante es importante resaltar que lo que se va a enunciar es respecto del tema jurídico y de la realidad de nuestra sociedad y legislación, así como lo que la mayoría de la doctrina jurídica ha comprendido como tal, pues sucede que en términos médicos y sociológicos, el concepto se torna diferente por las connotaciones de cada materia; por ejemplo, se tiene la discusión de si para que exista relación sexual debería haber coito, si ésta requiere satisfacción sexual, o si solo puede darse con la intervención de órganos sexuales reproductivos, entiéndase pene y vagina.

Por ello, se recurre a Rodríguez (2018), quien basado en el COIP, manifiesta que relación sexual es toda introducción del miembro viril en la vagina, ano o boca; y la introducción de dedos o cualquier objeto en vagina y ano. No obstante, esta es la forma tradicional de entender las relaciones sexuales, en base al verbo “introducir”; siendo que el hacer introducir, contempla

la posibilidad de que una mujer pueda obligar a un hombre a penetrarla, cometiendo también violación.

**Los sujetos**

En el tipo penal de la violación, los sujetos se han visto muchas veces como aquellos que realizan el acto sexual, siendo, por lo general, el pasivo el obligado y el activo el agresor, no obstante, a lo largo del proceso de esta disertación han surgido supuestos que esta autora ha considerado importante analizarlos, como lo es el que una persona obligue a otras dos a mantener relaciones sexuales, estas últimas sin desearlo. Con este enunciado cabe iniciar este acápite para una mejor comprensión.

Respecto del sujeto activo cabe citar lo que Machicado (2010) ha definido como tal:

> Es la persona individual con capacidad penal que realiza la conducta típica. Solamente una persona individual puede cometer delitos, aún en los casos de asociación criminal, las penas recaen sólo en sus miembros integrantes. Solo en la persona individual se da la unidad de voluntad y el principio de individualidad de la pena.

Así, en el tipo penal de la violación se entiende que el sujeto activo debe adecuar de forma inequívoca a la conducta típica descrita, siendo ésta la que se halle en el tipo penal establecido en la legislación.

Este sujeto es quien ejecuta la acción, quien ajusta su conducta a lo que establece el tipo, y por lo tanto se le conmina una pena; en este sentido, en el tipo penal de la violación. En un principio, no cabría la diferenciación entre autor y sujeto activo, pues en los delitos dolosos según Welzel (1997), “es autor quien tiene el dominio finalista del hecho (…) quien realiza la acción típica tiene siempre el dominio del hecho” (p. 164). En este sentido, la violación siendo

un delito doloso, contiene como sujeto activo a aquella persona que ejecuta el acceso carnal sobre otra contra su voluntad, así, el mismo sujeto activo sería también autor.

En general, la consideración antes mencionada, sería correcta; no obstante, cabe plantearnos una situación, que podría suceder: existen tres sujetos, A, B y C; el sujeto A tiene un arma, con esa arma apunta a la hija del sujeto B con la intención verosímil de matarla si no hace lo que se le indica, entonces el sujeto A le dice al sujeto B que debe violar al sujeto C, porque si no matará a su hija; entonces el sujeto B procede a violar al sujeto C para evitar la muerte de su hija. Con ello, se plantean varias interrogantes: ¿Quién es el autor? ¿Quién es el sujeto activo? ¿Es imputable el sujeto B? ¿El sujeto A es imputable?

En primer lugar es importante analizar varios conceptos como la autoría, el sujeto activo y la imputabilidad. En este sentido cabe mencionar que el autor es aquel que tiene el dominio de lo que está sucediendo, es decir, que sin su voluntad no cambia la situación; el sujeto activo es quien lesiona el bien jurídico protegido, y la imputabilidad, según Agudelo (2007) (citado en Encalada 2015) es el "juicio de reproche que hace la sociedad a un individuo que pudiendo obrar conforme a derecho ha actuado contra derecho" (p. 118).

Con aquello claro, cabe señalar que en el escenario antes mencionado, doctrinariamente, si bien el sujeto activo del delito sería B, no es autor, puesto que no es imputable por su conducta, sabe de la antijuridicidad de su conducta, pero no está en capacidad de auto determinarse, debido a que actúa bajo ante un miedo insuperable de que maten a su hijo. Por lo tanto, el autor, y quien debe ser sancionado es A; B podría pensarse que es el sujeto activo pero en realidad él, si bien podría enmarcarse como tal, también fue obligado a realizar un acto sexual contra su voluntad, evidenciando intimidación, y si se observa de manera objetiva, se

transformaría en sujeto pasivo, pues su libertad e integridad sexual fue también lesionada; por todo ello, quien es en realidad, el sujeto activo del tipo y autor del delito, es A, siendo B y C sujetos pasivos del tipo y titulares de los bienes jurídicos libertad e integridad sexual lesionados.

Con dicho ejemplo, se pretende dejar sentado que en realidad, el punto central del tipo penal de la violación, es visualizar la lesión del bien jurídico protegido, ya sea libertad, indemnidad o integridad sexual, y esto a través de la verificación del acceso carnal no consentido como fundamento para saber si existió o no vulneración de los bienes antes señalados.

Ahora bien, para hablar sobre el sujeto activo de este tipo penal debemos aproximarnos al bien jurídico que busca proteger el tipo, y que en realidad se identifica en dos tipos dependiendo del sujeto pasivo: la indemnidad/integridad sexual (en el caso de niños) y la libertad/integridad sexual (en el resto de casos).

Así pues, quien vulnere uno de estos bienes jurídicos mediante el acceso carnal, se convertiría en sujeto activo del delito, no se encuentra ningún problema cuando hablamos del hombre, pues cuando él introduce su miembro viril en vagina, boca o ano utilizando violencia, intimidación o una de las circunstancias constitutivas, constituiría violación; a su vez si el hombre o la mujer introduce cualquier objeto en ano o vagina, también estaríamos en el mismo escenario; por lo cual, es incorrecto hablar del hombre como único sujeto activo y de la mujer como único sujeto pasivo.

Pero, qué sucede cuando la mujer es quien obliga al hombre a penetrarla; ya se planteó anteriormente un escenario sobre esto, puesto que esta situación si bien ha sido tratada por autores como Ernesto Albán Gómez, Luis Abarca Galeas, Luis Rodríguez Collao que han manifestado doctrinariamente que el tipo penal de la violación se encuentra incompleto, la

misma no ha sido recogida por nuestra legislación ecuatoriana, pues el verbo rector no debería ser solo introducir, sino también hacer introducir, abarcando así de forma adecuada a todos los sujetos activos.

El escenario que se planteó en el subtema anterior, no se encuentra alejado de la realidad, pues como se verá más adelante, existen casos alrededor del mundo de violación inversa, es decir, de mujeres obligando a hombres a penetrarlas.

Para abordar de forma más específica el concepto de sujeto activo, parece sumamente importante señalar de cierta forma cuáles son los requisitos para que una persona pueda convertirse en sujeto activo de un delito, de los conceptos enunciados se puede hacer una pequeña síntesis, enunciando los siguientes:

1. Tener el dominio del hecho: significa que la persona esté en posibilidad tanto de materializar el hecho delictivo como de evitarlo. Por lo tanto es quien se encuentra en las condiciones suficientes para proteger o vulnerar el bien jurídico del sujeto pasivo.
2. Ser aquel que lesione el bien jurídico protegido: significa que la persona mediante su accionar vulnere el bien jurídico protegido. Esto puede tener varias aristas, pues cabe la posibilidad de vulnerar el bien jurídico sin ser quien realmente lo transgreda. Esta distinción entre vulnerar y transgredir se halla en que vulnerar es cuando se lesiona.
3. Realizar la conducta con dolo: la violación al ser un delito doloso, debe existir la conciencia plena de la acción que se está llevando a cabo, siendo que el objetivo del sujeto activo sea acceder carnalmente al sujeto pasivo contra su voluntad, por cualquier medio.

Estos tres requisitos se consideran concurrentes, pues la exclusión de uno de ellos significaría la aplicación de una interpretación extensiva de la cualidad de sujeto activo, lo cual se conoce, es inadecuado en Derecho penal, debido a su naturaleza misma.

Es así que se deja claramente establecida la importancia del sujeto activo, como elemento fundamental del tipo penal, pues el mismo es una abstracción, la cual debe ser amplia y abarcadora con el fin de que se establezca de forma correcta al sujeto activo, de lo contrario, se dejarían de lado a ciertos sujetos activos que pueden lesionar el bien jurídico protegido, dando paso a la impunidad en el cometimiento del delito de violación.

Por ejemplo, retomo una vez más la cuestión del acceso carnal de una mujer hacia un hombre, obligándolo a penetrarla, en este caso la mujer no sería un sujeto activo del delito, sino más bien el hombre, pues la ejecución del verbo introducir el miembro viril, le correspondería solo a aquel que lo tuviera, en este caso, el hombre, cuando en realidad quien está lesionando la libertad e integridad sexual es la mujer.

Así, establecemos la conexión y sobre todo la dependencia que tiene el sujeto activo del verbo rector, pues en la violación aquel que ejecuta el mismo, se convertiría en el primero; en este sentido, cabe mencionar lo que Ferrajoli (1995) manifiesta, y es que la legislación y el proceso penal tienen una estructura tan sensible, que posee una doble vulnerabilidad: por un lado, si se hace un tipo penal muy amplio, pueden abarcarse sujetos que no deberían incluirse, y por lo tanto, podrían condenarse inocentes. Pero simultáneamente, existe otra situación bastante terrible, y es que, si no se estructura bien el tipo penal, dejando de lado sujetos que bien podrían

tener una conducta típica, se dejaría en la impunidad determinados delitos por la restrictividad injustificada[3] de un tipo penal.

Para continuar, el sujeto activo también posee una función lesionadora, pues hasta cierto punto, su calidad depende en gran medida de que su accionar dañe al bien jurídico, pues en este tipo penal en específico, la tentativa no es recogida como una posibilidad, ya que la lesión debe ser materializada mediante la penetración, pues no existe un antes, la configuración de la conducta típica es la introducción del miembro viril, no el intentar introducir, si no se llega a introducir, no se materializa, ergo no existe una conducta típica.

No obstante, podría ser discutible esta postura, debido a que en la tentativa por lo general lo que más importa es la voluntad de ejecutar el delito por parte del sujeto activo. Sin embargo, en la violación, la voluntad sería bastante difícil de demostrar.

Lo trascendental del sujeto activo es que, dentro del tipo penal, quien ejecute el verbo rector, quien se ajuste a una de las circunstancias específicas del tipo y quien lesione el bien jurídico protegido, se convertirá en el mismo. En síntesis, el sujeto activo del tipo penal de la violación, no es calificado; es decir, cualquier persona puede serlo, siempre que cumpla con lo que se señaló en párrafos anteriores.

Así, se empezará por describir al sujeto pasivo del tipo penal de la violación, el cual no es calificado, puede ser cualquier persona cuyo bien jurídico protegido (libertad sexual/integridad sexual/indemnidad sexual) sea vulnerado. No obstante, existen ciertas precisiones importantes que hacer.

[3] Se alude a la justificación debido a que en realidad los tipos penales deben ser restrictivos por lo delicado del poder punitivo del Estado, ya que el Derecho Penal es de última ratio; no obstante, existen ciertos tipos penales que son en extremos restringidos, sin justificación válida, lo que genera una falta de tutela y protección de los bienes jurídicos de las personas.

Existen ciertos tipos penales, donde se diferencia el sujeto pasivo de la víctima, siendo el ejemplo más común planteado por la doctrina el siguiente: A es dueño de un auto, A le presta su auto a B, B se va a una fiesta, donde al salir le roban el auto golpeándolo para ello; entonces A es el sujeto pasivo (porque se lesionó su bien jurídico protegido que es el de la propiedad), B es la víctima (porque fue a quien le arrebataron el bien usando violencia) y el ofendido serían ambos. Entonces, el sujeto pasivo, es a quien se le lesiona su bien jurídico protegido, y la víctima es quien recibe directamente la acción dañosa.

Así, el sujeto pasivo en el tipo penal de la violación no se diferencia de la víctima, pues los dos recaen sobre la misma persona, ya que quien es penetrado u obligado a penetrar, recibe el daño al bien jurídico y es quien recibe también la acción lesiva, al igual que la ofensa en conjunto con la sociedad.

Por otra parte, sería importante unir al sujeto pasivo con las circunstancias constitutivas del tipo; en primer lugar, refiriéndonos a la violencia, aquel que tenga relaciones sexuales obligado por la misma, independiente de su sexo, sería sujeto pasivo de la violación.

Lo mismo sucede con la indefensión, la intimidación, la amenaza; pues aquel que por medio de alguna de ellas es obligado a mantener relaciones sexuales, estaría siendo lesionado su bien jurídico protegido.

No obstante, el sujeto pasivo tiene cierta disquisición cuando se trata de niños y personas con discapacidad mental, pues en realidad la configuración de la conducta típica se da porque el consentimiento para el acceso carnal es obtenido de una persona que no puede darlo; entonces, a pesar de que el sujeto pasivo pudiera señalar que en realidad si prestó su consentimiento, el mismo se da por inexistente. Un ejemplo bastante común de esto, son los niños, pues muchas

veces debido a su edad, son susceptibles de engaño, por ello la ley ha creado la fictio iuris de su incapacidad relativa, con el fin de evitar los abusos que suelen suceder debido a su edad.

Para continuar, el sujeto pasivo posee una función trascendental, pues al ser el titular del bien jurídico protegido, dentro del proceso penal posee la facultad de colaborar de manera tajante con fiscalía a fin de que la lesión a su bien jurídico protegido no quede en la impunidad, ya que la prueba "principal" se encuentra en él; por ejemplo: desgarros, material genético, testimonio anticipado, etc.

