

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

*“EL DELITO DE VIOLACION EN EL CODIGO PENAL
ECUATORIANO”*

**Tesis previa a la obtención del título
de Magister en Derecho Penal.**

**Autor: Dr. Alberto Machuca Carpio
Director: Dr. Gustavo Eduardo Aboso**

CUENCA-ECUADOR

2011

Los conceptos, ideas y comentarios, vertidos en el presente trabajo, son de exclusiva responsabilidad del autor.

Dr. Alberto Machuca Carpio

DEDICATORIA

A mis padres Alberto y Mariana
A mis hermanos Mariana, Carlos Andrés e Isabel Valeria
A mi pequeña sobrina María Joaquina.

Alberto Machuca Carpio

AGRADECIMIENTO

A Dios Todopoderoso y a la Virgen María por iluminarme día a día en mi preparación profesional.

A mis padres y hermanos por el apoyo y ejemplo brindado.

A mi director, Dr. Gustavo Eduardo Aboso insigne maestro e ilustre tratadista argentino del Derecho Penal.

Alberto Machuca Carpio

INDICE DE CONTENIDOS

Responsabilidad

Dedicatoria

Agradecimiento

Indice

Resumen-Abstract

PÁG.

INTRODUCCION

1

“EL DELITO DE VIOLACION EN EL CODIGO PENAL ECUATORIANO”

CAPITULO I: “Generalidades”

1.1.- El instinto sexual: concepto	3
1.2.- Orígenes de la sexualidad	7
1.3.- Concepto de delito sexual	12
1.4.- Concepto de violación	17
1.5.- Antecedentes históricos de la violación	21

CAPITULO II: “La dinámica criminal en el delito de violación”

2.1.- Delincuencia natural y delincuencia jurídica	25
2.2.- Factores endógenos y exógenos determinantes en la personalidad del agresor.	29
2.3.- Consideraciones sobre el “iter criminis” o camino del crimen	34
2.4.- Clases de violencia: física y moral.	40

CAPITULO III: “El bien jurídico protegido”

3.1.- La disposición legal	45
3.2.- Protección de la libertad sexual	51
3.3.- Punibilidad	55

3.4.- Etapa de la acción delictiva	60
3.5.- Antijuricidad y culpabilidad	64

CAPITULO IV: “El tipo penal de la violación”

4.1.- El tipo objetivo	71
4.1.1 Sujeto activo	76
4.1.2 Sujeto pasivo	79
4.1.3 Modalidades del delito	84
4.2.- Tipo subjetivo	88
4.3.- Consumación y tentativa	90
4.4.- Concurso con otros delitos	95
4.5.- Agravantes de los tipos penales	101
CONCLUSIONES	105
BIBLIOGRAFIA	107

RESUMEN

El delito de violación, según la doctrina penal, es el atentado más grave que puede concebirse contra la libertad sexual individual, pues constituye el delito más típico entre aquellos de este orden. El bien jurídico protegido en el artículo 512 del Código Penal Ecuatoriano es el referente a la libertad sexual. La conducta social del hombre se encuentra restringida por la ley penal. Cuando una persona distorsiona el sentido de la normalidad de la función sexual acompañada de la aceptación, y actúa con violencia o engaño en el acto sexual para satisfacer su deseo erótico, se convierte de inmediato en sujeto activo del delito de violación. El delito de violación consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, se entiende que se lo ejecuta mediante violencia real o presunta.

ABSTRACT

Rape according to the criminal doctrine, is the most serious crime against sexual freedom of a person, and constitutes the most typical within this type of felonies. The legal well being protected by article 512 of the Ecuadorian Criminal Code refers to sexual freedom. The social behavior of human beings is restricted by the criminal law. When a person disrupts the sense of normality of the sexual function which must be accompanied by acceptance from the other person, and acts in a violent way or based on deception to satisfy his erotic desire, he's becoming immediately the active subject of the crime of rape. Rape is the carnal act with a person from one gender or the other, performed throughout real or presumed violence.

INTRODUCCIÓN

El delito de violación, según la doctrina penal, es el atentado más grave que puede concebirse contra la libertad sexual individual, pues constituye el delito más típico entre aquellos de este orden.

