



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**Problemas en la concepción del consentimiento dentro del tipo penal  
de violación en Ecuador: Delimitaciones necesarias para su tratamiento  
en vía judicial y legislativa.**

AUTORA:

**Chiriboga Viteri, Tábata Fernanda**

Trabajo de Titulación previo a la obtención del título de:  
**ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA  
REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TUTORA:

**Palencia Núñez, Mónica**

**Guayaquil, Ecuador**

**10 de febrero del 2020**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo fue realizado en su totalidad por **Chiriboga Viteri Tábata Fernanda**, como requerimiento parcial para la obtención del Grado Académico de **ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**.

**TUTOR**

---

**Palencia Núñez, Mónica**

**Revisores:**

**DIRECTORA DE CARRERA**

---

**Lynch Fernández, María Isabel**

**Guayaquil, 10 de febrero del 2020**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

**Yo, Chiriboga Viteri, Tábata Fernanda**

**DECLARO QUE:**

El Trabajo de Titulación: **“Problemas en la concepción del consentimiento dentro del tipo penal de violación en Ecuador: Delimitaciones necesarias para su tratamiento en vía judicial y legislativa”**, previa a la obtención del **Grado Académico de ABOGADO DE LOS TRIBUNALES Y JUZGADOS DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

**Guayaquil, 10 de febrero del 2020**

**LA AUTORA**

---

**Chiriboga Viteri, Tábata Fernanda.**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO

**AUTORIZACIÓN**

**Yo, Chiriboga Viteri, Tábata Fernanda**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación: **“Problemas en la concepción del consentimiento dentro del tipo penal de violación en Ecuador: Delimitaciones necesarias para su tratamiento en vía judicial y legislativa”**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, 10 de febrero del 2020**

**LA AUTORA**

---

**Chiriboga Viteri, Tábata Fernanda.**

# REPORTE DE URKUND

The screenshot displays the URKUND interface. On the left, document details are shown: 'Dokument: TESIS TABATA CHIRIBOGA URKUND (1).docx (D63547393)', 'Inskickat: 2020-02-06 15:36 (-05:00)', 'Inskickad av: rafael.compte@cu.ucsg.edu.ec', 'Mottagare: rafael.compte.ucsg@analysis.urkund.com', and 'Meddelande: tesis Tabata Chiriboga [Visa hela meddelandet](#)'. A yellow highlight indicates '1% av det här ca 18 sidor stora dokumentet består av text som också förekommer i 2 st källor.' On the right, a 'Källförteckning' (Bibliography) is shown with columns for 'Rankning' and 'Sökväg/Filnamn'. It lists several sources, with the first two checked. The bottom toolbar includes icons for search, navigation, and actions like '0 Varningar', 'Återställ', 'Exportera', and 'Skicka'.

**Ab. Monica Irene Palencia Nuñez, Mgs.**  
**TUTOR**

**Tábata Fernanda Chiriboga Viteri**  
**AUTOR**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

**García Baquerizo, José Miguel, Mgs.**  
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. \_\_\_\_\_

**Reynoso Gaute, Maritza, Mgs.**  
COORDINADOR DE ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. \_\_\_\_\_

**Siguencia Suárez, Kleber David, Mgs.**  
OPONENTE



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES Y  
POLÍTICAS

CARRERA DE DERECHO

**Facultad: Jurisprudencia**

**Carrera: Derecho**

**Período: UTE A-2019**

**Fecha: 10 de febrero del 2020.**

**ACTA DE INFORME FINAL**

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **“Problemas en la concepción del consentimiento dentro del tipo penal de violación en Ecuador: Delimitaciones necesarias para su tratamiento en vía judicial y legislativa”**, elaborado por la estudiante **TABATA FERNANDA CHIRIBOGA VITERI**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **NUEVE SOBRE DIEZ (9/10)** lo cual califica como: **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN.**

**TUTOR**

f. \_\_\_\_\_

**Palencia Núñez, Mónica, Mgs.**

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>2</b>
<b>CAPÍTULO I.....</b>	<b>4</b>
<b>REVISIÓN DE LA LITERATURA.....</b>	<b>4</b>
<b>1.1 Antecedentes del consentimiento en el delito sexual de violación en el Ecuador y el bien jurídico protegido. ....</b>	<b>4</b>
<b>1.2 Naturaleza jurídica del consentimiento dentro del tipo penal de violación en el Ecuador, respecto al bien jurídico protegido de la libertad sexual. ....</b>	<b>6</b>
<b>1.3 El Consentimiento afirmativo dentro del tipo penal de violación como fundamento en la doctrina actual predominante.....</b>	<b>6</b>
<b>1.4 Inadecuación normativa dentro del tipo penal de violación respecto al consentimiento y la eficacia sobre el bien jurídico de la libertad sexual. ....</b>	<b>8</b>
1.4.1 Las normas sociales respecto al consentimiento y los cambios legales. ....	8
1.4.2 Cambio social y criminalización de las conductas delictivas que surgen al contravenir al consentimiento como elemento típico dentro del delito de violación. ....	9
1.4.3 Interpretación del consentimiento como permiso.....	10
<b>1.5 Base alternativa de derecho penal para el acto típico de violación.....</b>	<b>11</b>
1.5.1 La violencia psicológica o el enfoque de la intimidación como recurso de determinación del delito sexual sin violencia física. ....	12
<b>1.6 Resumen y opinión personal.....</b>	<b>13</b>
<b>CAPÍTULO II.....</b>	<b>14</b>

<b>CONSENTIMIENTO EN LOS TIPOS PENALES DE DELITOS SEXUALES EN EL ECUADOR.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1 Consentimiento en el tipo penal de violación en la legislación del Ecuador.....</b>	<b>14</b>
2.1.1 Falta de la tipificación relativo al consentimiento ineficaz en el tipo penal de violación en el Código Orgánico Integral Penal y como esto lesiona a la tutela judicial efectiva. ....	16
2.1.2 Delimitaciones necesarias para la prevención de prácticas sexuales que surgen a partir del aprovechamiento del actor para coartar al consentimiento valido del denunciante en el ejercicio de la libertad sexual dentro del delito de violación.....	17
<b>2.2 CONCLUSIONES.....</b>	<b>19</b>
<b>2.3 RECOMENDACIONES .....</b>	<b>21</b>
2.3.1 Estudio de la redacción del tipo respecto al consentimiento para erradicar la violencia sexual en Ecuador. ....	21
2.3.2 Aplicación de la teoría del dominio del hecho a terceros instigadores o coadyuvantes en delito de violación. ....	22
3.1.3 Cambio de mirada con respecto a la pena para aumentar cuantitativamente el número de sentencias condenatorias.....	23
3.1.4 Construcción Funcionalista, como deber de explorar la voluntad del otro de cuya infracción surgirá el consentimiento ineficaz llamado a ser elemento del tipo penal .....	25
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>26</b>

## DEDICATORIA

A mi padre Roberto Chiriboga Aldaz por ser siempre la primera persona a la que llamo cuando parece que no hay salida, eres invaluable sin ti nada de esto sería posible, gracias por día a día durante estos 5 años levantarte con el anhelo de verme como una profesional y trabajar por ello, lo conseguiste, lo conseguimos, espero algún día ser tan grande como tú, te lo debo todo por nunca dejarme caer, siempre voy a ser tu niña y tu siempre vas a ser mi heroé, gracias por todo tu esfuerzo sé lo que te costo.

A mi madre María Fernanda Viteri solo tu y yo sabemos lo que esto nos ha costado, gracias por aguantar las risas y lágrimas, eres todo para mí gracias por regalarme a lo que más amo en esta vida mi familia de 3, eres una intachable madre, amiga y esposa, quisiera que me acompañes toda mi vida.

A mi abuelito Pedro Viteri Coronel gracias por acompañarme y apoyarme incondicionalmente durante la mitad de este escabroso camino, y por haber compartido conmigo risas y sueños que hoy me dispongo a cumplir por los dos, siempre está en mi mente y en mi corazón.

A mi abuelita Nelly Rodriguez Velasteguí, porque gracias a su apoyo hoy soy todo lo que soy, gracias por sus consejos que logran siempre regresarme al camino, mi segunda madre, que este sea uno de los primeros logros que comparto a su lado.