En definitiva, en este tipo penal, el sujeto pasivo juega un papel importante en cuanto a la probanza de la materialidad y responsabilidad del delito.

**Los objetos o bienes**

Los objetos del tipo penal de la violación son aquellos que reciben de una u otra forma la lesividad de la conducta típica. Así, se distinguen dos principales que son: el material y el jurídico.

Respecto del bien material, como se manifestó en líneas anteriores, no se debe confundir bien material con sujeto pasivo, pues a veces el uno recibe la acción dañosa, y el otro no; sin embargo, en el tipo penal de la violación, ambos confluyen en uno solo, pues la persona que es agredida sexualmente con una penetración u obligación de penetrar, para la cual no brindó el consentimiento pleno, es tanto sujeto pasivo como poseedora del bien material que se ha lesionado, sus genitales, su cuerpo.

Así, la persona, siendo quien recibe directamente el resultado lesivo, se convierte en objeto de tutela del derecho penal, pues por lo general, el objeto material no recibe la protección

del Derecho penal, sino el objeto jurídico; sin embargo, en este tipo penal de la violación, la acción lesiva recae sobre ambos al mismo tiempo, por lo cual la protección del primero es ineludible.

Concluyendo, la persona quien recibe la acción dañosa y cuyo bien jurídico protegido es lesionado, en sí es el objeto material del tipo penal, esto independientemente del sexo de la persona.

En esta línea argumentativa, se debe abordar el bien jurídico protegido, que en este tipo son tres, dependiendo del titular al que estén dirigidos: la integridad, libertad e indemnidad sexual.

Debemos tener clara una premisa, el bien jurídico es lo trascendental en los tipos penales, pues si no existieran derechos que tutelar, no existieran conductas que prohibir.

Es así que, aquí se debe establecer como base el hecho de que todas las personas tenemos el derecho a decidir libremente sobre nuestra vida sexual, así, nadie tiene la potestad ni la autoridad para poder interferir en la misma, es decir, nadie puede decidir sobre si una persona tiene o no relaciones sexuales con otra u otras. Esto tiene su fundamentación en una premisa más amplia, que es la libertad en general como derecho; pero existe una connotación respecto de la sexual, pues mientras la primera puede ser mermada por parte del mismo Estado en tanto esto ayude a la protección de otros bienes jurídicos de otras personas, cuya integridad se ha visto dañada o puesta en peligro por persona que han actuado contrario a Derecho, la segunda no tiene

razón alguna para ser menoscabada por ningún agente, pues su daño no implica protección a otro[4].

Asimismo, es pertinente señalar que las personas poseen tres ámbitos respecto de su integridad: la física, la psicológica y la sexual; ésta última es la que concierne a esta disertación, por lo cual se señala que la misma se encuentra estrechamente relacionada con la libertad sexual, pues el menoscabo de la segunda implica un daño a la primera. La integridad sexual ha sido ampliamente debatida sobre qué comprende, no obstante, esta autora, plantea que es todo aquello que permite a una persona sentirse bien con su sexualidad, esa entereza sexual que no debe ser traspasada por ninguna agresión que pueda lesionarla, en otras palabras, es el derecho que tiene cada persona a no ser vulnerada con tratos sexuales forzados en su cuerpo.

Con aquello claro, se puede determinar que el bien jurídico protegido es, en términos generales, la libertad e integridad sexual, la primera comprendida como esa potestad de autodeterminación respecto de mis acciones u omisiones en la vida sexual; y la segunda se conceptualiza como todos los componentes tanto emocionales, como psicológicos al igual que físicos, que toda persona posee y no deben ser violentados ni menoscabados, y que permiten que la persona se desarrolle de forma sexualmente adecuada.

No obstante de los conceptos amplios antes señalado, cabe realizar ciertas disquisiciones, pues dependerá del sujeto pasivo en gran medida el tipo de bien jurídico que se busque tutelar.

En primer lugar, se anota que como se ha venido desarrollando, lo que busca proteger este tipo es la autonomía, esa capacidad de decisión sobre la vida sexual, por lo tanto, cuando esa autonomía es transgredida, se está afectando al bien jurídico libertad e integridad sexual,

[4] En este sentido, no se abarca el supuesto en que una persona pueda acceder carnalmente a otra bajo miedo insuperable, que en cuyo caso, como se analizó, no vendría a ser el verdadero sujeto activo del delito.

independientemente de la forma de comisión del delito; es así que, cabe la primera diferenciación del bien jurídico respecto del sujeto pasivo del delito.

En el caso de los niños, es decir, hasta la edad que cada legislación haya fijado para considerarlo como tal, no existe la libertad sexual como tal, pues existe una fictio iuris sobre la ausencia de capacidad de consentir libremente, su desarrollo psicológico no es suficiente para considerar que respecto de su vida sexual pueda auto determinarse, por lo tanto, la ley le dota de una protección especial, señalando que aunque diera su "consentimiento" para mantener relaciones sexuales con otra persona, éste resulta inexistente; todo ello se deriva de un tema lógico, sobre el engaño que puede realizar a un adulto sobre un niño, su incapacidad de defenderse ante alguien tanto física como psicológicamente más desarrollado que él, entre otras situaciones. Dicho bien jurídico, en el caso de los niños que la ley ha determinado como tal, toma el nombre de indemnidad sexual.

La indemnidad sexual, según Anónimo (2019), se define como "el derecho de los menores (…) a no ser molestados, a no sufrir daños en el terreno sexual".

Parafraseando a Mañalich (2014) es el bien jurídico que se da a las personas que por una condición de edad determinada, están impedidas de realizar un ejercicio autónomo de su sexualidad, y por lo tanto, se evita cualquier tipo de contacto sexual.

De esto, se puede determinar que la indemnidad sexual dota de una protección especial al sujeto pasivo, pues le blinda contra todo tipo de contacto sexual, ya que debido a la edad del mismo, no está en posibilidades de decidir sobre ese aspecto tan importante de su vida, y podría suceder, que alguien adulto, con la capacidad para decidir sobre dicho aspecto, se aproveche de la incapacidad del niño o niña para violentar su integridad sexual.

Por otra parte tenemos que el bien jurídico protegido es la libertad sexual, que a decir de Regás (2012), es el hecho de que una persona es la única dueña de su cuerpo, decidiendo sobre qué hacer o no hacer con él, dentro de ello, se encuentran inmersos otros derechos como la decisión sobre su vida sexual y reproductiva.

De esta forma se evidencia que la libertad sexual debe ser comprendida como la "soberanía" para tomar decisiones sobre la vida sexual de cada persona, y la forma en la que desea llevarla, realizando actos sexuales o a su vez absteniéndose de hacerlos; por lo cual, nadie está en la posibilidad de menoscabar dichas decisiones ni obligar a la persona a tomar unas distintas.

En síntesis, se concluye que el bien jurídico protegido del tipo penal de la violación es, en macro, la libertad sexual; en específico la indemnidad sexual en el caso de los niños, y la libertad sexual en el caso de adolescentes y mayores de edad; siendo que su vulneración acarrea el daño a la integridad sexual, bien jurídico que también es protegido por el tipo en ambos casos señalados.

**Las circunstancias**

Como se mencionó anteriormente, las circunstancias del tipo son de tres clases: las expresas del tipo, las específicas de agravación y atenuación del tipo; y las genéricas de agravación y atenuación del tipo.

Considero importante empezar por las expresas del tipo, que en el tipo penal de la violación se han definido como aquellas que provocan que la relación sexual sea merecedora de una pena; es decir, la relación sexual por sí misma, no es objeto de tratamiento por el Derecho penal; sin embargo, cuando se encaja dentro de determinadas situaciones, es susceptible de tratamiento jurídico penal.

En el tipo penal de la violación, estas circunstancias son por lo general la fuerza, la intimidación, la privación del sentido o razón y el que uno de los sujetos este por debajo de determinada edad.

Parafraseando a Flores y Aracena (2005), la actividad sexual no es penada per se, sino que se le aplica una sanción cuando esta se produce en una serie de circunstancias que coartan la autodeterminación sexual de la persona.

En este sentido, se ha señalado, tal vez no como circunstancias, pero si como elementos constitutivos del tipo, al no consentimiento y a la violencia; para lo cual Vasco (2016) ha señalado que dependiendo de los sujetos y el bien jurídico tutelado, estos elementos varían para que se configure el tipo penal.

Por ejemplo, en el caso de una persona menor de 14 o 16 años[5], así no se haya cometido el acto sexual con intimidación, violencia o fuerza; constituye violación por el mero hecho de que debido a la edad del niño o niña, no existe consentimiento, pues su desarrollo psicológico, no le permite discernir de forma adecuada qué es lo que en realidad desea, vulnerando no solo su libertad sexual en sentido estricto, sino también la indemnidad sexual, que se entiende como aquella libertad para tomar decisiones sobre la sexualidad propia en base a un adecuado desarrollo psicológico.

Parece ahora conveniente, empezar a detallar cada una de las circunstancias, que en la doctrina, se ha manifestado que son: edad, violencia, intimidación (amenazas), indefensión e incapacidad.

[5] En la legislación ecuatoriana la edad es menos de 14 años (Art. 171 numeral 3), en España menos de 16 (Art. 183, numeral 3), en Chile menos de 14 años (Art. 362).

Cabe realizar la precisión de que se dividirán las circunstancias en dos grupos: aquellas en las que se vicia o impide el consentimiento y aquellas en las que se anula o considera nulo el consentimiento. A continuación se enunciarán las del primer grupo.

Abordando en primer lugar a la violencia, la cual Muñoz Conde (2007) (citado en Vasco 2016) ha definido como: "Hay violencia cuando se aplica vis absoluta, o cuando se emplea violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia oponga la víctima mayor será la energía física que aplicará el delincuente" (p. 216).

De este concepto, se desprende que, la violencia es aquel contacto físico que produce en quien lo recibe, un temor que impide una respuesta normal, o que provoca una respuesta anormal, a cierta situación; ambas respuestas benefician al sujeto que aplica el contacto, y le permiten la ejecución de su conducta.

Parece importante señalar que la violencia también puede impedir respuestas normales, es decir, que cuando un sujeto aplica contacto físico, aquel que lo recibe puede tratar de evitarlo, pero al no tener una fuerza equivalente o superior, sino más bien inferior; las respuestas pueden ser impedidas, bloqueadas o evitadas.

Entonces, cuando se produce una relación sexual, con el uso de violencia, se constituye la violación, ya que la libertad para decidir si se quiere o no realizar tal acto, fue coartada por el uso de una fuerza física que impidió un consentimiento pleno.

Sin embargo, debemos diferenciar a la violencia de la intimidación, pues en la primera necesariamente hay contacto físico; mientras que en la segunda existe una amenaza de que exista dicho contacto.

Al respecto, Rodríguez (2018) ha señalado que “la intimidación es la amenaza de cometer un delito”. Por ejemplo, el sujeto A toma un cuchillo y le dice al sujeto B que si no se desviste y mantiene relaciones sexuales con él, va a clavarle ese cuchillo; entonces el sujeto B mantiene relaciones sexuales con el sujeto A debido a esa amenaza; no obstante, su libertad sexual fue impedida por el hecho del temor que existía de ser clavado un cuchillo.

Por otra parte, esta intimidación no solo puede ser una amenaza contra el sujeto sobre el que recae la ofensa del tipo, sino que también puede recaer sobre un tercero. Esto es lo que en doctrina se conoce como el temor fundado respecto de un tercero, para lo cual, se requiere que exista la posibilidad clara de que en realidad suceda aquello con lo que se está amenazando, en otras palabras, que la intimidación sea verosímil. Así, el sujeto pasivo de la violación se encuentra de igual forma viciado su consentimiento.

Respecto de la circunstancia de indefensión se anota que la misma se produce cuando por alguna razón el sujeto pasivo se encuentra impedido de realizar alguna reacción normal, pero ya no mediante una coacción psicológica (intimidación) o física en estricto sentido (violencia), sino, mediante una la atenuación o eliminación de las capacidades volitivas o físicas del sujeto pasivo, esto sucede cuando este sujeto se encuentra impedido de realizar las acciones racionales tendientes a repeler determinado ataque.

Esta indefensión puede tener dos variables, una: que se coloque a la víctima en dicha situación de indefensión, o que la víctima ya haya estado en dicha situación y el sujeto activo se aproveche de la misma.

En este sentido pueden darse dos casos: 1) el sujeto activo realizas las acciones para poner en indefensión al sujeto pasivo (como amarrarlo, noquearlo, ser sostenido por varias

personas). 2) el sujeto pasivo ya se encuentra en situación de indefensión, y el sujeto activo se aprovecha de tal situación. Para una mejor comprensión se da los siguientes ejemplos: 1) A toma a B y lo amarra a una cama de pies y manos, impidiéndole moverse, luego de lo cual, le accede carnalmente, ergo, sucede que el sujeto activo toma al sujeto pasivo y le impide liberar movimientos de forma normal; 2) B es amarrada a una cama por C que es su novio, C al creer que hay un incendio sale corriendo, a lo cual llega A que es un desconocido, y viendo que B está amarrada a la cama impedida de moverse o reaccionar, decide accederle carnalmente, es decir, en este caso, a la llegada del sujeto activo, el sujeto pasivo ya se ha encontrado en indefensión

No obstante, cabe recalcar que la doctrina ha señalado que en realidad la indefensión engloba a la violencia, intimidación, edad e incapacidad; o mejor dicho, estas son formas de indefensión; explicado de otro modo, a una edad muy temprana como son los 10 o 12 años, es difícil que tanto física como psicológicamente pueda existir capacidad de respuesta a un acto sexual, lo cual denota indefensión; asimismo en la violencia, que al sostener manos y piernas (u otra forma) se impide reacción física normal, y por lo tanto se encuentra en indefensión; pero esta autora discrepa de aquello debido a que la indefensión tiene muchas más aristas y es conveniente detallarlas, ya que como se mencionaba anteriormente, el tipo penal debe tener taxatividad y claridad, por el principio de legalidad.