La libertad sexual debe ser entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante si y frente a los demás integrantes de la comunidad con libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad.

El delito de violación consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo, se entiende que se lo ejecuta mediante violencia real o presunta. El bien jurídico protegido en el artículo 512 del Código Penal Ecuatoriano es el referente a la libertad sexual, por lo tanto el delito de violación es autónomo pues no tiene nada que ver con el estupro, aunque nuestro ordenamiento jurídico penal lo involucre en el mismo Capítulo.

Lo más importante que debemos indicar respecto a este tipo penal es que, según la doctrina, en la mayoría de casos es un “delito de pega”, pues se ha llegado a tener la convicción de que la mayor parte de procesados por violación son simples víctimas de “sus víctimas”, pues cuando la resistencia de la víctima es realmente sincera y eficaz la violación se torna imposible, a no ser de que concurren ciertas circunstancias que no permitan que la víctima pueda oponer resistencia frente a aquel que comete el hecho injusto.

Dentro de este tipo penal debemos entender por violencia sexual no solo al empleo de la fuerza física, sino también a la coacción o fuerza moral para vencer la resistencia de la víctima. La violencia física se caracteriza por la forma en que los medios empleados por el sujeto activo obren directamente en el cuerpo de la víctima y que son suficientes para neutralizar su resistencia, por lo tanto la agresión dejará huellas visibles en la ropa y en especial en las partes eróticas

(contusiones, arañazos o desgarró de la vulva y del himen, detección de líquido seminal en la vagina). La violación moral radica en la intimidación del sujeto pasivo. Para la Psicología este tipo de violencia (moral) es un simple medio de naturaleza eminentemente objetiva, que provoca un estado de construcción del ánimo del sujeto pasivo (intimidación).

La conducta social del hombre se encuentra restringida por la ley penal. Cuando una persona distorsiona el sentido de la normalidad de la función sexual acompañada de la aceptación, y actúa con violencia o engaño en el acto sexual para satisfacer su deseo erótico, se convierte de inmediato en agente activo del delito de violación. La personalidad del delincuente culpable de la comisión de delitos sexuales está contraseñalada de anomalías, de defectuosidad y de desequilibrios que sobrepasan la esfera sexual y no son pocos los casos que tales delincuentes también cometen delitos contra la propiedad y contra las personas.

Como vemos en el análisis del presente trabajo, nuestro Código Penal tipifica y sanciona el delito de violación, señalando los casos en los que se presenta, encontrándose en los mismos un denominador común que es la falta de consentimiento, pues en el caso del menor de edad la falta de consentimiento y su voluntad intelectual están únicamente en vías de desarrollo, es decir, que no puede dar consentimiento, ni desde el punto de vista jurídico, ni psicológico, ni funcional. En el segundo caso hay la falta total de su razón o sentido (privación de razón o sentido de la víctima o por enfermedad u otra causa que no pudiere resistir); tal falta puede ser provisional o definitiva; permanente o transitoria; por enfermedad natural o su intimidación. En el último caso el empleo de la fuerza o intimidación que son circunstancias que anulan la voluntad.

TEMA: “EL DELITO DE VIOLACION EN EL CODIGO PENAL ECUATORIANO”

CAPITULO I: “Generalidades”

1.1. El instinto sexual: concepto

De la palabra Instintus proviene la palabra impulso, impulsión; ¿pero qué poder nos impulsa? El instinto que es la conformidad secreta de nuestros órganos con los objetos. Por instinto hacemos mil movimientos involuntarios. El instinto gobierna a los hombres como a los animales; y es una semejanza más que tenemos con ellos; semejanza como las de las necesidades y funciones que está presente en el instinto sexual.

A esto se liga la diferencia indicada por MOLL, para quien el proceso psicofisiológico, incluido en el concepto de instinto sexual, se compone de representaciones psíquicas de origen central y periférico, que impulsa a contactos físicos y psíquicos con otras personas (instinto de contractación), y de sensaciones originadas por los órganos sexuales, que impulsan a la satisfacción genital (instinto de detumescencia). Ambos componentes se presentan normalmente unidos. En cambio, en el impúber el sexo se indica únicamente por el instinto de la detumescencia, lo que se deduce de la frecuencia de la masturbación, en que falta toda actitud heteroerótica.