## RESUMEN

El presente estudio se ha desarrollado para abordar los problemas en la concepción del consentimiento dentro del tipo penal de violación en el Ecuador, con una revisión literaria que permita conocer las delimitaciones necesarias para su tratamiento en la vía judicial y legislativa. El objetivo fue analizar el tipo penal del delito de violación poniendo como elemento central a la falta, la extralimitación de consentimiento de la víctima o a su ineficacia, para otorgarle una mayor tutela respecto a las consideraciones que no se realizan dentro del tipo, de actos que anulan o vician el consentimiento y por ende representan un limitante al desarrollo sexual integral de la víctima. Basado en el análisis de consentimiento, se recomienda el incluir dentro de la legislación penal, la infracción al deber de respetar la oportunidad de expresión del consentimiento, como constitutiva de prueba de ausencia de consentimiento de la víctima.

La revisión de la literatura definió la naturaleza jurídica del consentimiento y del bien jurídico protegido exponiendo la motivación y promoción de la actual importancia del consentimiento dentro del tipo penal, determinado que el análisis del consentimiento debe seguir la consecución de expansión de lineamientos respecto a la evaluación del consentimiento eficaz y la protección respecto a la vulnerabilidad de las personas. Se concluyó en definir la necesidad de implementar penas equitativas respecto al daño del bien jurídico vulnerado, con el fin de obtener condenas adecuadas en consecución de la protección de los derechos fundamentales.

**Palabras clave:** Consentimiento, violación, sexual, delito, penal, judicial, legislativa.

## **ABSTRACT**

The present study has been developed to address the problems in the conception of consent within the criminal type of violation in Ecuador, with a literary review that allows to know the delimitations necessary for its treatment in the judicial and legislative way. The objective was to analyze the criminal type of the crime of rape, placing as a central element the fault, the overreach of the victim's consent or its ineffectiveness, to grant greater protection over the considerations that are not carried out within the type, of acts that nullify or vitiate their consent and therefore represent a limitation to integral sexual development. Based on the consent analysis, it is recommended to include within the criminal legislation, the violation of the duty to respect the opportunity to express consent, as constituting proof of the victim's absence of consent.

The review of the literature defined the legal nature of the consent and of the protected legal good exposing the motivation and promotion of the conception of the consent within the criminal type, determined that the analysis of the consent within the criminal type must follow the achievement of expansion of guidelines regarding to the evaluation of effective consent and protection regarding the vulnerability of people. It was concluded in defining the need to implement equitable penalties regarding the damage of the violated legal good, in order to obtain adequate convictions in pursuit of the protection of fundamental rights.

**Keywords:** Consent, rape, sexual, crime, criminal, judicial, legislative.

## INTRODUCCIÓN

El presente estudio es el resultado de una exploración en torno a uno de los elementos constitutivos del delito sexual, ya sea de violación u otro, como fenómeno cultural-criminal: la ausencia de consentimiento de la víctima. Según las corrientes de legislación penal contemporánea, el consentimiento para las relaciones sexuales es el elemento central de la regulación penal de la sexualidad. Es tendencia actual legislativa en Latinoamérica, el poner énfasis en identificar cuándo y dónde está ausente el consentimiento para el sexo.

En un artículo de opinión de más de una década atrás, el catedrático constitucionalista Asensi anotaba que estaba de moda en el ámbito de la sexualidad, tanto el sexo esporádico y sin ataduras con pareja transitoria, como el sexo tipo “échangisme”, en referencia al sexo libre y sin que para justificarse deba recurrir a entornos de compromiso afectivo o de romanticismo previo en pareja, el primero; e intercambio de parejas, el segundo. En cita a Bauman, destacaba el tiempo del sexo que se evalúa solo en función de la gratificación que produce, no sin dejar de destacar los riesgos de este, con palabras del psicólogo Sigusch, en el sentido de que todas las formas de relación íntima tienen la misma máscara de felicidad. (Asensi Sabater, 2008)

A la libertad mental para disfrutar de la propia sexualidad, se une una indispensable: la libertad de elección, de decisión del contenido y límites de la actividad sexual; de decisión de vinculación en contexto amoroso o sin él; libertad en todas sus manifestaciones, y que es agredida con el sexo impuesto por violencia o intimidación, pero también por el hecho mismo de presumir sin manifestaciones indubitables, su ejercicio; e inferir consentimiento sin indicativos concordantes y coincidentes.

Por lo anterior, y en decurso del 2020, tiempo en el que no se observa en la realidad situada del Ecuador especial consideración para fines de imputación y sanción penal, a la agresión a la libertad sexual cuando se ha efectuado actividad sin uso de violencia física o psicológica evidente, pero sí aprovechando circunstancias en donde la víctima se ha encontrado en la imposibilidad -por cualquier razón- de expresar su consentimiento de forma indubitada, cabe hacer una revisión del pensamiento penal

más relevante en torno a la ausencia de manifestación explícita del consentimiento, así como explorar cómo podría, una vez que el sexual ha dejado de ser un delito contra la moral o contra la honestidad, para ser considerado delito contra la libertad sexual, avanzarse a su consideración de pluriofensivo por el legislador, cuando violenta el derecho a la expresión explícita de un consentimiento previo, considerándose la labor de presunción de la aceptación de actividad sin límites, por el compartir algún espacio concreto de intimidad de manera previa en tiempo o algún vínculo previo afectivo, como un acto de agresión al derecho a autodeterminación del ser humano.

La exploración cuyo resultado tiene el lector en sus manos, parte del reconocimiento de la necesidad de sentar bases para la construcción posible de parámetros objetivos que lleven a estructurar una norma extrapenal y personal: una norma de cuidado del deber de respetar el derecho a expresión indubitada del consentimiento a un acto sexual.

# CAPÍTULO I

## REVISIÓN DE LA LITERATURA

### **1.1 Antecedentes del consentimiento en el delito sexual de violación en el Ecuador y el bien jurídico protegido.**

Dado que entendemos como consentimiento afirmativo la expresión explícita y expresa de la voluntad de mantener una relación sexual en cualquiera de sus acepciones, analizamos que la mayoría de las jurisdicciones se niegan a criminalizar el sexo en donde ha primado un consentimiento previo, pero extralimitado, como violación. Pautando que, para condenar a un acusado de violación la fiscalía o ministerio público debe probar el uso de la fuerza o la amenaza de fuerza del acusado, además de demostrar la falta de consentimiento de la denunciante. Este último elemento y su valoración como elemento autónomo dentro de nuestro país actualmente es considerado de difícil prueba, primero porque se supedita al uso de violencia física y segundo por ser un campo sin aplicabilidad práctica por la restricción dentro del tipo a su análisis a profundidad. Sin embargo, podemos ver la evolución en varias legislaciones como: Panamá, Irlanda, Colombia y Chile en las que la extralimitación en el objeto del consentimiento constituye conducta penalmente relevante, y no esta subordinada al uso de violencia.

La tipificación de los delitos sexuales en el Ecuador se encuentra dentro del ordenamiento que data de inicios de la época Republicana, bajo la presidencia de Vicente Rocafuerte y sigue estando considerada en el cuerpo legal actual en el COIP. (Código Orgánico Integral Penal, 2014). La concepción del delito de violación sin uso de violencia física en el Ecuador, se fundamenta en una mirada tradicional que incluye dos elementos: la falta de consentimiento por incapacidad de otorgar el consentimiento y, agresión sexual que se añada a una acción preexistente física no sexual.

En la legislación penal ecuatoriana, anteriormente la tipificación para la prevención y sanción de delitos cometidos en contra de bienes jurídicos como la moral pública y el pudor, contemplando a un conjunto de delitos desde el punto de vista de la

moralidad sexual, se hizo presente. En el Ecuador, como país católico, la injerencia de la iglesia en la legislación fue importante para la determinación moral en el establecimiento de las conductas penales (Vasco & Guerra, 2016). El consentimiento dentro de los delitos sexuales no era considerado, al proteger a los bienes jurídicos de la moral y la familia, es decir, no existía la posibilidad de la determinación de la importancia de la voluntad de la víctima dentro de la teoría del caso porque simplemente no cabía hablar de libertad sexual respecto a actos sexuales considerados en su totalidad como inmorales y por ende contra la norma penal.