Ahora se considera conveniente analizar las que corresponden al segundo grupo, es decir, aquellos escenarios donde la circunstancia constitutiva del tipo se da por ausencia del consentimiento, y esto es cuando se trata de personas incapaces o privadas de la razón o el sentido, menores de cierta edad y aquellas que se encuentran bajo la influencia de narcóticos o estupefacientes.

Empezaremos por los incapaces, aquellos a los que la doctrina ha definido como las personas que por sí mismas no tienen un descernimiento ni conciencia plena de la realidad, de sus acciones, o de las de los demás; de estos la doctrina ha diferenciado aquellos que son absolutos y los que son relativos; sin embargo, en el ámbito penal, la importancia recae sobre aquellos que no se encuentran dentro de sus facultades mentales de forma suficiente como para tener una plena libertad de decisión.

Así, las personas que se encuentran bajo los efectos de narcóticos o estupefacientes, puede que, aunque no se encuentren dormidos o en la absoluta inconsciencia, no estén en la capacidad de decidir libremente su accionar sexual. Por ejemplo, una persona que se encuentre bajo los efectos de la escopolamina, y que se quede dormida, sin capacidad de despertarse ante algún estímulo, anulada su consciencia y voluntad.

Así, se determina que las facultades mentales de una persona son un elemento sine qua non al momento de verificar la existencia del delito de violación, pues como se había advertido anteriormente, el solo acceso carnal, no constituye delito, sino en conjunto con determinadas situaciones.

Asimismo, en este supuesto se puede enmarcar una situación que, aunque sea de forma excepcional, sucede: usar algún estupefaciente para dormir a un hombre por parte de una mujer, misma que posterior a que el hombre se quede dormido decide suministrarle viagra con el fin de erectar el miembro viril del mismo y así introducir el miembro viril de este en su vagina, logrando mantener relaciones sexuales con éste sin su voluntad. Es así que este caso planteado ya ha sucedido en Inglaterra[6], Ciudad del Cabo (Sudáfrica)[78] en Ucrania[9], en Estados Unidos[10],

[6] En tal sentido puede leérsele en: www.bbc.com/mundo/noticias-49111844

donde los hombres son amarrados masturbados, drogados, entre otras cosas, y obligados a penetrar contra su voluntad a su agresora, con el fin de obtener placer sexual o el líquido seminal de la víctima, configurándose así, la violación inversa.

En el caso de Ucrania, un joven fue violado por su esposa durante 10 años, ella llegaba a casa y lo amarraba a la cama, lo golpeaba, lo desvestía y lo masturbaba para poder introducirse el pene en su vagina y así tener relaciones sexuales. En Sudáfrica, en cambio, tres mujeres secuestraron a un hombre, lo obligaron a tomar una sustancia, y lo violaron; luego con la eyaculación, robaron su semen, lo guardaron en una nevera y se fueron.

En este sentido cabe abordar el tema de los niños, pues aquellos que la ley a considerado como tales, no cuentan con la capacidad suficiente como para discernir de forma adecuada y plena sobre los aspectos de la sexualidad, es así que es peligroso no abarcar la violación inversa, pues en caso de que una mujer de 40 años de edad le practicara una felonía a un niño de 10 años, no podría considerarse violación, sino máximo, abuso sexual.

En el caso de los niños no se vulnera el bien jurídico de la libertad sexual, sino el de la indemnidad sexual; ya que a pesar de que los niños no vean lo violencia sexual como tal, lo es, pues tu desarrollo psicológico no está completo y no poseen la "conciencia" suficiente para distinguir las diversas situaciones, y aún más tratándose de aquellas que implican violencia.

El sentido de tal situación es que la capacidad que tiene un niño para poder distinguir la realidad de la fantasía, el bien del mal, etc. no está desarrollada, no está formada por completo,

---

[7] En tal sentido puede leérsele en: www.elheraldo.hn/pais/838421-435/tres-mujeres-secuestran-y-violan-a-un-hombre-para-robarle-el-semen

[8] En tal sentido puede leerse en: https://cronicaglobal.elespanol.com/cronica-directo/mujeres-secuestran-violan-hombre_74221_102.html

[9] En tal sentido puede leerse en: https://www.bbc.com/mundo/noticias-52684872

[10] En tal sentido puede leerse en: https://www.news24.com/SouthAfrica/News/polokwane-hitchhiker-in-hospital-after-rape-by-two-women-20171210

por lo tanto, una persona con esta capacidad desarrollada por completo (adulto), puede vulnerar la integridad sexual del niño mediante una serie de actos encaminados a accederle carnalmente, sin que este pueda tener suficiente capacidad de respuesta.

Por ello, el acceso carnal a niños se ha tipificado como violación, aunque medie consentimiento, pues el mismo en estricto sensum, sería inexistente.

Para finalizar, es adecuado referirnos a aquellos que, por una enfermedad mental o física; o por un determinado estado de salud, son incapaces de resistirse; así pues, alguien que se encuentra enajenado mentalmente y posee una realidad diferente en su mente, se encuentra en una situación parecida a la indefensión, pues es incapaz de resistir una agresión sexual debido a la falta de conciencia que implica su enfermedad.

Por ejemplo, una persona con síndrome de Down, no se encuentra en capacidad de resistirse, porque su capacidad volitiva y desarrollo psicológico son distintos a los de su edad física, asimilable a las de un niño.

Así, mediante una propuesta de reforma efectuada por parte de la Corte Provincial de Cotopaxi a la Corte Nacional de Justicia, donde se propone que después de la palabra enfermedad se sustituya el texto a continuación con lo siguiente: “por discapacidad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse”, con oficio Nº 411-P-CNJ-2018, se responde dicha propuesta y se señala la interpretación que realiza la Corte de dicho numeral, citando a Donna (2007) (citado por la CNJ 2018) que señala:

> Al tratar de falta de consentimiento libre (…) casos en que la ofendida se hallare privada de la razón o de sentido, sea en forma permanente (enfermedad o trauma mental) o accidental (ebrio, sueño, drogas) o en fin, por todas aquellas causas externas a su voluntad. Lo que aquí se protege es la falta de comprensión de los hechos por parte de la víctima, pues se supone que sí existe, habría oposición a la agresión. (p. 585)

De lo expuesto la Corte concluye que no es viable la reforma debido a que la circunstancia contempla todos los supuestos posibles dentro de los cuales la víctima no pudiera resistirse por privación de la razón, de que "no pueda obrar materialmente contra la agresión, pues no comprende lo que ocurre" (p. 5).

De esta interpretación caben dos precisiones, en primer lugar, lo referente a "la ofendida", pues con dicha cita, sin una aclaración adecuada, parecería que el sujeto pasivo de la violación solamente podría ser la mujer, cosa que es totalmente incorrecta, pues como se ha visto y se verá más adelante, el hombre puede ser sujeto pasivo de la violación, por lo cual, ese tipo de imprecisiones deben tender a eliminarse para evitar confusiones. En segundo lugar, la propuesta de reforma planteada tiene un gran asidero que no ha sido analizado por la Corte Nacional de Justicia, pues no evalúa lo que contempla dicha reforma y es: la indefensión.

En este sentido cabe, a modo de síntesis, realizar la diferenciación entre lo que es la indefensión y la privación de la razón o del sentido, circunstancias distintas, pues aunque muchas de las causales pueden ser formas de indefensión, ésta es en sí una forma independiente, pues como se enunció en un ejemplo anterior, no es que la víctima no comprende lo que sucede, de hecho lo hace, su razón y sentido se encuentran totalmente claros, normales y en perfecto estado, lo que sucede es que no puede realizar movimientos corporales que le permitan repeler la agresión.

En conclusión, las circunstancias que según la doctrina y esta autora se enuncian como aquellas que necesariamente deben constar en el tipo penal son: la violencia, la intimidación, la indefensión, la privación de la razón o el sentido y la edad.

### 2.1.2. Parte subjetiva

Como ya manifestó en líneas anteriores, dentro de la parte subjetiva del tipo, existen dos posibilidades: la culpa y el dolo. No obstante, la violación debido a su naturaleza, composición y ejecución no puede ser culposo, pues el acceder carnalmente a una persona contra su voluntad, no cabe dentro de una violación al deber objetivo de cuidado; si no que por el contrario, aquella persona que accede a otra de la forma antes mencionada, lo hace conociendo y queriendo (dolo natural) y con la intención de lesionar su bien o bienes jurídicos protegidos (dolus malus) (salvo la excepción planteada anteriormente), por lo cual, existe voluntad y conocimiento, ergo, esa intención positiva de irrogar daño; convirtiendo a este delito en únicamente doloso.

**2.1.2.1.Dolo**

Con lo expuesto en el párrafo anterior, se puede manifestar que la violación es un tipo penal eminentemente doloso; pues, cuando el sujeto activo del mismo decide acceder carnalmente a otra persona u obligar a un tercero a que lo haga, está lesionando con toda su voluntad y conocimiento la libertad, integridad o indemnidad sexual del o los sujetos pasivos; por lo tanto, dicha voluntad de ejecutar su conducta, es aquella que se debe tomar en cuenta al momento de adecuar la conducta al esquema dogmático del delito.

En conclusión, un delito de carácter sexual en general, no puede jamás ser culposo, sino doloso, pues como existiría la posibilidad de que por una violación al deber objetivo de cuidado una persona acceda a otra contra su voluntad.

Sintetizando todo lo redactado en este capítulo, se puede determinar que la violación es un tipo penal complejo, el cual debe tener un motivo de existencia, que de acuerdo a lo analizado es en conclusión: el acceso carnal no consentido. Esto tiene muchas aristas, por ejemplo, el verbo como el elemento que dirige el resto del tipo y permite la inclusión o exclusión de otros

elementos por la forma y caracterización de ejecutar la conducta; el consentimiento y sus formas de prestarlo, si éste existe o no, si alguien está en la capacidad de darlo, etc.; los sujetos y la gama de posibilidades de ejecución de su conducta, incluyendo de esta forma, la violación inversa como escenario a tomarse en cuenta; los bienes, sobre todo los jurídicos, que deben ser el punto clave de protección, independientemente de quien sea el titular; las circunstancias como los "escenarios" para enmarcar el resto de elementos y así configurar el tipo penal de la violación.

## 2.2. Breve análisis de la evolución del tipo penal de la violación en los códigos penales del Ecuador

Desde que el Ecuador se consolidó como una república, surgió la necesidad de legislar la conducta humana, de forma tal que impidiera el desvío de la armonía en sociedad, y permitiera una convivencia lo más adecuada posible, atendiendo a ello, nace el primer código penal en 1837, el cual regulaba las conductas que de acuerdo a ese contexto histórico y social eran las necesarias. Más tarde, este código penal se reforma conforme el avance de la sociedad, pasando así por los códigos penales de 1837, 1871, 1889, 1906, 1938, 1971 hasta llegar al actual de 2014; sin embargo, el análisis se centrará en el tipo penal de la violación y su evolución a lo largo de la historia normativa del Ecuador. El orden que se manejará será desde el código penal más antiguo hasta el más reciente.

### Código Penal de 1837

Dentro de este código penal existen varios artículos que describen las conductas sexuales penalmente relevantes, por lo cual, se han seleccionado aquellas que a criterio de esta autora,

aluden a la violación; ya que en sí, existe un mero desglose de las circunstancias constitutivas del tipo en varios artículos.

> Los que abusaren deshonestamente de alguna persona, por medio de la fuerza o violencia, serán condenados a diez años de obras públicas.
>
> Único.- Si fuere casada la mujer contra quien se cometa la fuerza, además de la pena de obras públicas, sufrirá el reo la de extrañamiento por diez años de la República. (Código Penal, 1837, art. 482)

En primer lugar, dentro de la parte objetiva del tipo, se observa que el verbo rector del tipo es abusar, que en palabras de la Real Academia de la Lengua Española (2019) significa "hacer uso excesivo, injusto o indebido de algo o de alguien" (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 1), o "hacer objeto de trato deshonesto a una persona de menor experiencia, fuerza o poder" (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 2), entonces se puede vislumbrar que el verbo rector no hace referencia exacta a un acceso carnal; recordemos que en épocas anteriores, de lo que se hablaba era de cópula, más no de acceso carnal, que en palabras parafraseadas de Gutiérrez (1967), se diferencian por el hecho de que el acceso carnal se da cuando hay introducción del pene en vagina, ano o boca; o cualquier objeto por ano o vagina; en cambio, la cópula está condicionada a que haya introducción del pene solamente en la vagina, por lo cual, se entendería que a lo que alude el verbo rector es al acceso carnal, sin embargo, ni la técnica legislativa ni las palabras de aquel entonces eran lo suficientemente desarrolladas para poder establecer conceptualizaciones adecuadas.

Respecto de los sujetos, se anota que ni el activo ni el pasivo poseen una calificación, por lo tanto cualquier persona podría ser accedida carnalmente en ese sentido, sin importar su sexo.

En relación a los bienes, se observa que el bien material sigue siendo la persona, mientras que el jurídico es el pudor, ya que el título que contiene a este tipo penal señala lo siguiente: "de los delitos contra el pudor", esto se debe a que en aquella época, no se hablaba aún en el Ecuador

de la integridad ni libertad sexual, ya que eran temas tabú, razón por la cual, el trasfondo del tema de los delitos sexuales se abordaba desde la óptica de la protección a la moral y a las buenas costumbres de la sociedad.

Por último, dentro de las circunstancias se contemplan dos supuestos: 1) que el abuso sea deshonesto, 2) que este se lo haga mediante fuerza o violencia. Dichas circunstancias como ya se dijo, dotan de sentido al verbo rector, con lo cual el abusar, es decir, el hacer uso excesivo de una persona, debe ser deshonesto, entiéndase, que posea una connotación sexual que atente contra el pudor de esa persona abusada, y además que dicho abuso, sea cometido mediante el uso de violencia o fuerza (lo cual en realidad solo sería violencia, ya que la fuerza recae sobre las cosas, y las cosas no pueden ser violentadas en su pudor).

> Cometen también fuerza y violencia los que para abusar deshonestamente de alguna persona, emplearen bebidas u otros medios que le priven del uso de su razón, o se aprovecharen del momento en que se halle privada de este mismo uso, y los que incurran en este delito serán castigados con seis a ocho años de obras públicas. Pero si por este motivo le sobreviniere la muerte, demencia o algún otro grave daño, sufrirán la pena establecida para estos casos. (Código Penal, 1837, art. 483)

En esta norma, se vislumbra que lo que sucede es que añade dos circunstancias más al anterior artículo: 1) la privación del uso de la razón y 2) aprovecharse del estado de privación de la razón. Esto se traduce en lo que en conjunto con las circunstancias anteriores llamamos: el no consentimiento o el consentimiento viciado, como ya se había explicado en líneas anteriores.

> Los que violaren la virginidad de alguna persona que no haya llegado a la edad de la pubertad, serán castigados con la pena de diez años de presidio, y cumplida esta condena, serán desterrados por diez años del lugar del domicilio de la persona violada, y cincuenta leguas en contorno.
> 1.- Si por efecto de la violación resultare daño o enfermedad incurable a la persona violada, se impondrá a los reos diez años de obras públicas, y cumplido el término de esta condena, serán desterrados por igual tiempo; y si resultare la muerte, serán castigados con arreglo al capítulo 1 de esta segunda parte.
> 2.- Si los violadores de la persona impúber, fuesen sus tutores, ayos, maestros, directores, criados o personas encargadas de su guarda, asistencia o educación, en lugar de presidio, serán condenados a diez años de obras públicas, y diez años de destierro fuera de la República.
> 3.- Cuando este delito sea cometido por los tutores, compete perseguirlo a los parientes de la

> impúber, sin perjuicio de la acción que corresponde al ministerio fiscal. (Código Penal, 1837, art. 495)

Cabe realizar una precisión respecto a este texto, puesto que el mismo se encuentra dentro del título: "DEL ESTUPRO"; no obstante se ha considerado que a lo que se hace referencia en realidad es a la violación, en tanto se establece la última circunstancia constitutiva del tipo: la edad, protegiendo así, la indemnidad sexual de los niños. Esta interpretación se la hace basada en que se introduce la frase "que no haya llegado a edad de la pubertad", lo cual, a criterio de esta autora, hace referencia hasta antes de los 10 años de edad, esto con base a que en el art. 61 del mismo código, se hace referencia a un rango de edad de 10 a 17 años y el tema de excusa por cometer delitos sin malicia, por lo tanto, se deduce que en esa época, la edad fijada para distinguir consentimiento, eran los 10 años de edad.

En base a lo anterior se determina que si una persona mantenía relaciones sexuales antes de los diez años, esta se consideraba violación, no obstante, debía existir un requisito adicional, que sea virgen, lo cual como siempre se ha mantenido, es absurdo.

Respecto de la parte subjetiva del tipo, se anota que el tipo es eminentemente doloso, pues tiene que existir la voluntad y conocimiento de causar daño[11] al "pudor" del sujeto pasivo, o en el último caso, atentar contra la virginidad del mismo.

Así, se puede concluir que la violación como tipo, se encontraba bastante desarrollada para el primer código penal que tuvo el Ecuador, siendo que ya poseía un desarrollo, aunque en ciertas partes errado e incompleto, de lo que constituía violación como acceso carnal vaginal.

**Código Penal de 1871**

[11] Se habla del dolo como designio de causar daño porque en ese entonces y en dicha ley el concepto de dolo provenía de la escuela causalista, no finalista.

> Será castigada con penitenciaría de cuatro a ocho años toda persona que hubiere cometido el crimen de violación, sea por medio de violencias o amenazas graves, sea por ardid, sea abusando de una persona de otro sexo que, por efecto de una enfermedad, por la alteración de sus facultades o por cualquiera otra causa accidental, hubiese perdido el uso de sus sentidos, o hubiere sido privada de él por algún artificio.
> Si el crimen ha sido cometido en persona menor de catorce años, la persona culpable será castigada con la pena de ocho a doce años de penitenciaría; y si fuere menor de once años con penitenciaría extraordinaria. (Código Penal, 1871, art. 398)

Dentro de la parte objetiva del tipo, se encuentra que el verbo rector es violar, lo cual según la Real Academia de la Lengua Española significa: "tener acceso carnal con alguien es contra de voluntad o cuando se halla privado de sentido o discernimiento" (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 1), de esto se anota que a lo que alude este verbo es al acceder carnalmente, que significa lo que anteriormente se dijo, mantener relaciones sexuales. Por otra parte se encuentra un verbo complementario: abusar, el cual denota la falta de técnica legislativa de ese momento, pues como ahora bien se sabe, el abuso sexual no implica introducción; no obstante, para la época en que regía dicho código, la acepción de abusar era la que ahora se tiene de acceso carnal, por lo cual, se la toma como tal para el presente análisis.

Respecto de los bienes, se observa que el material es la persona, pues sobre ella recae la acción lesiva; por otra parte el bien jurídico ya toma una connotación distinta, pues ya este tipo consta como un apartado distinto de aquellos artículos precedentes que protegen al pudor, ahora lo engloban dentro de tal pero sin definir todavía el bien jurídico que busca proteger, de lo cual, si bien aún se evidencia que el mismo sería el pudor, también ya empieza a notarse una autonomía de un bien respecto del otro, en tanto, dentro de las circunstancias ya existe una suerte de alusión al tema de la libertad, pues si se las lee con detenimiento, se nota que es cuando la ley supone que la persona no puede decidir sobre su actividad sexual de forma física o psicológica.

Analizando los sujetos, se determina que respecto del activo, este es aquel que viola (accede carnalmente) a otra persona de cualquier sexo, no posee ninguna calificación; respecto

del sujeto pasivo se evidencia que el mismo tampoco posee ninguna calificación, de esto cabe resaltar un detalle, y es que en esta época no se hacía alusión a la mujer como único sujeto pasivo de la violación, siendo que en la descripción del mismo se alude a "cualquier sexo" sin encasillar una calificación discriminatoria sobre quien puede o no ser violado.

Ya en la parte de las circunstancias constitutivas del tipo se evidencia: 1) la violencia, la cual se define como la fuerza sobre las personas; 2) las amenazas graves, mismas que se entienden como intimidación, no obstante, se agrega una característica, y es que dichas amenazas sean "graves", al respecto se anota que es un término bastante ambiguo que resultaba en dejar su interpretación a manos del operador de justicia de ese entonces; 3) el ardid, se traduce en engaño, respecto de esta circunstancia se anota que parecería existir una confusión con el estupro[12], por lo cual se excluye como circunstancia de la violación, pues forma parte de un tipo penal distinto; 4) la privación de la razón o el sentido por efecto de una enfermedad, por la alteración de sus facultades, por cualquiera otra causa accidental, o que se hubiese producido a propósito tal privación, de ésta se anota que hace alusión al consentimiento de la persona en tanto el mismo se encuentra anulado (como ejemplos se puede revisar aquellos que constan en el capítulo 1, en el subtema 1.3.1.5, en la parte de circunstancias); 5) la edad, que sea menor de 14 años, una vez más, ausencia de consentimiento. Se evidencia que falta de la indefensión como circunstancia constitutiva del tipo.

Dentro de la parte subjetiva de este tipo, se anota que el mismo es doloso, pues el acceso carnal bajo las circunstancias enunciadas requiere conocimiento y voluntad, mismas que producen un resultado lesivo que es el atentar contra la libertad sexual del sujeto pasivo o en este caso, contra su pudor.

[12] En el estupro, el acceso carnal se da entre: una persona mayor de 14 y menor de 18 años; y otra mayor de 18 años, ésta última recurriendo al engaño para lograr consumar dicho acceso carnal.

En este Código Penal se pueden observar varios cambios: primero, respecto del bien jurídico protegido se evidencia cierto alejamiento del pudor para ya enmarcar en uno distinto que de acuerdo a las circunstancias, para esta autora, sería la libertad sexual; segundo, ya no se habla de "abusar" (deshonestamente) como verbo rector, si no se violar, el cual tiene un mejor acercamiento al tipo en sí mismo, pues alude en su concepto al acceso carnal. Por lo tanto, este tipo ya marca un inicio al núcleo del tipo penal, que es el acceso carnal sin consentimiento.

**Código Penal de 1889**

> Será castigado con reclusión mayor de cuatro a ocho años el que hubiere cometido el crimen de violación, sea por medio de violencias o amenazas graves, sea por ardid, sea abusando de una persona de otro sexo que, por efecto de una enfermedad, por la alteración de sus facultades o por cualquiera otra causa accidental, hubiese perdido el uso de los sentidos, ó sido privada de él por algún artificio.
> Si el crimen ha sido cometido en una persona menor de catorce años, el culpado será castigado con ocho a doce años de reclusión mayor; y si fuere en una persona menor de once años, con reclusión mayor extraordinaria. (Código Penal, 1889, art. 396)

Dentro de la parte objetiva del tipo penal se realiza el mismo análisis que a los artículos anteriores:

Respecto del verbo rector se anota que de nuevo el mismo es "violar" el cual como ya se definió anteriormente, es acceder carnalmente a una persona; no obstante, es importante señalar que en aquella época aún no existía el tecnicismo actual para definir palabras, por lo que en realidad el término violar no es adecuado para ser verbo rector, pues el mismo está abarcando las circunstancias constitutivas del tipo, pero de forma errada y muy restringida; tal es así que, más adelante, enuncia las circunstancias constitutivas del tipo. Es importante esta aclaración debido a que el verbo rector es la conducta, sin que ésta per se, pueda resultar en relevante para el derecho penal, sino que, como ya se enunció con anterioridad, responde a una configuración con los objetos, los sujetos y por supuesto, las circunstancias.

Dentro de los bienes, el material es la persona, pues sobre ella recae la acción dañosa; el jurídico por su parte de nuevo no se encuentra definido, pero de acuerdo al análisis de las circunstancias, se puede determinar que también alude a la libertad sexual en general[13]; no obstante de aquello, se anota que en aquella época lo que se protegía era el pudor, como valor jurídico derivado de las buenas costumbres, que era en realidad lo que la sociedad buscaba "mantener protegidas".

En el ámbito de los sujetos, el pasivo no posee calificación alguna, puesto que, se señala a una persona de cualquier sexo; respecto del activo sucede lo mismo, no es calificado, por lo tanto es cualquier persona.

Respecto de las circunstancias, se evidencia las mismas del artículo del código anterior, siendo las siguientes: 1) violencia; 2) amenazas graves; 3) ardid[14]; 4) privación de la razón o sentido; 5) edad, menor de 14 años. Todos, a excepción del 3) aluden a la falta de consentimiento o consentimiento viciado, es decir, proteger la libertad sexual.

Ahora bien, en la parte subjetiva del tipo, de nuevo se anota que es doloso, pues exige el conocimiento y voluntad para ejecutar la conducta y lesionar el bien jurídico protegido.

En síntesis, este tipo penal no posee ningún cambio sustancial en cuanto a su composición respecto de aquel que consta en el código anterior, por lo cual una comparación resulta innecesaria.

**Código Penal de 1906**

[13] La referencia a "en general" se debe a que la libertad sexual en niños se traduce en indemnidad sexual, bienes jurídicos distintos en tanto al tipo de sujeto que lo posee. Para ampliar conceptos, revisar el capítulo 1 en la parte de bienes jurídicos.

[14] Como ya se anotó, esta circunstancia no corresponde a la violación, si no, al estupro.

> Será castigado con reclusión mayor de cuatro a ocho años, el que hubiere cometido el crimen de violación, sea por medio de violencias o amenazas graves, sea por ardid, sea abusando de una persona de otro sexo que, por efecto de una enfermedad, por la alteración de sus facultades, o por cualquiera otra causa accidental, hubiere perdido el uso de los sentidos, o sido privada de él por algún artificio.
>
> Si el crimen ha sido cometido en una persona menor de catorce años, el culpado será castigado con ocho a doce años de reclusión mayor; y si fuere en una persona menor de once años, con reclusión mayor extraordinaria. (Código Penal, 1906, art. 360)

Dentro de la parte objetiva del tipo penal se realiza el mismo análisis que a los artículos anteriores:

En cuanto al verbo rector se anota que de nuevo el mismo es "violar", que se traduce en el acceso carnal de una persona sobre otra; no obstante, como ya se advirtió en líneas anteriores, la palabra se encuentra abarcando a las circunstancias constitutivas del tipo, lo cual es errado y deforma la verdadera función del verbo rector que es el identificar la conducta del tipo.

En el ámbito de los bienes, el material es de nuevo la persona, ya que la acción lesiva recae sobre ella; el jurídico, se deduce como la libertad sexual, no obstante de que como ya se manifestó, la protección era al pudor.

En el ámbito de los sujetos, ni el pasivo ni el activo poseen calificación alguna, por lo tanto, la conducta la puede ejecutar cualquier persona sobre cualquier otra.

Respecto de las circunstancias, se evidencia las mismas de los artículos de los códigos anteriores, siendo las siguientes: 1) violencia; 2) amenazas graves; 3) ardid[15]; 4) privación de la razón o sentido; 5) edad, menor de 14 años.