Tal lógica de una moral oficial y que pautase la vida del conglomerado humano por encima de la libertad individual, vuelve explicable el que en el matrimonio pudiese darse el sexo impuesto, pues ello era consecuencia de que se hiciera cumplir la obligación de copulación conyugal. El bien jurídico protegido en el siglo XIX, no fue la libertad sexual, sino la moral, y bajo esta aseveración el consentimiento del sujeto para un acto sexual no era objeto de estudio. Los antecedentes plantean la evolución que ha tenido la figura del consentimiento en la protección de los derechos de las personas para decidir activamente sobre sí mismos (Roxin, 2014).

Es por esto, que es importante la determinación y evolución del bien jurídico protegido a lo largo de estos años en los delitos sexuales y cómo se concebía al consentimiento anteriormente en nuestra legislación, más aún, porque la norma en sí misma busca prever acciones que contravengan al bien jurídico que el Estado tutela; en este caso la integridad y la libertad sexuales. El Estado busca proteger a sus ciudadanos de la vulneración de derechos, especialmente en referencia a los derechos sexuales y a la decisión autónoma que tiene cada ciudadano sobre sí mismo (Oxman, 2015). La libertad sexual es un derecho que se encuentra constitucionalmente protegido, a través de políticas públicas promovidas por el Estado, con el propósito de garantizar el ejercicio de este derecho fundamental de libertad (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

## **1.2 Naturaleza jurídica del consentimiento dentro del tipo penal de violación en el Ecuador, respecto al bien jurídico protegido de la libertad sexual.**

La naturaleza jurídica del consentimiento dentro del delito de violación, en el Ecuador no se encuentra determinada explícitamente dentro del tipo, y no se hace alusión directa a ella, es más bien un elemento intrínseco en la determinación del acto penalmente relevante. En la práctica el no determinar la relevancia del consentimiento en los delitos sexuales, respecto a la evolución del derecho penal y la adecuación del tipo penal de violación, puede hacer que esta omisión en la redacción del tipo haga que se traten de manera indulgente, actos que lesionan al bien jurídico de la libertad sexual y que contravienen a la autodeterminación de la víctima a través de un consentimiento eficaz, por el sistema de justicia penal (DiCorleto, 2016).

Por tanto, la evolución demuestra que existe una brecha aguda entre la concepción de los delitos sin uso de violencia física a través de la violencia psicológica e intimidación, y la actual concepción dentro de los delitos sexuales que se tiene acerca del consentimiento y su eficacia al determinar su valor. La naturaleza jurídica del consentimiento pretende explicar la noción legal de consentimiento para el sexo, y particularmente en las formas en que el sistema judicial, junto con el público en general, define lo que califica como consentimiento (Miller, 2015).

## **1.3 El Consentimiento afirmativo dentro del tipo penal de violación como fundamento en la doctrina actual predominante.**

El consentimiento afirmativo, entendido éste como el expreso y consciente, aunque no necesariamente por escrito, y producto del que quede claro el avance sexual pautado y aceptado (cómo, cuándo, qué y dónde debe tocarse o hacerse) es el resultado de los temores de los riesgos en una relación sexual y es un requerimiento de la expresión de la voluntad verbal o señales inequívocos, para acceder a mantener un acto de connotación sexual entre dos personas capaces de consentir. Ello ha tenido especial impacto en grupos de convivencia en EEUU (especialmente en Universidades), en México y en Europa. Es cuando el sí significa sí, y no es válido

invocar relaciones amorosas, románticas o de convivencia previa, como justificante de un acto que previamente ha sido preestablecido.

La aplicación práctica de la necesidad de la inserción dentro del tipo del estudio en la actualidad del consentimiento se ha visto limitada al estándar de consentimiento afirmativo, en aquellas jurisdicciones que penalizan el sexo no consensual sin el requisito de fuerza adicional (Buompadre, 2017). La mayoría de los países que han adoptado dentro de sus legislaciones la política de sin consentimiento es violación, son aquellas suscritas al Convenio de Estambul, en el cuál se hace un llamado a los países para que, a través de su normativa, logren catalogar como agresión sexual a cualquier acto que no ha sido consentido, deslinando así el factor violencia física o intimidación como elemento necesario para catalogar junto a la ausencia de consentimiento al delito de violación.

Actualmente, no existe consenso entre los académicos y las legislaturas sobre el estándar legal para determinar el consentimiento para el sexo (Campaña, 2018). Incluso si todas las jurisdicciones adoptaran al consentimiento afirmativo y abolieran el requisito de fuerza física, muchas formas de abuso sexual permanecerían fuera del alcance de la posible regulación penal, ya que el estándar de consentimiento afirmativo no se ha ni siquiera podido establecer ni desarrollar. Dentro de la mayoría de los criterios jurídicos de derecho penal relacionados al consentimiento, muchos coinciden en que la esencia de la violación es el sexo no consensuado; no existe uniformidad en la definición de consentimiento (Bustamante & Castillo, 2015).

En lugar de articular qué es el consentimiento para las relaciones sexuales, los reformadores legislativos y judiciales de las corrientes del derecho penal actual, se han centrado principalmente en encontrar un estándar legal para determinar cuándo y cómo se expresa el consentimiento (Ripollés, 2019). Las corrientes del derecho penal abogan por el estándar de rechazo verbal como el estándar legal por falta de consentimiento (Batarrita, 2018). Por tanto, es necesario acotar que, sin uso de violencia evidente, probar en la práctica que no ha existido consentimiento afirmativo, sería complicado, y quedaría a discrecionalidad del juez o autoridad competente.

#### **1.4 Inadecuación normativa dentro del tipo penal de violación respecto al consentimiento y la eficacia sobre el bien jurídico de la libertad sexual.**

Hay que reconocer que la evolución legal sobre la legislación penal de violación se ha estancado en los últimos años; es así como surge la necesidad de explicar la importancia de la determinación dentro del tipo de los actos que lesionan al consentimiento dentro de un acto sexual, y que deben ser clarificados para lograr una reforma sustancial en la legislación referida a la violación (Lamarca, 2015). A partir de tal pensamiento, cabe afirmar que, en el Ecuador, la consideración del consentimiento efectivo, bajo parámetros objetivos, es aún una tarea pendiente.

Al poner como punto categórico al papel del consentimiento dentro del estudio del caso en el delito de violación, y la determinación respecto a la eficacia de este consentimiento, surge la necesidad de que sea la norma o la jurisprudencia quien determine cuales son las directrices para determinar cuando un consentimiento es eficaz. Por el momento, se puede precisar que es el dueño del bien jurídico capaz legalmente de disponer a través de su autonomía sin ninguna limitante, su real voluntad, quien otorga un consentimiento plenamente válido. Según la doctrina, el consentimiento válido del sujeto pasivo en un delito incluso puede hacer llevar a determinar la antijuricidad o probar la atipicidad de la conducta de quien ha sido acusado de contravenir la norma penal (Domínguez, 2016).

##### **1.4.1 Las normas sociales respecto al consentimiento y los cambios legales.**

La evolución del tipo penal de violación ha llevado a que se le mire como un acto en contra de la autonomía de quien tiene libertad de decidir sobre su cuerpo; sin embargo, respecto a la percepción social predominante este delito se sigue observando como un acto enérgico que involucra violencia física o la amenaza de esta (Rubio, 2018). Se considera, por ende, que la percepción social, como realidad cultural, afecta la concepción y comprensión del tipo penal, inclusive en la visión de los juzgadores. Por ello construir espacio para el consentimiento desde la legislación, contribuiría a su relevancia en la imputación penal.

Las percepciones sociales tienden a adherirse a la opinión popular, y actualmente en el Ecuador esta opinión, ha hecho que incluso las relaciones previas sean uno de los factores de análisis dentro de un caso para la determinación de la responsabilidad del que transgrede la norma. Lo anterior, es entendible con el pensamiento de Álvarez (2018, p.11), cuando el quejoso no se resistía activamente a los actos sexuales, el hecho de que no fueran genuinamente consensuales no justificaba, en sí mismo, que sea criminalizada la conducta como violación.

El Informe Sobre El Acceso A La Justicia De Las Mujeres en el Ecuador elaborado por la Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador y presentado ante la CIDH en la sesión No. 167 realizada en Bogotá, revelan datos respecto a las sentencias condenatorias resultantes en el que se estima que respecto al delito de violación únicamente el 13.7% de denuncias llegan a una sentencia condenatoria en el Ecuador esta cantidad de sentencias mínimas respecto a las denuncias que llegan el ministerio público demuestran la necesidad de actuar sobre los factores que ocasionan esta disparidad (Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos, 2017).