Ahora bien, en la parte subjetiva del tipo, la conducta es dolosa, en tanto exige conocimiento y voluntad de la conducta delictuosa, además de esa intención de lesionar el bien jurídico protegido.

[15] Como ya se anotó, esta circunstancia no corresponde a la violación, si no, al estupro.

Este tipo penal no posee diferencia alguna con los anteriores, es una copia textual del contenido de dos anteriores disposiciones normativas.

Cabe realizar dos precisiones de los artículos que constan en estos tres últimos códigos analizados: falta la circunstancia constitutiva de la indefensión, no existe claridad en cuanto a la identificación del bien jurídico protegido, existe un mal uso de la palabra violar como verbo rector, pues el mismo debe definir una conducta y no abarcar circunstancias constitutivas propias de otra parte del tipo, existe uso inadecuado de palabras como "accidental" o "ardid", pues mientras la primera se encuentra en una de las circunstancias sin aportar en realidad nada a la misma, la segunda es una confusión con el estupro, situación que producía que una conducta distinta a la violación, sea considerada como tal.

En síntesis, cabe señalar que aún con todas las deficiencias señaladas anteriormente, el tipo penal desarrollado en estos tres últimos códigos es bastante bueno, ya engloba la estructura del tipo penal de la violación moderno.

**Código Penal de 1938**

Ahora bien, desde este código penal ya existe una disgregación de las circunstancias constitutivas del tipo, además de cambios sustanciales, sobre todo en cuanto al enfoque correcto de lo que es la violación.

> Es violación el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, en los casos siguientes:
> 1.- Cuando la víctima fuere menor de doce años;
> 2.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o de sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir; y
> 3.- Cuando se usare de fuerza o intimidación. (Código Penal, 1938, art. 487)

Dentro de la parte objetiva del tipo, se procederá al análisis como en los apartados anteriores:

Empezando por el verbo rector, el mismo ya posee un cambio sustancial, pues es acceder, que según la Real Academia de la Lengua Española (2019) significa: “entrar en un lugar o pasar a él” (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 2), por lo tanto, la acepción que se le dota a este verbo es el de introducir; que como ya se ha manifestado en líneas anteriores, es una acepción errada debido a la exclusión que provoca en los sujetos activos y pasivos, al igual que restringe la protección del bien jurídico; además, en general la doctrina le ha dotado de dicho significado al “acceder carnalmente”, es decir, el introducir el órgano genital masculino en el femenino, con lo cual, se deja por fuera tanto la penetración anal o bucal, como la introducción de dedos, objetos u órganos distintos al miembro viril por vía anal o vaginal, así como el hacer introducir.

Por ende, la conceptualización de “acceder carnalmente” debe ser definida bien en el tipo penal de violación, abarcando en su definición a “introducir” y “hacer introducir”

En el ámbito de los sujetos, respecto del activo, éste no es calificado, puesto que el tipo no le dota de ninguna característica al mismo; por otro lado el pasivo tampoco posee calificación alguna, no se le da alguna condición que cumplir para configurarse como tal. Ambas conclusiones se realiza de la frase “cualquier sexo” que contiene el tipo, por lo cual no dota de característica específica a ninguno de los sujetos.

Respecto de los bienes, el material es una vez más la persona, con una connotación más fuerte debido a la frase “con persona”, es decir que la acción dañosa de un acceso carnal no consentido solo puede recaer sobre un ser humano; el jurídico, por su parte, realiza un cambio excelente y sustancial, si bien sigue dentro del tema del pudor y la violación, la estructura del tipo penal permite notar cuál es el bien jurídico que busca proteger: la libertad e indemnidad

sexual; se denota un tema de que el castigo a la conducta de acceso carnal no consentido deviene de transgredir la autonomía para decidir sobre la vida sexual de cada persona.

En lo concerniente a los sujetos, ni el activo ni el pasivo poseen calificación alguna, es más, el tipo penal realiza una excelente anotación: “con persona de uno u otro sexo”, es decir, no le interesa al tipo penal si es hombre o mujer, si no que haya existido acceso carnal no consentido de una persona sobre otra; lo cual elimina la posibilidad de exclusión de un sujeto activo o pasivo; ergo, en cualquiera de las dos modalidades de violación, tanto el sujeto activo como el pasivo, pueden ser hombre o mujer.

Respecto a las circunstancias, las mismas se encuentran disgregadas y redactadas de forma, a criterio de esta autora, totalmente correcta debido a lo siguiente: en primer lugar ya existe la exclusión del ardid (engaño) como causal de violación, sino que ya lo constituyen dentro del código como un tipo penal autónomo llamado estupro; en segundo lugar, ya se hace constar de forma detallada fuera del párrafo que contiene el verbo, los sujetos y los bienes.

Ya en las circunstancias propiamente, se establece como primera la edad, que es que la persona tenga menos de doce años; dicha circunstancia protege el bien jurídico de la indemnidad sexual; resulta bastante llamativo la disminución de años en esta circunstancia, pues recordemos que en los anteriores códigos, la edad fijada en este sentido, era la de catorce años, por ello, resulta llamativo que se haya disminuido la capacidad de punir la conducta. La posible razón para dicho cambio podría ser que realizado un estudio de campo, se determinó que la edad en la que las personas, por aquella época, maduraban, era la de doce años, por lo tanto, su desarrollo psicológico, físico y sexual eran suficientes a los doce años para tener autonomía sobre su sexualidad, pudiendo ya, prestar su consentimiento.

Respecto de la segunda circunstancia, se visualiza un cambio sustancial, pues alude a la incapacidad de la víctima de resistirse, por estar privada de la razón o los sentidos, o por cualquier causa que le impida resistirse. En este sentido se observa que se incluye a cualquier forma de indefensión, por lo cual, no se limita a aquellos escenarios en los cuales la persona se encuentre drogada, dormida, alcoholizada, enferma mental, etc. sino que abarca lo que en el capítulo 1 se consideró como importante de abarcar: que la víctima esté amarrada o imposibilitada de realizar movimientos corporales para repeler el ataque, sin estar privada de sus facultades mentales, sino por el contrario, con plena conciencia de todo. Dicha circunstancia marca un parámetro respecto de la correcta configuración del tipo penal en la actualidad, pues establece a la indefensión de forma amplia, y no de manera taxativa.

A decir de la tercera circunstancia, se alude a la violencia (aunque se use erróneamente la palabra fuerza) y a la intimidación, ya se elimina por fin la acepción de “amenazas graves” y se usa el concepto de la amenaza de cometer un delito, eliminando así, la vaguedad que tenía dicha palabra; de ambas ya se ha expuesto varias conceptualizaciones anteriormente, por lo que no se encuentra necesario referirse a las mismas.

En síntesis las circunstancias son: 1) violencia; 2) intimidación; 3) privación de la razón o sentido; 5) cualquier causa de indefensión; 6) edad, menor de 12 años.

Dentro de la parte subjetiva del tipo, el dolo sigue siendo el elemento, pues implica que para que el acceso carnal sea merecedor de una pena, éste sea cometido contra la voluntad de otra persona a través de uno de las circunstancias enunciadas anteriormente, causando con voluntad y conocimiento lesión a los bienes jurídicos protegidos.

En síntesis, este tipo penal es el precursor de los tipos penales siguientes, pues como se observará más adelante, siguen esta estructura, no obstante, las modificaciones son sustanciales, pese a ello, éste marca ya ciertos parámetros de lo que debe ser la correcta estructura del tipo penal actual, tal como: la circunstancia constitutiva de la indefensión y la introducción a la composición de las relaciones sexuales más las circunstancias constitutivas como violación.

**Código Penal de 1971 (Código anterior al COIP – 2014)**

> Es violación el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, en los casos siguientes:
> 1. Cuando la víctima fuere menor de doce años
> 2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistir, y;
> 3. Cuando se usare de fuerza o intimidación (Código Penal, 1971, art. 512)

Como se observa, este artículo es una copia textual del código anterior, por lo cual no cabe una mayor análisis.

**Ley reformatoria de 2005 al código penal de 1971 (Art. 512)**

En este código, el tipo penal toma la estructura anterior, no obstante realiza varios cambios, como el aumento de la definición de lo que para el legislador es acceso carnal, definición que como ya se verá es incompleta.

> Art. 512.- 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 los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:
>
> 1.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años;
>
> 2.- Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,
>
> 3.- Cuando se usare de violencia, amenaza o de intimidación. (Código Penal, 1971, reforma 2005, art. 512)

Previo al análisis de la parte objetiva del tipo, es importante diferenciar las dos formas comisivas de la violación que nos da el mismo para hablar del resto de elementos: 1)

introducción total o parcial del miembro viril por vía anal, bucal o vaginal; y, 2) introducción de objetos, dedos u órganos que no sean el miembro viril vía anal o vaginal.

Dentro de la parte objetiva del tipo se encuentra primero el verbo rector, que en este caso ya viene a ser "introducir", puesto que "acceso carnal" es el encabezado, pero el verbo en sí, es introducir, ya desde aquí se comete un error, pues si bien lo que el legislador ha intentado es hacer que el tipo penal cumpla con el principio de legalidad, ampliando la conducta a lo que comprende en realidad la relación sexual, lamentablemente ha resultado en dejar por fuera a un posible sujeto activo del delito en una de las formas comisivas del delito: la mujer; esto debido a que, la enunciación correcta sería "introducir o hacer introducir", incluyendo la violación inversa como supuesto posible.

Ya en la parte de los sujetos, a decir del activo se evidencia que se excluye a la mujer como tal en la forma comisiva del delito número uno, pues ella no puede introducir un miembro viril, ya que no lo tiene; no obstante, lo que si puede realizar la mujer, y como se ha analizado anteriormente, es hacer introducir, es decir, forzar a un hombre a penetrarla o a su vez aprovecharse de un estado de indefensión o incapacidad y penetrarse sin el consentimiento de la víctima; respecto del sujeto pasivo sucede lo mismo, en la segunda forma comisiva del delito, el hombre queda excluido como sujeto pasivo del delito por las razones expuestas anteriormente. Como se observa, el verbo rector es determinante a la hora de definir el resto de elementos, de él dependen la capacidad de ejecución de la conducta, por ello, como se anotará más adelante, resulta importante considerar aspectos científicos y técnicos a la hora de legislar, y no solamente copiar y pegar artículos de otras legislaciones o formar tipos penales sin conocimiento.

Respecto de los bienes, el material es una vez más la persona, pues de la forma comisiva que sea, recae sobre ella la acción dañosa; por su parte en el jurídico, se encuentra que todavía

no existe una claridad respecto de lo que se busca proteger, pues el precepto normativo consta en el título “Del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro”, por lo tanto, sigue existiendo, en ese sentido, confusión de que el pudor era el bien jurídico protegido; no obstante, si se analiza al tipo penal en su conjunto, lo que busca proteger es la libertad, indemnidad e integridad sexual, observando sobre todo las circunstancias que protegen al sujeto pasivo del acceso carnal no consentido. Sin embargo, dicha evolución sigue siendo apegada a una sociedad conservadora, que lo que busca es proteger temas como las “buenas costumbres”, la “reputación”, el “honor”, entre otros, lo cual degenera en una inadecuada protección de bienes jurídicos, y por lo tanto una inadecuada respuesta del Estado a la violación de un derecho.

En el ámbito de las circunstancias, la edad de 12 años como circunstancia constitutiva, y la cambia por 14 años. Dicho cambio se comprende desde un punto de vista de ampliar la protección a la indemnidad sexual de los niños, además de concordar con la normativa sobre la edad que se ha descrito para considerar a una persona niño o niña. De la segunda no existe cambio alguno, se mantiene la privación de la razón o sentido, incapacidad o indefensión como supuestos de imposibilidad de resistirse del sujeto pasivo; de la tercera, ya se usa de forma correcta el término y se alude a violencia en lugar de fuerza, existe un error que es redundar al aludir a amenaza e intimidación, cuando intimidación significa la amenaza de cometer un delito.

En síntesis, se concluye que este tipo penal, en lo más relevante, aumenta una definición de lo que se entiende por acceso carnal, cambiando así el verbo rector, el cual es “introducir”, dejando de lado a un sujeto activo y a uno pasivo; se entiende que la intención del legislador era el de aplicar el principio de legalidad de forma adecuada, con la taxatividad como elemento sustancial, pero cuando no se lo hace de forma correcta, puede dejar desprotegidos a sujetos pasivos y sus bienes jurídicos.

### 2.2.1. Código Orgánico Integral Penal de 2014 (Art. 171)

Para empezar con el desarrollo de este acápite, se considera importante recapitular ciertos conceptos desarrollados en el capítulo anterior, para comprender de mejor manera el porqué de las críticas a realizarse.

En primer lugar, es importante recalcar que la configuración del tipo penal es sumamente importante, en tanto describe de forma detallada aquella conducta punible y su correspondiente pena, por lo tanto, como ya se había señalado anteriormente, cualquier elemento demás puede punir innecesariamente conductas que no requieren intervención penal alguna, o su vez, cualquier elemento menos causaría impunidad.

Es así que, el elemento fundamental por el que se empieza es el verbo rector, pues de él se desprende el resto de elementos, éste representa la acción misma, la conducta, cuya actividad está conminada muchas veces a una característica especial para poder ejecutarla.

Continuando, siguen los sujetos, cuya clasificación es activo y pasivo, el activo puede ser a su vez calificado o no calificado; el activo es quien realiza la conducta lesiva y el pasivo quien recibe la acción dañosa; no obstante de ello, los sujetos dependen en enorme medida del verbo rector, pues las personas, que son quienes ejecutan las conductas, se encuentran dotadas de características únicas que los hacen diferentes unos de otros, dando la posibilidad de materializar esas conductas de acuerdos a características propias de cada persona, imposibilitando a otras de realizarlas, o adecuar su conducta al tipo; esto es muy importante en tanto puede producir exclusión injusta e ilegítima de posibles sujetos pasivos.

A decir de los bienes, estos son dos, el material y el jurídico; el material es sobre quien recae la acción lesiva directamente, en cambio, el jurídico es aquel derecho de la persona que se

busca proteger y por lo tanto, el centro del tipo penal, a lo que debe tender la estructura del mismo.

Por su parte, las circunstancias son aquellos “escenarios” en los cuales la ejecución del verbo rector se torna como una conducta penalmente relevante, por lo tanto, son necesarias para delimitar aquello que el tipo enmarca como una conducta digna de ser tratada por el derecho penal, cumpliendo así el principio de legalidad.

Por ello, con el análisis previo sobre cómo se estructura un tipo penal según la doctrina, se analizará la actual estructuración del tipo penal de la violación que consta en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, y a su vez, cuál fue el origen del mismo, y su evolución a lo largo de las constantes reformas legales, con el fin de proponer una estructura que sea objeto de una posible reformas en el mismo cuerpo normativo.

Ahora bien, se empezará por enunciar el texto normativo que consta en el actual Código Orgánico Integral Penal del Ecuador:

> 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.

En primer lugar, se establece en la configuración del tipo, al acceso carnal, entendido este como la relación sexual, la cual a su vez se define según Rodríguez (2018), como la introducción del miembro viril en la boca, vagina o ano; o de cualquier objeto en vagina y ano; lo cual en un

inicio no denota ningún problema, ya que de acuerdo a la libertad sexual, es decisión de cada persona la forma de llevar su vida sexual.

No obstante de lo anterior, el acceso carnal se ha puesto a modo de enunciado, más no de conducta, pues se establece entonces, que el verbo rector es introducir, cuya acepción según la Real Academia de la Lengua Española (2019) es "meter o hacer entrar algo en otra cosa" (Real Academia de la Lengua Española, s.f., definición 2), de ello se infiere que, una persona puede ingresar algo en otra, siempre y cuando, la primera posea algo para realizar esa acción, y la segunda tenga un orificio (cualquiera sea este) por el cual pueda introducirse ese algo. En este sentido ya podemos realizar un primer acercamiento a la crítica de este tipo penal de la violación en el actual COIP, pues se denota que para "introducir" la característica esencial de la que debe estar dotado el sujeto activo es tener un pene o algún cuerpo vulnerante que atraviese uno de los tres orificios.

Con ello, se elimina la posibilidad de que alguien que no esté dotado de esta característica, pueda ejecutar la conducta, no obstante, como se observará más adelante, este limitante no restringe la conducta de forma adecuada, si no que daña la esencia del tipo penal, afectando a su fin último que es: la protección de la libertad sexual.

Como se empezó señalando, existen actualmente dos formas comisivas de lo que se concibe como acceso carnal[16], con la forma dos, no existe ningún problema, pues tanto la mujer como el hombre se encuentran en la capacidad física de realizar dicha conducta; sin embargo, en la forma uno si existe una limitación, y es el hecho de que solo el hombre puede realizar dicha conducta, puesto que es el único que tiene un miembro viril y que a su vez puede introducirlo en

[16] 1) Introducción de pene en vagina, ano o boca.
2) Introducción de objetos o cualquier órgano distinto al miembro viril en vagina o ano.

un orificio (boca, ano o vagina), dicho presupuesto a priori se puede deducir que es correcto, no obstante, cabe analizar qué sucede cuando no es el hombre el que accede carnalmente a la mujer, sino al revés, es decir, cuando la mujer es quien contra la voluntad del hombre o sin ésta, se introduce el miembro viril en su vagina, ano o boca; aquello que en la doctrina toma el nombre de: violación inversa.

Es aquí donde ya se empieza por denotar la estructura incompleta del tipo siendo que el enunciado correcto para abarcar el presupuesto antes mencionado sería "introducir o hacer introducir", es decir, que en ambas formas comisivas del delito, tanto el sujeto activo como el pasivo pueda ser hombre o mujer.

El ejecutar una conducta no puede estar condicionada a roles, estigmas o rezagos de leyes pasadas que resultan inadecuadas, y que lo que producen es discriminación basadas en prácticas de la sociedad que sucedieron en una época y contexto determinados. Así, en la antigüedad se creía que la violación únicamente podía provenir del hombre hacia la mujer, basado en el tema de la virginidad y el pudor, es por ello que se hablaba de cópula, más no de acceso carnal, es después que se comprende que el forzar a tener relaciones sexuales a una persona no requiere tener un miembro viril, sino que hay varias formas de realizar dicha acción.

La tipificación resulta sumamente importante, tanto que si en Ecuador ocurriera la violación inversa, sería condenable la conducta por abuso sexual, más no por violación.

Para visualizar un ejemplo de cómo abarcar de alguna forma la violación inversa, se puede observar la composición del tipo penal de la violación en la ley penal de Colombia, la cual en sus artículos 205, 207, 208 y 210 estructura lo que debería ser este tipo penal de la siguiente

forma: “Acceso carnal violento. El que realice acceso carnal con otra persona mediante violencia, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años” (Código Penal, 2000, art. 205).

> Acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir. El que realice acceso carnal con persona a la cual haya puesto en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años. (Código Penal, 2000, art. 207)

“Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años”. (Código Penal, 2000, art. 208)

> Acceso carnal o acto sexual abusivos con incapaz de resistir. El que acceda carnalmente a persona en estado de inconsciencia, o que padezca trastorno mental o que esté en incapacidad de resistir, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años. Si no se realizare el acceso, sino actos sexuales diversos de él, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años. (Código Penal, 2000, art. 210)

Como se observa, se deja acceso carnal como elemento principal, siendo el verbo rector “acceder” lo cual no reviste de problema alguno ya que la doctrina moderna es la base que permite interpretar el acceder carnalmente como el introducir o hacer introducir, lo cual no viola el principio de legalidad, si no que por el contrario reúne de forma adecuada las conductas que deben ser tratadas por el derecho penal de dicho país, y en general, por todos.

La formulación del tipo penal se da en base al verbo rector, en el tipo de la violación, la formulación debe darse de acuerdo a criterios técnicos y científicos, los cuales responden a la capacidad biosicológica sexual, que en palabras de Abarca (2008) se dice lo siguiente:

> (…) no existe ningún fundamento biológico, ni psicológico que impida que la mujer desempeñe el papel activo en el acceso carnal (…) obligándolo y aun realizándolo contra la voluntad del hombre o cuando éste no es capaz de manifestar voluntad alguna (…) las condiciones biosicológicas sexuales, específicas del ser humano (…) permiten tanto al hombre como la mujer desempeñar en la dinámica del acceso carnal iguales funciones. (p. 153)

Se puede denotar entonces, que el papel activo en la relación sexual, es capaz de desempeñarlo, tanto el hombre como la mujer, y no como se creía en el pasado – y en el presente - (y que se ha venido plasmando en la ley), que solo el hombre es capaz de realizar dicho papel, por lo que el verbo rector de este tipo penal es totalmente incorrecto, ya que conmina al hombre como único ejecutor de una de las formas comisivas del delito.

En conclusión, se revela que la estructura del tipo ya se encuentra incompleta, pues falta un verbo rector que es: "hacer introducir", cuya falta implica discriminación, no tutela injustificada de un bien jurídico protegido y vulneración a la igualdad.

Pasando al siguiente elemento, los sujetos, respecto del activo, éste puede ser tanto hombre como mujer en la segunda forma comisiva del delito; pero en la primera, solo podría ser el hombre, ya que biológicamente solo él tiene un miembro viril, y por lo tanto, únicamente él, está en capacidad de introducirlo en vagina, ano y boca, que como ya se anotó, resulta incorrecta, puesto que en realidad la mujer si está en capacidad de desempeñar el papel activo en la relación sexual, y puede ser el sujeto activo en ambas formas comisivas del delito, con lo cual, este elemento es incorrecto en el actual tipo penal.

En el caso del pasivo, podría ser tanto hombre como mujer, al momento en que fueran introducidos el miembro viril. No obstante de aquello, queda excluida la mujer como sujeto activo del delito, pues si ella obliga a un hombre a que le introduzca su miembro viril en la vagina, ano o boca, no constituye violación, por el hecho de que no está contemplado como verbo rector el "hacer introducir", con lo cual, la violación inversa, queda excluida; esto resulta en que el hombre quede excluido como sujeto pasivo del tipo cuando una mujer se introdujere el pene del mismo contra su voluntad o sin ella, por lo tanto, es otro error del tipo penal de la violación actual.

Respecto de los bienes, a decir del material, éste sigue siendo la persona, es decir que sobre ella recae la acción dañosa; en cambio, respecto del jurídico, existe un cambio muy significativo, pues con claridad se señala que es la libertad sexual (dentro de la cual están la integridad y la indemnidad), así, ya se protege a la persona víctima de la agresión, y no a la "moral" de la sociedad. En este sentido cabe acotar que, a pesar de este avance, se deja desprotegido al hombre como sujeto pasivo del delito, en la violación inversa, por lo cual, dicho avance aún queda debiendo al no desprenderse de forma total de rezagos de una sociedad retrógrada que no analiza el tema científico y técnico, si no que se basaba y se basa en la religión católica como punto de partida para determinar comportamientos y protecciones, que en este caso, deja de lado al hombre, estigmatizándolo como el único capaz de acceder carnalmente a la mujer, cuando en realidad él también puede ser accedido y lesionado su libertad e integridad sexual.

Por su parte, las circunstancias, se mantienen con un ligero cambio. La tercera, respecto de la edad, se mantiene en los 14 años, con lo cual sigue la línea de códigos anteriores, excepto uno, respecto de la protección a la indemnidad sexual de los niños y niñas; la segunda, se mantiene también, en cuanto a la violencia e intimidación como medios para anular, doblegar o minimizar el consentimiento de la víctima; la primera por su parte, posee un cambio bastante singular, pasa de "Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse" (Código Penal, 2005, art. 512) a "Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse" (COIP, 2014, art. 171), como se observa el cambio radica en que el código anterior mantenía el hecho de la incapacidad de resistencia de la víctima hacia el ataque sexual sin limitaciones, es decir, en la forma amplia de lo que implica la

indefensión; por lo tanto, los supuestos en los cuales podía suceder que la víctima pudiera ser anulada o menoscabada su consentimiento eran más amplios, incluyendo la privación de la razón o el sentido y enfermedad. No obstante, en el artículo del código actual se limitó esa amplitud de las causas posibles de indefensión a la privación del sentido o razón a la enfermedad y la discapacidad; es decir, esta última parte cierra el enunciado normativo y con ello, los demás supuestos posibles. A modo de referencia, cabe señalar que en el anterior capítulo se explicó con mayor claridad sobre cómo puede una persona encontrarse en estado de indefensión, sin tener discapacidad o enfermedad que le coloque en tal estado; y como se anticipó allí, dicho estado es muy amplio, y es completamente errado minimizar las causas posibles del mismo.

Ya en la parte subjetiva del tipo, se mantiene el dolo como elemento del tipo, esto claramente debido a que el acceso carnal obligado requiere voluntad y conocimiento por parte del sujeto activo, con el fin único de lesionar el bien jurídico protegido del sujeto pasivo. Es así que existe una cierta contradicción en este punto, ya que como se denota en el tipo penal, tiene que existir voluntad y conocimiento para ejecutar la conducta lesiva y así dañar el bien jurídico protegido, lo cual se contrapone al hecho de no incluir a la mujer como sujeto activo del delito en la forma comisiva del delito 1, pues aunque ella se introduzca el miembro viril con la intención positiva de causar daño, es decir, con dolo, su conducta no le es reconocida como tal, sino más bien, como un mero abuso sexual, cuando en realidad hubo acceso carnal sin su consentimiento.

# 3. Capítulo III: De la correcta estructura del tipo penal de la violación en el Código Orgánico Integral Penal

## 3.1 Parte objetiva

### 3.1.1 El verbo

Como ya se anotó en líneas anteriores, este tipo penal debería poseer dos verbos rectores: introducir y hacer introducir, para que con ello se abarque la violación inversa, la cual se conceptualiza como el acceso carnal, donde la mujer toma el papel activo de la relación sexual introduciéndose ella el miembro viril del hombre en vagina, ano o boca, habiendo anulado o viciado la voluntad de este último, u, obligando al hombre a introducirle su miembro viril a ella.

Entonces, el hacer introducir significa que la mujer se convierta en sujeto activo de la infracción, en tanto ella obliga al hombre, como sujeto pasivo, a penetrarla, cuando éste no quiere hacerlo o no tiene la capacidad para saber si así lo desea. Esto comprendería un avance muy significativo, puesto que el nuevo verbo abarcaría este tipo de violación distinta que ya se ha desarrollado en la doctrina, pero que muchas legislaciones no la han implementado aún como una conducta punible.

Por lo tanto, ambos verbos deben constar en el tipo penal para abarcar de forma correcta las conductas sexuales posibles de acceso carnal que violen la libertad, indemnidad e integridad sexual.

### 3.1.2. Los objetos

Respecto de los objetos, el material seguiría siendo la persona; por su parte el jurídico sería la libertad, integridad e indemnidad sexual.

En lo atinente a la libertad sexual, se dejaría en evidencia que lo que buscaría proteger el tipo penal es la autonomía de decisión de una persona sobre su vida sexual, con lo cual, no importaría su sexo, si no que importa si se violentó o no, tal capacidad de decisión. Asimismo, respecto de la indemnidad sexual, se protegería de mejor forma a los niños y niñas, puesto que, con el tipo actual, si una mujer se introduce el miembro viril de un niño en su vagina, ano o boca, ésta respondería por abuso sexual y no por violación, dejando sin indemnidad sexual en una forma comisiva del delito a los niños, lo cual con el cambio que se propone si se protegería, ya que como se señaló, los niños no tienen capacidad de decidir sobre su sexualidad. Por último, protegiendo libertad e indemnidad sexual, se protege la integridad sexual.