#### **1.4.2 Cambio social y criminalización de las conductas delictivas que surgen al contravenir al consentimiento como elemento típico dentro del delito de violación.**

Las relaciones entre la ley y el cambio social son complejas, es por esto, que existe el debate recurrente sobre si la ley simplemente debe reflejar los cambios sociales una vez que ya se han integrado en el comportamiento de la comunidad, o tomar la iniciativa al intentar activamente cambiar las normas sociales, como elemento evolutivo para la costumbre que implementa nociones morales y conductuales en la construcción de la normativa de delitos típicos (Torrado, 2016).

Eugenio Raúl Zaffaroni, en una de sus obras sobre la Teoría del Delito, expone extensamente sobre el debate de la criminalización, ofreciendo una visión, que argumenta que la condena moral sería, debería ser un prerrequisito para la criminalización de una conducta, y que en general, la condena moral en la que se

basa debe ser reflejada en los puntos de vista de la sociedad, no en la filosofía moral (Zaffaroni, 2014). Por otro lado, la Teoría de Tipo Penal, de Claus Roxin, presenta un escenario donde el derecho penal puede y debe desempeñar un papel más activo en el cambio de las normas sociales, en el estudio sobre la conducta sexual inapropiada (Roxin, 2014). El derecho penal debe ir más allá de simplemente reflejar los cambios sociales que ya han ocurrido; por ello, en el contexto de la evolución de la determinación del tipo penal sobre el acto de violación, se deben analizar y contemplar dentro del tipo, todos los actos que contravengan al derecho de la libertad sexual incluyendo la transgresión del consentimiento dentro de las relaciones sexuales. A mi juicio la primera transgresión del consentimiento es a la autonomía de la voluntad.

### **1.4.3 Interpretación del consentimiento como permiso**

La noción controvertida del consentimiento afirmativo al sexo no proporciona un estándar legal acordado y viable (Mejía, Bolaños, & Rodríguez, 2015). El principal problema práctico con el concepto de consentimiento afirmativo radica en el hecho de que los tribunales actualmente lo interpretan como un permiso; sin embargo, equiparar el consentimiento con el permiso o la autorización del acto sexual no tiene en cuenta el requisito del consentimiento como una declaración de la expresión de la voluntad real del sujeto para mantener un encuentro sexual (Trigueros, 2015). Es por esto que considero que es primordial considerar a la hora de la interpretación del consentimiento eficaz, la claridad de los límites y el contenido del mismo.

El sistema de justicia penal, tanto nacional como internacional, no capta el hecho de que el permiso verbal para tener relaciones sexuales a menudo es simplemente aparente o es inválido, porque la víctima o se encuentra en un estado de vulnerabilidad frente al actor, ha brindado su consentimiento de manera viciada o simplemente sin estar en un estado permanente de inconsciencia, su conciencia ha disminuido notablemente por alguna causa en específico. En muchos casos, el permiso verbal se obtiene al ejercer una variedad de presiones coercitivas que dificultan la libertad de manifestación del consentimiento del individuo. Es decir, la voluntad siempre se manifiesta a través del consentimiento; sin embargo, no siempre

el consentimiento es la manifestación de la real voluntad del individuo; por tanto, equiparar al consentimiento con un permiso sería insuficiente para determinar, si el consentimiento es realmente válido.

### **1.5 Base alternativa de derecho penal para el acto típico de violación**

Al abordar la regulación penal, y reconocer las fallas de los modelos de agresiones sexuales sin uso de violencia podemos construir dentro de las bases de los actuales las ventajas y desventajas del consentimiento afirmativo, esto puede lograr un cambio significativo tanto en el sistema de justicia penal como en las normas sociales. El derecho penal ha evolucionado con diferentes modelos prácticos, para sugerir soluciones adecuadas respecto a los actos que lesionan a la libertad sexual, en el caso de actos que constituyen violación, pero en los que no se emplea el uso de la violencia física (Corla, 2017). El problema radica no solo en el sistema de justicia penal en sí, sino también en las herramientas particulares que cada reforma de la ley ha elegido utilizar, es decir, a algunos de los siguientes elementos: violencia, intimidación o la falta de consentimiento afirmativo (Campaña, 2018).

En consecuencia, una de las soluciones que encuentro, radica en alejarse de los modelos de determinación tradicionales de los delitos sexuales sin uso de violencia física y recurrir a una comprensión alternativa de la violación, siempre en el marco de la legalidad. Con un análisis introspectivo del sujeto, se debe estudiar al consentimiento de manera más amplia, que simplemente el consentimiento afirmativo, poniendo como foco a la libertad sexual que se manifiesta a través de la autodeterminación de la persona para ejercerla (Hercovich, 2015). Por ello, sugiero reevaluar qué es la violación sin uso de violencia, al considerar algunas características clave que determinan a la falta de consentimiento válido o eficaz dentro del delito de violación.

### **1.5.1 La violencia psicológica o el enfoque de la intimidación como recurso de determinación del delito sexual sin violencia física.**

Varios pensadores han hecho alusión al fracaso de reformas anteriores que intentaron definir la violación sin uso de la fuerza al expandir las nociones de violencia y coerción no física, sin referencia específica al consentimiento, explica González (2018, p.21). Antes de desarrollar un cuadro alternativo para el delito de violación en el Ecuador, es necesaria una evaluación crítica de los problemas asociados con las reformas anteriores. La definición de violencia es demasiado limitada para una sugerencia de reforma exitosa, la literatura penal ha ampliado la definición de violencia para incluir manifestaciones adicionales de coerción no física como la psicológica (Aranibar, 2019).

Respecto al modelo de violencia psicológica nunca se ha expandido para incorporar formas adicionales de intimidación y miedo al daño no físico, más allá de las amenazas reales de daño (Bustamante & Castillo, 2015). Los modelos de violencia psicológica se enfocan en identificar los factores que caracterizan a la conducta abusiva del actor en el delito de violación (Vasco & Guerra, 2016). Por ejemplo en el caso de violencia psicológica lo que se busca acreditar durante juicios de violación es el trato vejatorio, aislamiento, amenazas graves para determinar si realmente se configura el delito de violación bajo esta causal, que en la práctica estaría mas vinculada al delito de violencia contra la mujer.

El propósito de ello es desviar el enfoque del consentimiento a si las acciones del actor fueron efectivamente coercitivas, y esto fue, lo que ocasionó que se configure la violación, sin uso de violencia.

El resultado al contemplar únicamente a la violencia psicológica o intimidación es, que incluso en las jurisdicciones que adoptaron una definición aparentemente amplia de la violencia como en el Ecuador, la falta de normativa que apoye a las víctimas a través de una norma amplia respecto a los delitos sexuales sin uso de violencia, hace que en la práctica demandas sexuales derivadas de la incapacidad de oponerse por factores que limitan la capacidad de decisión de la víctima con prevalimiento del acusado, no se denuncien o no lleguen a una sentencia por la imposibilidad de actuar

de los tribunales frente a una norma que no determina taxativamente a esta forma de comisión del delito.

## **1.6 Resumen y opinión personal**

Existen modelos teóricos, que pretenden explicar cómo determinar la presencia de el elemento volitivo en el sujeto que participa en un acto sexual, como instrumento de exclusión de una potencial imputación penal. De entre éstos modelos destacan el de intimidación y la violencia psicológica. Otro, es la ausencia de consentimiento. Como solución al contenido de la voluntad y su posibilidad de enervar la acción penal, se ha establecido el llamado “consentimiento afirmativo”, consistente en que, de manera previa a un acto sexual, exista la expresión libre, explícita, expresa y con contenidos claros, de la aceptación al mismo y queden los límites establecidos. Aun así, no se le ha considerado como indispensable ni en la cultura social, ni en la jurídica, de muchos países; entre ellos, del Ecuador.

## **CAPÍTULO II**

### **CONSENTIMIENTO EN LOS TIPOS PENALES DE DELITOS SEXUALES EN EL ECUADOR**

#### **2.1 Consentimiento en el tipo penal de violación en la legislación del Ecuador**

El consentimiento dentro de la esfera de la sexualidad debe observarse como un conjunto de aspectos jurídicos y psicológicos, que se desarrollan a partir de la autodeterminación de la víctima, con factores internos y externos para aceptar una conducta sexual sobre su persona. En el derecho penal la valoración del consentimiento prestado por la supuesta víctima puede acarrear la atipicidad de la conducta cuando es un consentimiento válido y eficaz; es por esto por lo que al Estado le debería interesar la determinación de la eficacia de éste. El delito de violación se encuentra tipificado en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), el cual se ha legislado a base de las actuales corrientes de derecho penal de corte funcionalista, donde se presenta a la falta de consentimiento como un elemento determinante en el análisis del tipo penal que constituye el delito de violación.