### 3.1.3. Los sujetos

A consecuencia del cambio en el verbo rector se evidencia que el tipo penal se vuelve abarcativo respecto de quien puede cometer la infracción, es así que se explicará de forma más clara el cambio respecto de este elemento del tipo.

Como se ha dicho, existen dos supuestos que contemplan el acceso carnal, el primero que es la introducción del miembro viril en vagina, ano y boca, y el segundo, el introducir cualquier objeto u órganos distintos al miembro viril en vagina o ano. Así se podrá ver cómo el cambio del verbo rector influye de manera directa en los sujetos del tipo penal.

- El sujeto activo

Con la propuesta planteada, el sujeto activo en general, de ambos supuestos podría ser la mujer; en concreto, la misma posee las condiciones de encasillarse en el “hacer introducir”, ergo, está en la capacidad de obligar a un hombre que introduzca su pene en la vagina, ano o boca de la primera, o a su vez ella misma hacerlo, igualmente contra su voluntad.

El cambio es significativo, en tanto que el tipo penal actual deja excluido un sujeto activo, y por lo tanto, al cometerse la violación inversa, lo que sucede es que el tipo penal por el cual puede acusarse es el de abuso sexual, en cuyo caso no corresponde a la realidad, dado que lo que busca tipificar la violación es el acceso carnal no consentido.

En síntesis, se abarcaría de forma adecuada a la mujer como sujeto activo de la violación en la primera forma comisiva del tipo, siendo que el tipo le permite ejecutar la conducta sexual agresiva para su posterior punición.

- El sujeto pasivo

Respecto del sujeto pasivo, con la nueva estructura del tipo penal se abarcaría tanto a hombre como a mujer en todas las formas comisivas del delito, es decir que es posible abarcar a la violación de forma tradicional y a la inversa.

Como se señaló, el "hacer introducir" ya contemplaría la situación en la cual la mujer accede carnalmente al hombre, obligando a éste a introducirle su miembro viril en la vagina, ano o boca de ella; o cualquier forma que implique introducción del miembro viril de un hombre en vagina, ano o boca contra su voluntad[17].

Es así que, el hombre y el niño, entran como sujetos pasivos del tipo penal en todas las formas comisivas del delito, siendo titulares de los bienes jurídicos que ya se han mencionado.

### 3.1.4. Las circunstancias

Este elemento es determinante al momento de definir conductas, por lo tanto, como ya se había anticipado, éstas no deben ser ni muy amplias ni muy restringidas, sino que deben abarcar

[17] El "hacer introducir" también abarcaría la práctica de sexo oral de una mujer a un hombre contra la voluntad de este último, o como se explicó en el capítulo 1, que un tercero obligue a otras dos personas a accederse carnalmente contra la voluntad de ambas.

aquellos escenarios en los cuales realmente se lesione el bien jurídico protegido del sujeto pasivo.

En tal sentido, las circunstancias constitutivas del tipo deberían ser modificadas de la siguiente forma: la primera tendría que eliminarse el "por discapacidad", y en su lugar colocarse "por cualquier otra causa", así, se amplía de forma razonada la protección al bien jurídico de la libertad sexual puniendo cualquier acceso carnal no consentido; la segunda debería eliminarse la palabra "amenazas" debido a que redunda con intimidación y la tercera se debería cambiar la edad de 14 a 12 años, pues esto en concordancia con aquello que el Código Orgánico de la Niñez y la Adolescencia define como niño y niña.

### 3.2. Parte subjetiva

#### 3.2.1. El dolo

A decir de este elemento, no existiría ningún cambio, pues se mantiene el delito como doloso para aquella persona que "introduce o hace introducir", en cualquiera de las formas comisivas del delito, así, una persona que accede carnalmente a otra debe hacerlo con la intención de causar daño, lo cual se configura con el mero hecho de hacerlo contra la voluntad del sujeto pasivo o sin ella, pues esa sería en sí, la motivación para castigar el acceso carnal.

Como ya se había mencionado, el elemento clave que el legislados debe tomar en cuenta en los delitos sexuales es, por una parte la coacción del sujeto activo para anular, doblegar o disminuir el consentimiento del sujeto pasivo, y por otra, la ausencia total o parcial del consentimiento y/o voluntad del sujeto pasivo. Entonces, resulta imprescindible acotar que lo que debe analizarse en la violación, es el acceso carnal no consentido, el resto de elementos se adecuarán de por sí, tomando en cuenta este presupuesto.

### 3.3. Necesidad de reforma

Como es de conocimiento de todos, la sociedad se encuentra basada en el llamado contrato social, mediante el cual, las personas, ceden parte de su libertad a un ente ficticio llamado Estado, para que esté les brinde una especie de "protección" con la cual puedan ejercer sus derechos y sentirse seguros[18].

En este sentido, el Estado, en respuesta a esa concesión que le brindan los ciudadanos, debe protegerlos contra aquellos que vulneran o tratan de vulnerar esa armónica convivencia, por lo cual el mismo, a través de su órgano legislativo, debe procurar dicha protección mediante la creación de leyes que abarquen las conductas penalmente necesarias para proteger los bienes jurídicos, y de no lograr prevenir, castigar dichas conductas; lo que parafraseando a Zaffaroni (citado en Encalada 2015): "hacer algo" (referiéndose al poder punitivo).

Se comprende que al momento de formar un cuerpo normativo, este responde a una sociedad, la cual siempre está llena de costumbres, formas, estereotipos, los cuales influyen de forma definitiva en aquel producto normativo; no obstante, el deber de los legisladores es mirar de forma objetiva, sobre todo en el ámbito penal, pues no en vano existe por cada asambleísta un cuerpo de asesoramiento que orienta el criterio del mismo, dotándole criterios técnicos que le permiten una adecuado entendimiento al momento de formar una ley o votar para su aprobación. Como se ha mencionado, tal orientación resulta trascendental al momento de formar leyes penales; cuando se estructuran los tipos penales la técnica y mira objetiva debe ser el elemento primordial de su composición, pues como la doctrina lo ha venido señalando, es el momento en el cual se limita el poder punitivo que posee el Estado, por lo cual la carga subjetiva debe reducirse al mínimo.

[18] En tal sentido véase "El contrato social" de Jean Jacques Rosseau.

En este sentido, el tipo de la violación, como se ha venido analizando, resulta de una formación normativa muy peculiar, pues al principio su bien jurídico a proteger era el pudor, es decir la reputación y en general las "buenas costumbres" de la sociedad, y no es hasta 2014 que tal situación se corrige y se "atina" al bien jurídico que debe protegerse que es la libertad, indemnidad e integridad sexual; esto denota claramente que siempre este tipo penal ha estado dotado de una carga subjetiva demasiado fuerte, lo cual ha devenido en que se aplique el criterio errado y conservador de nuestra sociedad ecuatoriana sobre que solo el hombre es capaz de tener un papel activo en las relaciones sexuales, lo cual como ya se ha descrito en el presente trabajo es equivocado, ya que la dinámica sexual ha evolucionado, y la mujer está en toda la capacidad de desempeñar tal papel.

Tanto es así que, como se ha citado en el capítulo 2, se han dado casos en países como África e Inglaterra donde mujeres drogan a hombres y los violan, por lo cual, el decir que si bien en abstracto es posible pero en concreto no se ha dado, ya no se puede alegar.

Estas situaciones son algo real, concreto, cierto, además la formación de los tipos penales siempre debe orientarse a la elaboración de supuestos fácticos basado en que si se está o no en la capacidad de ejecutar la conducta, no en adivinar que "eso seguro no pasa".

El derecho penal, con sus fines, debe propender a la protección de los bienes jurídicos de las personas, sobre todo estos de tanta importancia como la libertad, indemnidad e integridad sexual; no se trata solo de aumentar penas indiscriminadamente, el tema es configurar la conducta típica como su pena con criterio técnicos, estándares y elementos que permitan una adecuada consecución del fin último para el que está el Derecho Penal: la protección de la sociedad.

## 3.4. Proyecto de reforma

Después de haber realizado un exhaustivo análisis de lo referente al tipo penal en general, al tipo penal de la violación en específico y al tipo penal de la violación en el Código Orgánico Integral Penal, se ha evidenciado las falencias que posee éste último; por lo tanto, al ser uno de los objetivos de esta disertación brindar un aporte jurídico, se plantea este tercer capítulo como la posible configuración adecuada del tipo.

Violación.- Es violación el acceso carnal; es decir, el introducir o hacer introducir, total o parcialmente, el miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o el introducir cualquier objeto, dedos u órganos distintos al miembro viril, vía anal o vaginal, cuando dicho acceso suceda 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 cualquier otra causa no pudiera resistirse.
2. Cuando se use violencia o intimidación; o,
3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

**Conclusiones**

1. El tipo penal, al ser una descripción de la conducta punible, debe ser redactado de forma adecuada, con todos los elementos que la doctrina ha señalado para su composición, siempre aplicándolos a la realidad; asimismo, debe ser formulado sobre criterios de racionalidad y lógica, y no responder a estereotipos de la sociedad, que impidan un ejercicio correcto del Derecho Penal.
2. La evolución de los tipos penales debe ser constante, pues si aquello no sucede, se corre el enorme riesgo de caer en conceptos retrógrados, que perjudican la forma de administrar justicia, sobre todo, al momento de revisar tipicidad en el esquema dogmático del delito.
3. En la legislación ecuatoriana, este tipo penal ha evolucionado de forma paulatina sobre varios aspectos, los más importantes: el verbo rector y el bien jurídico protegido. Del primero, se inicia con copular, luego continúa con acceder carnalmente y finalmente de habla de introducir; del segundo, el pudor se mantiene desde el primer código penal hasta el penúltimo de 1971 (aunque si existe esbozos para aludir la libertad, indemnidad e integridad sexual), finalmente donde se clarifica que los bienes jurídicos protegidos son la libertad, indemnidad e integridad sexual es en el Código Orgánico Integral Penal, siendo que si bien se habla de libertad sexual, lo que protege con las circunstancias constitutivas en la indemnidad sexual (en caso de niños y niñas) y la integridad como consecuencia directa de dañar la libertad sexual.
4. La violación, como tipo penal, debe responder a una estructura basada en criterios lógicos, técnicos y científicos; en cambio, ha respondido y responde a concepciones generalizadas y ausentes de dichos criterios. Una de estas concepciones, y la más influyente, es que solo el hombre es capaz de forzar a una mujer a tener relaciones sexuales, cuando ya científicamente

se ha demostrado, con casos reales, que la mujer está en la misma capacidad de hacerlo, hablando de temas sexuales, pues su anatomía le permite ejecutar los actos que se requieren para consumar una relación sexual. Asimismo, las circunstancias constitutivas de la violación también son posibles de ejecutar por parte de la mujer, lo que la hace capaz para ser tomada como sujeto activo de este tipo penal.

5. El actual tipo penal de la violación que consta en el COIP posee dos formas comisivas del delito: 1) introducir el miembro viril en vagina, ano o boca, o, 2) introducir dedos, objetos o cualquier órgano distinto al miembro viril en ano o boca.
6. La capacidad para obligar a una persona a tener relaciones sexuales, puede provenir tanto de un hombre como de una mujer, como ya se ha leído en líneas anteriores, no existe problema alguna en la forma comisiva 2) del delito, pero en la 1) si lo hay, ya que se conmina solamente al hombre la capacidad de ejecutar la conducta delictiva, debido a que expone una característica propia de su sexo, que es tener un pene.
7. Debido al error en la segunda forma comisiva del delito, se deja de lado al hombre como sujeto pasivo del delito, y a la mujer como sujeto activo, con lo cual el bien jurídico del primero se ve desprotegido; puesto que como se ha analizado previamente, en la realidad, la mujer si es capaz de introducirse el miembro viril del hombre u obligarlo a introducirlo en su vagina, ano o boca.
8. El verbo rector del tipo penal de la violación es “introducir”, lo cual es incorrecto, puesto que excluye la violación inversa sin ninguna razón lógica, y por ende sin posibilidad de punibilidad a dicha conducta, como tal, se concluye que la forma correcta del verbo rector sería: “introducir o hacer introducir”, así abarcaría de forma adecuada todos los supuestos

posibles para una relación sexual, que en conjunto con las circunstancias constitutivas, formarían el tipo penal de la violación.

9. La primera circunstancia constitutiva del tipo penal de la violación se encuentra incompleta, ya que abarca solo dos supuestos posibles de la indefensión, cuando en realidad existen algunos más dentro de los cuales podría darse la relación sexual no consentida; por tal motivo, la misma debería no ser taxativa, si no ejemplificativa o establecer que en cualquier caso de indefensión.
10. El tipo penal de la violación debe tener como eje central el castigar las relaciones sexuales no consentidas; es decir, la falta o el vicio de consentimiento para tener relaciones sexuales, esto de forma estructurada, sin que medien concepciones antiguas sobre que el hombre es quien siempre ejecuta la relación sexual con la penetración de su miembro viril. Debido a ese eje central, los sujetos tanto pasivos como activos no deben ser estigmatizados ni diferenciados, pues tanto hombre como mujer se encuentran en plena capacidad de acceder carnalmente a otra persona contra su voluntad, por lo cual el no consentimiento en el acceso carnal es lo que debe primar en el tipo penal de la violación para que pueda configurarse el tipo, al igual que deben abarcarse de forma correcta todas las circunstancias constitutivas del tipo, y no dejar supuestos potenciales sin posibilidad de tratamiento en el Derecho Penal.