En la legislación ecuatoriana, el delito de violación se encuentra limitado por la redacción del tipo. La tipificación penal sobre el delito de violación que se examina, está basada en los métodos tradicionales de la fuerza, intimidación o la incapacidad de resistir por discapacidad o enfermedad del sujeto pasivo, sin reconocer que las bases del consentimiento, en el tipo penal del delito de violación, pueden ayudar a determinar con mayor precisión cuando un acto contraviene a la eficacia de la autodeterminación de la voluntad en un acto sexual por parte de la víctima (Romero & Martínez, 2018). Por tanto, a partir de ello, las consideraciones del tipo penal en el delito de violación se determinan sobre las estimaciones psicológicas y de fuerza, sobre la víctima, como los elementos centrales a considerar para la adecuación del delito (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Dentro del inciso 1 del artículo 171 del COIP, se hace una distinción de las personas que son incapaces de consentir por su condición psíquica; la corriente

doctrinaria mayoritariamente, hace alusión a la incapacidad permanente que limiten de forma absoluta la posibilidad de hacer frente a una agresión sexual de cualquier tipo, es decir, el factor resistencia (Politoff, Matus, & Ramírez, 2014). Siendo así, el objeto de este estudio es la posibilidad de extender la interpretación del artículo de violación específicamente dentro de este inciso para que así, se pueda realmente valorar al acto desde el consentimiento eficaz de los involucrados, para que de esta manera no se produzca un quebrantamiento de la libertad e integridad sexual del individuo. Percepción social

La necesidad de modificar el tipo se da, pues no todos los supuestos que giran en torno al consentimiento ineficaz o extralimitado se encuentran consagrados en el tipo, y el cometimiento de este delito no se limita únicamente al uso de violencia física, psicológica o intimidación, sino que se puede condicionar a aspectos que coartan a la libertad de autodeterminación respecto a actos de naturaleza sexual, con el prevalimiento del acusado para actuar contra la voluntad real del acto y el alcance del consentimiento de la víctima (Rojas & Matus, 2018).y

En el inciso 1 del artículo 171 hace una distinción de las personas incapaces de consentir por su condición psíquica por enfermedad o discapacidad. A través de la modificación de este inciso podría realmente valorar al acto desde el consentimiento eficaz de los involucrados, para que de esta manera no se produzca un quebrantamiento de la libertad e integridad sexual del individuo, sin limitarlo a un grupo específico. Abriendo la valoración del consentimiento de todos los individuos de la sociedad para una tutela real estatal al bien jurídico de la libertad sexual y de la integridad. No todas las esferas de protección de la libertad sexual con fundamento del consentimiento se encuentran protegidas, pues cualquier limitación, aunque fuese medianamente grave debe ser considerada como una vulneración a la autonomía y capacidad de decisión del individuo frente a un acto sexual y por ende debe configurarse como un medio de comisión del delito.

### **2.1.1 Falta de la tipificación relativa al consentimiento ineficaz en el tipo penal de violación en el Código Orgánico Integral Penal y como esto lesiona a la tutela judicial efectiva.**

La falta de la inclusión del tipo desde el estudio del consentimiento presenta un vacío legal específico en relación con la adecuación de conductas que contravienen al consentimiento válido. El artículo 24 numeral 17 de la Constitución establece el derecho de las personas a la tutela del Estado efectiva e imparcial de sus derechos, sin que ninguno quede en estado de indefensión (Constitución de la República del Ecuador, 2008). La tutela jurídica del Estado es una garantía encaminada a la protección de los derechos de los ciudadanos; no basta esta para que haya seguridad, sino también el trabajo de legisladores, que mediante la potestad de la creación de normas permiten la materialización de esta tutela penal, para la prevención de hechos que ponen en peligro a bienes jurídicos.

Respecto a la tutela judicial efectiva la Corte Constitucional del Ecuador, ha señalado que esta garantía se desarrolla en tres momentos diferentes: el primero, con el acceso a la justicia; el segundo con el desarrollo del proceso en estricto cumplimiento de la Constitución de la República y la Ley en un tiempo razonable, y el tercero a la ejecución de la sentencia (Corte Constitucional del Ecuador, 2015). Es por esto que para que el derecho a tutela judicial efectiva se pueda ejercer, y atender las pretensiones de a quien se le ha mermado su derecho, se necesita contar con herramientas normativas por parte del legislativo, y que de esta manera exista una coordinación interinstitucional para poder resolver conflictos con relevancia jurídica.

El acceso a la justicia necesita de un sistema penal que permita garantizar el ejercicio de este derecho a través de políticas que busquen garantizar el mismo, evitando obstáculos que limitan a los organismos de justicia la resolución de conflictos interpersonales que surgen a partir de que se ha violentado a bienes jurídicos protegidos por la norma penal. No contemplar a los delitos sexuales a partir del consentimiento otorgado por la víctima por su incapacidad de oponerse seguiría contraviniendo al derecho a su integridad sexual, pues no se encontraría en

capacidad de consentir dicho acto aunque no se hubiese empleado ni violencia ni intimidación. El estado actúa como garante de los derechos fundamentales, si un estado no se preocupa por prever acciones que vulneran a derechos consagrados en la carta magna no habrá ni siquiera en primera instancia, un acceso a la justicia, pues no se puede encuadrar al tipo preceptos que actualmente no se encuentran considerados en el tipo penal de los delitos contra la integridad y libertad sexual.

Por tanto, he llegado a determinar que si bien es cierto el consentimiento afirmativo es actualmente la corriente predominante, también surge la necesidad de regular en nuestra legislación a actos que se desarrollan a partir de la limitación y abuso del consentimiento por parte del actor (Zavala, 2015). Esto daría lugar, de igual forma a que los acusados que no son conscientes de la incapacidad del demandante para otorgar su consentimiento puedan armar su estrategia de defensa respecto a la falta de actitudes por parte de la víctima que determinasen que el acto no era consensuado.

No existe una formula general en el derecho penal, que estime cuando el consentimiento de una persona que no es enajenada es eficaz por su capacidad. Sin embargo, por simple lógica se puede estimar que, si bien no es correcto, buscar una igualdad entre el consentimiento penal y civil, podemos determinar que, si adolece de un vicio del consentimiento tradicional como el engaño, error y coacción, el consentimiento ya no es una declaración de la voluntad de manera oportuna y expresa y por ende sería ineficaz.

### **2.1.2 Delimitaciones necesarias para la prevención de prácticas sexuales que surgen a partir del aprovechamiento del actor para coartar al consentimiento valido del denunciante en el ejercicio de la libertad sexual dentro del delito de violación.**

Respecto al tipo penal de violación puedo observar que se esta limitando a la descripción normativa, dentro de la causal del tipo referida a la incapacidad de resistirse de la víctima. Dentro del tipo se debería tomar en consideración no solo a la discapacidad de la víctima apoyadas dentro de las teorías tradicionales de que la

discapacidad debe anular toda posibilidad de raciocinio, sino ver a la incapacidad de oponerse de cualquier persona frente a un acto sexual en el que se demuestre intención del sujeto activo de reducir la capacidad para obtener el consentimiento de la víctima y aprovecharse de ella causándole un perjuicio irreparable.

De esta forma se estaría contemplando a toda disminución de respuesta por parte del sujeto pasivo para que pueda prestar un consentimiento eficaz, incluyendo el consumo de drogas y alcohol o al consentimiento extralimitado. Abriendo el tipo a todos los particulares incluso personas con trastornos mentales, sin considerar la severidad del detrimento psíquico de la víctima, como pasa actualmente en Ecuador, se podría otorgar mayor seguridad en la norma, varias son las legislaciones como Colombia que ya incluye a los trastornos mentales en la norma taxativa, en cambio en el Ecuador las sentencias respecto a la incapacidad de resistir giran en torno al nivel de discapacidad mostrando como documento habilitante para la querrela al carné del CONADIS (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 2013). La necesidad de otras legislaciones por evolucionar su legislación respecto a los delitos sexuales y el rol que se le da ahora no solo al uso de violencia sino la libertad del sujeto para prestar su consentimiento sin estar condicionado surge por la concepción actual del bien jurídico protegido y de la protección a la autorrealización de la víctima.

La legislación nacional, contempla como agravante al cometimiento de la infracción bajo el uso de cualquier sustancia que altere la voluntad de la víctima como agravante, sin embargo, varias son las legislaciones, que lo estiman dentro del tipo debido a la importancia de contemplarlo como una forma de comisión del delito de violación, que altera la capacidad de autodeterminación válidamente de la víctima. Al otorgar dentro del tipo cualquier aprovechamiento del acusado respecto a la incapacidad de oponerse de la víctima ya estaríamos protegiendo aspectos en la norma que no se encuentran considerados.

## 2.2 CONCLUSIONES

El derecho penal no solo está llamado a ser un coto o límite al poder punitivo del Estado, según lo refiere Zaffaroni en las mayorías de sus obras de derecho penal y en sus conferencias, sino también a ser el gran aplicador conceptual de los principios constitucionales, a fin de que en las investigaciones, sobre la comisión de un delito sexual, el principio de la autonomía de la voluntad sea observado en su infracción de manera concreta y objetiva, y no solo una violación al bien jurídico de la libertad sexual.

La concepción tradicional de los delitos sexuales ha ido evolucionando conforme la sociedad ha evolucionado; la tipificación de conductas que contravenían a la norma penal cambia, y se adapta al precepto del bien jurídica libertad sexual y ya no pasando por el tamiz de la moralidad. El delito de violación ha dejado de observarse a través de la moralidad sexual; el bien jurídico protegido ya no es la moral la honestidad o pudor como anteriormente se determinaba por el derecho y la sociedad, ahora la prevención de delitos gira entorno a la libertad e integridad sexual del individuo.

En la actualidad se establecen dos elementos para poder encuadrar el actuar del sujeto activo a una conducta penalmente relevante, dentro del delito de violación; estos elementos son la fuerza y la falta de consentimiento por parte del sujeto pasivo. Pero al ser actualmente la libertad sexual el bien jurídico protegido, el Estado debe adecuar la norma penal para que la libertad del individuo de auto determinarse, se de en condiciones seguras, siempre con el objetivo de prevención del derecho penal acerca de las conductas que puedan lesionar a los bienes protegidos.

La actual corriente referida al consentimiento como la expresa manifestación de acuerdo, frente a un acto sexual, ha hecho que sea una necesidad analizar a partir del mismo, a la brecha existente entre los delitos sexuales por el uso de fuerza física y a los delitos sexuales en los que, sin mediar este tipo de violencia, representan una vulneración al derecho a la libertad sexual. A pesar de que las legislaciones han intentado prever en la norma penal a los delitos sexuales sin uso de violencia, han recurrido a medios de determinación, como la violencia psicológica y la intimidación,

que, por carecer de aplicabilidad práctica respecto a la prueba, han quedado supeditados a la necesidad de determinar también el uso de violencia física, para garantizar el que se ha transgredido a la norma.

La percepción social predominante sigue viendo al delito de violación como un acto que involucra la fuerza física o a la intimidación, representado como la amenaza del daño eminente a la víctima, como un aspecto fundamental a la hora de definir al delito de violación. Como he intentado explicar a través de este estudio, al ser la libertad sexual el bien jurídico protegido, cualquier acto que surja del aprovechamiento del violador, para limitar la voluntad real de la víctima respecto un acto sexual, está lesionando al bien jurídico protegido.

En el Ecuador del 2020, no hay ni cultura, de consentimiento afirmativo ni parámetros objetivos, para analizar a partir de los aspectos externos de la conducta del un sujeto afectado por algún tipo de relación sexual, evidencia de consentimiento. Es la percepción, intuición, prejuicio y tabú presente en la mirada de investigadores, defensores y juzgadores, lo que impera para la determinación de la existencia o no de tal consentimiento. A esta conclusión se llega luego de revisar, la ausencia de análisis objetivo sobre la conformación de afirmación de tal consentimiento en fallos comprendidos, en la categoría, de consentimiento de personas con discapacidad, para actos sexuales y en otros juzgamientos de violación de los últimos años.

El tipo penal describe acciones que pretenden prevenir lesiones a bienes jurídicos, es decir, constituyen una pieza fundamental para poder encuadrar el comportamiento a un acto penalmente relevante. Es importante que el derecho penal evolucione junto a la sociedad; el delito de violación ha dejado de ser un delito que se supedita tradicionalmente a la fuerza o intimidación, sino en el que ahora se valora la real voluntad de la víctima de mantener o no un acercamiento sexual.

## **2.3 RECOMENDACIONES**

Las neurociencias han enseñado que las decisiones no son racionales sino emocionales, y ello ha puesto en crisis al concepto del libre albedrío, sobre lo cual, se debe entender los preceptos del profesor Demetrio Crespo, en su obra Neurociencias y Derecho Penal, que si existe, aunque sea una pequeña zona de acto libre, y la expresión de este para fines de consentimiento debe ser buscada objetivamente (Crespo & Maroto, 2013). Tal lo hace como recomendación el Convenio de Estambul con respecto a la Unión Europea para lo cual se debe considerar el contexto de las condiciones circundantes en las que se desarrolla el consentimiento.

### **2.3.1 Estudio de la redacción del tipo respecto al consentimiento para erradicar la violencia sexual en Ecuador.**

El Convenio de Estambul hace un llamado para que las partes suscritas al convenio, aunque éstas solo sean las pertenecientes a la Unión Europea, adopten medidas legislativas para que el consentimiento dentro de las relaciones sexuales sea una manifestación del libre arbitrio de la persona considerando en el contexto de las condiciones circundantes (Convenio de Estambul, 2011). Es de vital importancia determinar actualmente el rol del consentimiento dentro de la esfera de delitos sexuales, al establecer como el bien jurídico protegido a la libertad sexual de los individuos, el derecho penal busca que esta libertad se de en condiciones propicias para que de esta manera no se afecte al desarrollo del titular del bien jurídico.

La recomendación de esta tesina se hace dentro del análisis del artículo 171 en su inciso 1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse. Considero que dentro del tipificación se debería considerar cambiar esta frase por antes mencionada por la siguiente: Cuando el sujeto activo se aprovechare de la incapacidad de oponerse de la víctima, o de un trastorno mental.

De esta manera, el consentimiento adquiriría un matiz importante dentro de la teoría del caso, ahora no se restringe únicamente a las personas con discapacidad o enfermedades mentales que constituyen enajenación del individuo, o cuando están totalmente privadas de la razón o el sentido sino, que se considera dentro del tipo a

cualquier limitación al consentimiento que no permita la manifestación libre de la voluntad del individuo.

También el tipo se extendería a las personas que, sufriendo de un trastorno de personalidad, pudiesen verse inmiscuidas en un acto sexual que contraviene a su derecho a la libertad sexual, todo esto con base en las teorías de la psicología según las cuáles se determina la susceptibilidad de estas personas a agresiones sexuales por su trastorno, que puede ponerlas en un estado de vulnerabilidad que no puede desconocerse frente a la realidad circuncidante.

El factor en la redacción del tipo del abuso de la incapacidad de oponerse por parte del sujeto activo también da una protección a los acusados dentro de este tipo, pues hay una serie de consideraciones para que se encuadre su accionar al tipo, como la limitación significativa de la decisión del acusado al aprovechamiento de la incapacidad de consentir de manera válida de la víctima, y esto debe ser prueba fundamental para determinar el aprovechamiento.

El legislativo, necesita prever en el tipo de abuso sexual y de violación a vicios del consentimiento como el engaño y el error, para que en vía judicial los magistrados logren tener una esfera más amplia de acción y no se vean limitados de alguna forma al dictar una sentencia motivada. Obviamente no se persigue llevar al ambito penal los vicios del consentimiento que afectan a la contratación civil, pues ello sería absurdo ya que el objeto "relación sexual" no es transaccional y con respecto a el no tiene que perseguirse una expresión o cocrecion de causa; pero si se requiere un mínimo de comprensión sobre las figuras, conceptuales que afectarían el consentimineto válido.