**Recomendaciones**

1. Es necesario que al momento de formular los tipos penales, se apliquen técnicas legislativas adecuadas, siempre basadas en criterios técnicos, científicos y lógicos; recurriendo sobre todo, a una asesoría proveniente de expertos en el tema, no solo jurídico, si no, de otras profesiones, generando así, interdisciplinariedad que permita la elaboración de tipos eficaces, pero sobre todo, justos.
2. La doctrina, al ser el resultado de estudios realizados por expertos sobre ciertas temáticas, la gran mayoría de veces, brindan las soluciones a problemas jurídicos que existen en los sistemas jurídicos, es así que, al momento de legislar siempre debe tomarse en cuenta los criterios de la doctrina. Esto con mayor fuerza en el Derecho Penal, pues al ser el regulador del poder punitivo del Estado, al momento de la formulación de los tipos penales, dichos criterios muchas veces, ya establecen la solución a los problemas antes mencionados, dentro de los cuales, están los de estructuración de los tipos penales.
3. Es sumamente importante que al momento de regular las conductas penalmente relevantes, se evite responder al populismo penal, es decir, que debe evitarse la guía de la sociedad para establecer los tipos, de lo contrario, la influencia negativa de la misma produciría errores tan graves, que pueden dejar desprotegidos bienes jurídicos de un sujeto pasivo solamente debido a su sexo, como es lo que sucede con la violación, pues aquello responde a un concepto retrógrado de las relaciones sexuales, y la incapacidad de la mujer para ejecutarlas, cuando ya se ha determinado científicamente, que no es así.
4. Considerando que para formular algo, existe una base que permite edificar el resto; en los tipos penales se debería poner especial atención al verbo rector, pues en determinados tipos penales, como el de la violación, de éste dependen el resto de elementos, como: el sujeto

activo/pasivo, bien jurídico protegido, circunstancias constitutivas; pues la ejecución de esa conducta, muchas veces está conminada a poseer determinada condición o característica.

5. Es recomendable señalar que cuando se formulan tipos penales, resulta ineludible el revisar cómo sería la aplicación de éstos a la realidad, ya que al ser una descripción en abstracto, su materialización muchas veces se ve complicada por la formulación errónea de los tipos penales, lo cual podría mejorar si se trata de aterrizar la formulación en un caso en concreto. Esto no solo brindaría una mejora en la administración de justicia, sino que permitiría la optimización del poder punitivo del Estado en cuanto a seleccionar de forma correcta y con los elementos adecuados, las conductas merecedoras de relevancia jurídico-penal.
6. Se exhorta a reformar el tipo penal de la violación de acuerdo a la descripción constante en la parte final del tercer capítulo de esta disertación, pues el mismo se basó en un análisis previo de doctrina y casos reales, siendo el texto el siguiente: “Violación.- Es violación el acceso carnal; es decir, el introducir o hacer introducir, total o parcialmente, el miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o el introducir cualquier objeto, dedos u órganos distintos al miembro viril, vía anal o vaginal, cuando dicho acceso suceda 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 cualquier otra causa no pudiera resistirse.
    2. Cuando se use violencia o intimidación; o
    3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

**Referencias bibliográficas**

Libros

Agudelo, N. (2007). Curso de Derecho Penal: Esquemas del delito. Bogotá, Colombia: Temis

Albán Gómez, E. (2005). *Manual de derecho penal ecuatoriano: parte general.* Quito, Ecuador: Ediciones Legales

Abarca, L. (2008). *Delitos sexuales*. Quito, Ecuador: Jurídica del Ecuador

Antolisei, F. (1960). *Manual de Derecho Penal*. [Traducido al español de Manuale di Diritto penale]. Buenos Aires, Argentina: Uteha

Barrera, H. (1980). *Delitos Sexuales*. Bogotá, Colombia: Ediciones Librería del Profesional

Buompadre, J. (2017). *El delito de violación: análisis dogmático de los elementos típicos*. Montevideo, Uruguay: Contexto

Carrara, F. (1957). *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá, Colombia: Temis

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

Donna, E. (2007). *Derecho Penal: Parte Especial.* Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores

Encalada, P. (2015). *Teoría constitucional del delito*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones

Escamilla, A. (1989). *El delito de violación: la conducta típica*. Madrid, España: Ministerio de Justicia

Etcheberry, A. (1998). *Derecho Penal*. 3ª edición. Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile

Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón.* Madrid, España: Trottaix

Flores, M. y Aracena, L. (2005). *Tratado de los delitos sexuales.* Santiago de Chile, Chile: Jurídica La Ley

Fontán, C. (1951). *Tratado de Derecho Penal: parte especial*. Buenos Aires, Argentina: de Palma

Goldstein, R. (1993). *Diccionario de Derecho Penal y Criminología.* 3ª edición. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Gutierrez, C. (1967). *El delito de violación*. Medellín, Colombia: Cristal

Jiménez de Asúa, L. (1950). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, Argentina: Losada

Maggiore, G. (1955). *Derecho Penal*. Bogotá, Colombia: Temis

Mir Puig, S. (2015). *Derecho Penal: Parte General*. 10 ª edición. Barcelona, España: Reppertor

Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal: Parte General*. Valencia, España: Tirant lo Blanch

Muñoz Conde, F. (2007). *Derecho Penal: Parte Especial*. Valencia, España: Tirant lo Blanch

Novoa Monreal, E. (2005). *Curso de Derecho Penal chileno*. Santiago de Chile, Chile: Edior – ConoSur

Plascencia, R. (2004). *Teoría del delito*. 3ª edición. Ciudad de México, México: Universidad Autónoma de México

Rodríguez, L. (2016). *Delitos sexuales*. 2ª edición. Santiago de Chile, Chile: Jurídica de Chile

Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal.* Buenos Aires, Argentina: Depalma Buenos Aires

Soler, S. (1992). *Derecho Penal Argentino*. 10ª edición. Buenos Aires, Argentina: Tipográfica Argentina

Welzel, H. (1997). *Derecho penal alemán.* [Traducido al español de Direito penal deutsche]. Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile

Diccionarios

Real Academia de la Lengua Española. (s.f.), Conducta típica. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 16 de julio de 2019, de https://dle.rae.es/lema/conducta-t%C3%ADpica

Real Academia de la Lengua Española. (s.f.), Introducción. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 20 de agosto de 2019, de https://dle.rae.es/introducci%C3%B3n

Real Academia de la Lengua Española. (s.f.), Introducir. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 20 de agosto de 2019, de https://dle.rae.es/introducir?m=form

Real Academia de la Lengua Española. (s.f.), Violación. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 10 de septiembre de 2019, de https://dle.rae.es/violaci%C3%B3n?m=form

Real Academia de la Lengua Española. (s.f.), Violar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 10 septiembre de 2019, de https://dle.rae.es/violar?m=form

Real Academia de la Lengua Española. (s.f.), Introducir. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 20 de agosto de 2019, de https://dle.rae.es/introducir?m=form

Real Academia de la Lengua Española. (s.f.), Abusar. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 28 de septiembre de 2019, de https://dle.rae.es/abusar

Real Academia de la Lengua Española. (s.f.), Acceder. En *Diccionario de la lengua española*. Recuperado en 1 de octubre de 2019, de https://www.rae.es/dpd/acceder

Leyes

Congreso de diputados. Código Penal. [Decreto legislativo 00 de 1837]. (14 de abril de 1837). Registro Auténtico 1837 de 3 de noviembre de 1837

Congreso Nacional (Senado y Cámara de diputados). Código Penal. [Decreto legislativo 0 de1871]. (3 de noviembre de 1871). Registro Auténtico 1871 de 3 de noviembre de 1871

Congreso Nacional (Senado y Cámara de diputados). Código Penal. [Decreto legislativo 0 de1889]. (4 de enero de 1889). Registro Auténtico 1889 de 4 de enero de 1889

Eloy Alfaro. Código Penal. [Decreto supremo 1 de 1906]. (18 de abril de 1906). R. O. S. 61 de 18 de abril de 1906

Alberto Enríquez. Código Penal. [Ley 7 de 1938]. (22 de marzo de 1938). Registro Auténtico 1938 de 22 de marzo de 1938

Comisión Jurídica. Código Penal. [Codificación 0 de 1971]. (22 de enero de 1971). R. O. S. 147 de 22 de enero de 1971

Congreso Nacional. Ley reformatoria al Código Penal. [Ley 2 de 2005]. (23 de junio de 2005). R. O. 45 de 23 de junio de 2005

Asamblea Nacional. Código Orgánico Integral Penal. [Ley 0 de 2014]. (10 de febrero de 2014). R. O. S. 180 de 10 de febrero de 2014

Congreso Nacional de Colombia. Código Penal. [Ley 599 de 2000]. (24 de julio de 2000). Diario Oficial 44097 de 24 de julio de 2000

Consultas a la Corte Nacional de Justicia

Corte Nacional de Justicia (21 de marzo de 2018). Resolución 03-2018. *Oficio circular No.00427-P-CNJ-2018 en respuesta a la consulta de la Corte provincial de Cotopaxi* [MP Paulina Aguirre]

Artículos de revistas

Mañalich, J. (2014). La violación como delito contra la indemnidad sexual bajo el derecho penal chileno: Una reconstrucción desde la teoría de las normas, *Revista Ius et Praxis*, 2(2), 21-70. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n2/art02.pdf

Vélez Rodríguez, A. (2003). Supuestos y hechos jurídicos, *Opinión Jurídica*, 2(4), 11-20. Recuperado de: https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/1342

Vega, H. (2016). El análisis gramatical del tipo penal. *Justicia*, volumen 29, (pp. 53-71). DOI: 10.17081/just.21.29.1233

Zavala Egas, X. (1991). El delito de la violación. *Revista Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, (pp. 25-37). Recuperado de https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1991/09/4_El_Delito_De_Violacion.pdf

Artículos de prensa en línea

Anónimo (sin fecha). Tres mujeres secuestran y violan a un hombre para robarle su semen. El Heraldo. Recuperado de https://www.elheraldo.hn/pais/838421-435/tres-mujeres-secuestran-y-violan-a-un-hombre-para-robarle-el-semen

Crónica directo (1 de junio de 2017). Tres mujeres secuestran y violan a un hombre durante un fin de semana. *Crónica Global*. Recuperado de https://cronicaglobal.elespanol.com/cronica-directo/mujeres-secuestran-violan-hombre_74221_102.html

Evans, J. (10 de diciembre de 2017). Polokwane hitchhiker in hospital after rape by two women. *News24*. Recuperado de https://www.news24.com/news24/southafrica/news/polokwane-hitchhiker-in-hospital-after-rape-by-two-women-20171210

Regás, R. (20 de febrero de 2012). Nuestro derecho a la libertad sexual. *El Mundo*. Recuperado de https://www.elmundo.es/blogs/elmundo/ellas/2012/02/20/nuestro-derecho-a-la-libertad-sexual.html

Regás, R. (20 de febrero de 2012). Nuestro derecho a la libertad sexual. *El Mundo*. Recuperado de https://www.elmundo.es/blogs/elmundo/ellas/2012/02/20/nuestro-derecho-a-la-libertad-sexual.html

Silver, K. (25 de julio de 2019). Penetración forzada: los hombres que denuncian haber sido violados por mujeres (y por qué la ley en Inglaterra y Gales no los protege). *BBC*. Recuperado de https://www.bbc.com/mundo/noticias-49111844

Zhuhan, V., Gribovskaya, Y. y Korolev, D. (16 de mayo de 2020). "Mi esposa me violó durante 10 años". *BBC*. Recuperado de https://www.bbc.com/mundo/noticias-52684872

Diapositivas

Ticona, E. (sin fecha). *Teoría de la tipicidad.* [diapositivas de Power Point]. Ministerio Público del Perú. https://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2206_02_ticona_zela.pdf

Apuntes de clase

Salas, N. (2017). *Principios del derecho penal*. Clase de introducción al Derecho Penal, Noviembre. Quito, Ecuador

Rodríguez, F. (2018). *Elementos del tipo penal*. Clase de delitos en particular. Febrero. Quito, Ecuador

León, E. (2017). *Tipicidad*. Clase de teoría del delito y de la pena. Septiembre. Quito, Ecuador

Tesis

Vasco, J. (2016). *Transformaciones del tipo penal de violación y de los sujetos de la relación procesal en el Ecuador 2005-2015*. (Trabajo de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4752/1 /T1769-MDP-Vasco-Transformaciones.pdf

Páginas web

Iberley (2019). Iberley Colex: portal de información jurídica. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. Recuperado de: https://www.iberley.es/temas/delitos-contra-libertad-indemnidad-sexual-47461

Machicado, J. (2012). Apuntes Jurídicos. *Tipicidad, tipo penal y tipificación*. Recuperado de: http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/tipo-penal-y-tipicidad.html

Machicado, J. (2010). Apuntes Jurídicos. *Sujetos del delito*. Recuperado de: http://jorgemachicado.blogspot.com/2009/03/sujeto-del-delito.html

**Bibliografía**

Buompadre, J. (2017). *El delito de violación: Análisis dogmático de los elementos típicos*. Montevideo, Uruguay: Contexto

Encalada, P. (2015). *Teoría constitucional del delito*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones

González, C. (2015). *Delitos contra la libertad sexual*. Buenos Aires, Argentina: B de F

Rodríguez, F. (2019). *Curso de introducción al Derecho Penal*. 2ª edición Quito, Ecuador: Cevallos.

Rodríguez, J. (1963). *Derecho Penal Español. Madrid*, España: Dykinson

Rosin, H. (3 de diciembre de 2016). Las mujeres que violan a los hombres, según varios estudios nuevos. *El Confidencial*. Recuperado de https://www.elconfidencial.com/alma-corazon-vida/2016-12-03/violadoras-acosadoras-criminales-sexuales-femeninas_1296951/

Rosseau, J. J. (1837). *El Contrato Social*. Madrid, España: Amux