### **2.3.2 Aplicación de la teoría del dominio del hecho a terceros instigadores o coadyuvantes en delito de violación.**

La existencia de múltiples sujetos que participen activamente dentro del delito de violación, ha hecho necesario que, dentro de las recomendaciones de esta tesina, se haga un análisis de la posibilidad de recomendar dentro del tipo que los terceros que, sin ser autores directos, participen activamente del ilícito puedan ser imputados dentro

de la teoría del caso en los delitos de violación. Al ser el delito de violación considerado un delito de propia mano, es decir, la determinación dentro del tipo expresa la necesidad de ejecución corporal del ilícito por parte del autor ha dejado de lado la posibilidad de análisis de la responsabilidad que tienen los sujetos, que sin materializar lo determinado en el tipo, son pieza clave para el cometimiento del ilícito.

Por tanto, desde mi opinión, en el momento en que se determinó como bien jurídico protegido a la libertad sexual, considerar a la violación como un delito de propia mano sería absurdo, pues no solo se debe contemplar a la introducción del miembro viril u otros objetos dentro de alguna cavidad del individuo, sino el mero quebrantamiento de su voluntad real.

Dentro de la teoría del hecho de Roxin, podemos ver una clara distinción entre, quien tiene el dominio del hecho, pero también se explica de forma clara quien es el que tiene el dominio de la voluntad (Roxin C. , 2000). En el Ecuador reconocemos la figura del autor mediato, en este caso el autor mediato podría ser un instigador, quien sin participar activamente dentro del acto ha incitando de alguna forma al autor directo para que cometa el ilícito, si bien es cierto, que sería ilógico dentro del delito de violación que se buscara que se exculpe al autor directo por que actuó bajo influencia de otro para ejecutar el delito, esto no significa que el instigador o autor mediato no sea procesado por esta acción, que de haber sido diferente, no hubiese producido el acto ilícito o bien pudo haberlo detenido pues poseía la capacidad de dominar el decurso del acto sexual.

### **3.1.3 Cambio de mirada con respecto a la pena para aumentar cuantitativamente el número de sentencias condenatorias**

En caso de que se llegue a dar lo que es pretensión de quien escribe, esto es, la consideración del “consentimiento ineficaz”, como elemento integrador del tipo penal que protege el bien jurídico libertad sexual y este llegue a tener contenido y límites claros, a partir de una norma que ex ante pauté la conducta de los actores, cabría considerar que lo anterior unido a las altas penas, haría que en lugar de incrementarse

la imputación y sanción, disminuya la misma en perjuicio de las víctimas, en virtud de una cultura de benevolencia a la imposición de altas penas; y es que las altas penas posibles, no están cumpliendo un papel de incremento en la prevención, sino de disuasoras de la denuncia de las víctimas -especialmente cuando estas han tenido un vínculo previo con el agresor- pues el ejercicio legítimo de su derecho a denunciar y a perseguir la imposición de una pena, es mirado como un acto de maldad. Por ello en este caso especialmente, toca revisar la conveniencia de mantener esa desproporcionalidad en la pena privativa de libertad, más aún cuando existen medidas alternativas a la misma.

Dentro de las penas en el delito de violación podemos entender la motivación del legislativo al imponer penas tan elevadas, al considerarse como el mayor atentado a la integridad sexual de los individuos, la violación. Sin embargo, si fuese la importancia del bien jurídico el factor predominante para una pena tan elevada, la pena en el homicidio no sería menor a la del delito de violación, es decir, desde ya no existe una dosimetría penal respecto al bien jurídico protegido.

Las penas, desde una consideración personal, se deberían reducir sustancialmente desde 3 años para delitos en donde no ha existido violencia física o intimidación, pero se ha abusado de la incapacidad de oponerse de la víctima en el caso de extralimitación del consentimiento, e ir subiendo la condena hasta el máximo establecido en delitos donde se demuestre o se proteja que han sido cometidos en contra de aquellos que no pueden prestar su consentimiento al ser menores de edad a personas que tengan una discapacidad o enfermedad permanente para consentir un acto sexual, es decir, se torna necesario que se considere la severidad del acto sexual que transgrede la norma, pero es necesario también que se contemple en la norma, todos los actos que limitan la libertad sexual de la víctima y que no están siendo considerados, para otorgar una tutela estatal. Respecto a todo detrimento en contra de integridad sexual de los individuos, para marcar un precedente y de esta manera lograr una reparación al bien jurídico que ha sido transgredido.

Beccaria (2015) respecto a las penas decía que uno de los mayores frenos de los delitos, no es la crueldad de las penas, sino su infalibilidad y, por consiguiente, la

vigilancia de los magistrados y la severidad de un juez inexorable, la cual, para que sea una provechosa virtud, debe ir acompañada de una legislación suave.

### **3.1.4 Construcción Funcionalista, como deber de explorar la voluntad del otro de cuya infracción surgirá el consentimiento ineficaz llamado a ser elemento del tipo penal.**

La propuesta es que en materia penal luego de generarse la categoría de consentimiento ineficaz como de especial relevancia en interacciones de carácter sexual, se llegue a parámetros objetivos para la determinación de lo que sería un consentimiento de tal tipo. Estos parámetros se darían a sugerencia audaz de mi parte, a partir de revisar el concepto de consentimiento eficaz dándole contenido y límites y estableciendo un deber con norma extrapenal, en los siguientes términos. El deber sería el de explorar la voluntad del otro con quien se pretende interactuar considerándose cumplido tal deber, si:

- a. Existe la manifestación expresa, clara y directa de la pretensión sexual del titular del deber (que pueden ser dos o más intervinientes en la relación sexual, los titulares de este);
- b. Existir la verbalización sin ambages de los límites de la práctica sexual, clarificando tocamientos posibles, o haciendo exclusiones expresas, sin que se entienda que la no exclusión expresa significa aceptación tácita.

Con independencia de lo anterior, se recomienda trabajar en los ámbitos educativos en el respeto al derecho humano a través del estudio de casos que implique la revisión del consentimiento y sus manifestaciones y la autorreflexión sobre las formas de penar por estereotipos y/o prejuicios.

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, J. T. (18 de Junio de 2018). Análisis de la sentencia del caso La Manada. Debates acerca del consentimiento de las víctimas de delitos sexuales. *Revista de Pensamiento Penal del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires*, 3(2), 11.
- Aranibar, G. A. (2019). *Análisis del bien jurídico libertad sexual e intimidad sexual del Código Penal Peruano*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Programa de Maestría en Derecho Penal. Lima: PUCP.
- Batarrita, A. A. (2018). *Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: Imágenes culturales y discurso jurídico*. Investigación científica, Universidad del País Vasco, Catedrática de Derecho Penal, Bilbao.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas* (Tercera ed., Vol. 32). (UC3M, Ed.) Madrid, España: Universidad Carlos III de Madrid.
- Buompadre, J. E. (17 de Abril de 2017). El delito de violación. Análisis dogmático de los elementos típicos en derecho penal. *Revista Pensamiento Penal del Colegio de Abogados de la República Argentina*, 4(V), 81.
- Bustamante, I. C., & Castillo, X. A. (2015). *La relevancia del consentimiento de los jóvenes mayores de 14 años y menores de 18 años en el delito sexual*. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia. Quito: USFQ.
- Campaña, J. A. (2018). *Estándar de prueba en el delito de violación sexual: la declaración del único testigo víctima*. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia. Quito: USFQ.
- Código Orgánico Integral Penal. (2014). *Capítulo Segundo. Delitos contral los derechos de libertad: Sección cuarta, Delitos contra la integridad sexual y reproductiva. Artículo 171. Violación*. Registro Oficial No.180, Asamblea Nacional del Ecuador, Quito.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Capítulo 2, De los Derechos Civiles. Artículo 24, inciso 17. Derecho al debido proceso*. Legislación constitucional, Asamblea Constituyente, Montecristi.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). *Capítulo 2. De los derechos civiles, artículo 23, inciso 25. Derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual*. Legislación constitucional, Asamblea Constituyente, Montecristi.

- Convenio de Estambul. (2011). *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica* Capítulo I. *Objetivos, definiciones, igualdad y no discriminación, obligaciones generales, Artículos 1, 2 y 3*. Legislación internacional para la protección de derechos fundamentales, Consejo de Europa, Bruselas.
- Corla, D. C. (2017). *Problemas de interpretación judicial en los delitos contra la libertad e intimidad sexuales*. Artículo científico, Universidad de Salamanca, Programa Doctoral de Derecho Penal , Salamanca.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2015). *Causa No. 1887-12-EP; Sentencia No. 050-15-SEP-CC: Acción Extraordinaria de Protección*. Sentencia de Corte Constitucional, CCE, Quito.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. (2013). *Sentencia No. 991-2012, Sala de lo Penal. Delito de Violación, Discapacidad mental de la víctima*. Sentencia de Corte Nacional de Justicia, CNJ, Quito.
- Crespo, E. D., & Maroto, M. (2013). *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad* (Vol. II). Madrid, España: Editorial EDISOFER S.L., Libros Jurídicos.
- DiCorleto, J. (2016). *Limites a prueba del consentimiento en el delito de violación*. Artículo científico, Universidad de Buenos Aires, Programa de Maestría de Derecho Penal, Buenos Aires.
- Domínguez, M. (2016). *El consentimiento del ofendido: Entre la justificación y la exclusión de la tipicidad*. Artículo científico, Universidad de la República, Doctorado en Derecho y Ciencias Penales, Buenos Aires.
- Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos. (2017). *Informe sobre acceso a la justicia de mujeres en Ecuador*. Informe sobre acceso a la justicia de mujeres, INREDH, SURKUNA-Centro de Apoyo y Protección de los Derechos; Coalición Nacional de Mujeres del Ecuador, Quito.
- González, L. (2018). *Consentimiento sexual: Ética, poder y autonomía*. Investigación científica, Universidad de la República del Uruguay, Escuela de Derecho , Montevideo.
- Hercovich, I. (4 de Junio de 2015). La violación sexual. Un negocio siniestro. *Revista Pensamiento Penal*, 6(2), 16.

- Lamarca, C. (2015). La protección de la libertad sexual en el nuevo Código Penal: Una evolución legislativa y social paralela. La Reforma de los delitos contra la libertad sexual. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad de Santiago de Compostela*, 11(7), 52.
- Mejía, U. P., Bolaños, J. Y., & Rodríguez, A. M. (2015). Delitos contra la libertad sexual. *Revista del Programa de Maestría en Derecho Penal y Criminalística de la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann*, 32(4), 171.
- Miller, O. E. (2015). *El limitado rol de la falta de consentimiento en el delito de agresión sexual*. Artículo científico, Universidad Rey Juan Carlos III, Escuela de Posgrado , Madrid.
- Oxman, N. (2015). *La incapacidad para oponerse en los delitos de violación y abusos sexuales*. Artículo científico, Universidad Santo Tomás , Programa de Maestría de Derecho Penal: Revista Política Criminal, Santiago de Chile.
- Politoff, S., Matus, J. P., & Ramírez, M. C. (2014). *Lecciones del Derecho Penal Chileno* (Tercera ed., Vol. II). Santiago de Chile, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Ripollés, J. L. (21 de Octubre de 2019). Alegato contra un derecho penal sexual identitario. *Revista de Ciencia Penal y Criminología de la Universidad de Málaga*(21), 4.
- Rodríguez, C. I. (2015). *El consentimiento en materia penal*. Artículo científico, Universidad Externado de Colombia, Programa Doctoral en Ciencias Penales y Criminológicas , Bogotá.
- Rojas, N., & Matus, J. P. (2018). *El consentimiento y el perdón de la víctima en los delitos de carácter sexual: Un análisis en particular del delito de violación*. Investigación científica, Universidad de Chile, Departamento de Ciencias Penales, Santiago de Chile.
- Romero, J. O., & Martínez, E. A. (2018). *Pruebas periciales del delito de violación sexual aportadas por la Dirección de Criminalística - Policía Nacional del Perú, Lima 2017*. Investigación científica, Universidad César Vallejo, Escuela de Posgrado, Lima.
- Roxin, C. (2014). *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico* (Segunda ed., Vol. 2). Buenos Aires, Argentina: Editorial B de f.

- Rubio, M. G. (2018). *Agresión sexual y abuso con prevalimiento: Análisis de la reciente jurisprudencia*. Artículo científico, Centro Universitario María Cristina, Jueza Sustituta de la Comunidad de Madrid; Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal, Madrid.
- Torrado, D. R. (Enero de 2016). Delitos contra las libertades sexuales. *Revista de Estudios en Ciencias Penales y Criminología*, 7(2), 11.
- Trigueros, J. S. (2015). *Violencia, intimidación y prevalimiento en los delitos contra la libertad sexual, perspectiva dogmático penal*. Artículo científico, Universidad de Madrid, Máster en Derechos Fundamentales. Programa de Maestría de Derecho Penal, Madrid.
- Vasco, J. C., & Guerra, P. (2016). *Transformaciones del tipo penal de violación y de los sujetos de la relación procesal en el Ecuador 2005 - 2015*. Universidad Andina Simón Bolívar , Programa de Maestría en Derecho Procesal Penal. Quito: UASB.
- Zaffaroni, E. R. (2014). *Teoría del Delito: Manual de Derecho Penal* (Tercera ed., Vol. II). Buenos Aires, Argentina: McGraw-Hill.
- Zavala, X. (2015). El delito de violación. Elementos de tipo penal: Es la violación el acceso carnal con persona de uno u otro sexo. Bien jurídico protegido. *Revista Jurídica Ivs et Veritas de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, 11(4), 27.

## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Chiriboga Viteri, Tábata Fernanda**, con C.C: **#0603896614** autor/a del trabajo de titulación: **Problemas en la concepción del consentimiento dentro del tipo penal de violación en Ecuador: Delimitaciones necesarias para su tratamiento en vía judicial y legislativa** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, 10 de **febrero** del **2020**

f. \_\_\_\_\_

Nombre: Chiriboga Viteri, Tabata Fernanda.

C.C: 0603896614

## **REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA**

### **FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN**

<b>TEMA Y SUBTEMA:</b>	<b>Problemas en la concepción del consentimiento dentro del tipo penal de violación en el Ecuador: Delimitaciones necesarias para el tratamiento en vía judicial y legislativa.</b>		
<b>AUTOR</b>	Tabata Fernanda Chiriboga Viteri		
<b>TUTOR</b>	Mónica Irene Palencia Núñez		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>FACULTAD:</b>	Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales		
<b>CARRERA:</b>	Derecho		
<b>TITULO OBTENIDO:</b>	<b>Abogado de los tribunales y Juzgados de la República del Ecuador.</b>		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	10 de febrero del 2020	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	29
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	Derecho Penal, Derecho Constitucional y Criminología.		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	Consentimiento, violación, sexual, delito, penal, judicial, legislativa.		
<b>RESUMEN/ABSTRACT:</b>	<p>El presente estudio se ha desarrollado para abordar los problemas en la concepción del consentimiento dentro de los delitos sexuales sin uso de violencia física dentro del tipo penal de violación en el Ecuador, con una revisión literaria que permita conocer las delimitaciones necesarias para su tratamiento en la vía judicial y legislativa. El objetivo fue analizar el tipo penal del delito de violación poniendo como elemento central a la falta, la extralimitación de consentimiento de la víctima o a su ineficacia, para otorgarle una mayor tutela respecto a las consideraciones que no se realizan dentro del tipo, de actos que anulan o vician el consentimiento y por ende representan un limitante al desarrollo sexual integral de la víctima. Basado en el análisis de consentimiento, se recomienda el incluir dentro de la legislación penal, la infracción al deber de respetar la oportunidad de expresión del consentimiento, como constitutiva de prueba de ausencia de consentimiento de la víctima.</p> <p>La revisión de la literatura definió la naturaleza jurídica del consentimiento y del bien jurídico protegido exponiendo la motivación y promoción de la actual importancia del consentimiento dentro del tipo penal, determinado que el análisis del consentimiento debe seguir la consecución de expansión de lineamientos respecto a la evaluación del consentimiento eficaz y la protección respecto a la vulnerabilidad de las personas. Se concluyó en definir la necesidad de implementar penas equitativas respecto al daño del bien jurídico vulnerado, con el fin de obtener condenas adecuadas en consecución de la protección de los derechos fundamentales.</p>		
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> +593- 988307074	<b>E-mail:</b> tabatachiribogav@outlook.es	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::</b>	<b>Nombre:</b> Ab. Maritza Ginette Reynoso Gaute		
	<b>Teléfono:</b> +593-994602774		
	<b>E-mail:</b> maritzareynosodewright@gmail.com		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			