La tipicidad del delito solo puede realizarse mediante el despliegue de conductas activas o que supongan el desarrollo de una acción dirigida sobre un tercero. El comportamiento no pierde esta característica a pesar de que se obligue a la víctima a desplegar una actuación de contenido sexual sobre el cuerpo del autor o de un tercero. Dicha pasividad del autor, será consecuencia de la conducta previa de empleo de la violencia o la grave amenaza o del abuso de la incapacidad psíquica para aprovechar la situación de dependencia, autoridad o vigilancia.

No es indispensable que exista una satisfacción del instinto sexual, una excitación o un desahogo del apetito carnal del autor del delito en la realización de la conducta o en el contacto corporal sobre o con un tercero. El hecho de que se alcance o no dicho objetivo es indiferente para el injusto penal. Incluso, no es necesario que concurra algún ánimo lúbrico o intención de satisfacción sexual. La acción sexual que importa al Derecho no se nutre ni está compuesta por los motivos o por las finalidades subjetivas o de cualquier índole del autor, ni la punibilidad se encuentra condicionada a la obtención de un fin lúbrico o libidinoso, dado que también subsiste el delito cuando el sujeto obra para excitar o satisfacer los deseos de su víctima.

El acto libidinoso tiene un contenido y un alcance más amplio que cualquier acto contrario al pudor o que la mera conducta sexual, ya que pueden llegar a tener un objetivo determinado, dado que por excelencia alude a todo comportamiento en el que se encuentra un fin lesivo, morboso o lúbrico, independiente de la manifestación o forma de exteriorizar dicha finalidad o intencionalidad del agente. Lo que determina si estamos o no ante un acto libidinoso, no es tanto la conducta externa u objetiva del autor, sino el particular propósito con el que se obra en una situación o en un contexto determinado. Los actos libidinosos abarcan una serie de hechos que no son comprendidos por los delitos contra la libertad sexual, tales como la masturbación, la contemplación u observación de un acto sexual u otro análogo realizado por tercero. Ello se debe a que los actos libidinosos suponen de manera exclusiva una dependencia de la estructura anímica o subjetiva del autor del hecho. Una conducta exterior aparentemente inofensiva como un beso, una mirada o el simple tocar las manos se convierte en un acto libidinoso en la medida que está presente un móvil, fin o deseo carnal.

El instinto gobierna a los hombres como gobierna a los animales; y es una semejanza más que tenemos con ellos. Nuestro instinto no es tan industrioso como el instinto de los animales, ni siquiera se acerca a él. En cuanto nace un becerro o un cordero toman la teta de su madre; y el niño moriría si su madre no se la diera tomándole en brazos.

“Comprendemos entonces que, el instinto sexual es una orientación del instinto de procreación que une los sexos por tendencia natural irresistible, tan irresistible que hasta los animales más temerosos luchan a muerte en época de celo, aún los peces y las focas; el amor, idealización de aquel instinto, subtiende todas las modalidades de ayuntamiento legal o espontáneo”.¹

Ha existido una evolución en el tratamiento jurídico del sexo que ha favorecido a la humanidad. No significa que en esencia el Derecho haya cambiado su naturaleza de clase, lo que ha sucedido es que los grupos de poder han llegado a comprender que al sexo pueden utilizarlo de mejor manera y sin afectar a sus intereses económicos y políticos. De allí que, aunque parezca contradictorio, por un lado, los sectores dominantes establecen prohibiciones y penas sobre la actividad sexual y, por otro, invaden y alientan con diferentes mecanismos la sexualidad de los hombres.

El acto carnal del hombre, fuera de sus deberes como el de mujer pública, es intrascendente, en un acto. El de la mujer honesta, el de la mujer que se rinde al amor, es un compromiso fundamental de toda su existencia, es una mutación de rumbo. O como manifestara el penalista ecuatoriano Efraín Torres Chávez: "el instinto sexual en el hombre, juega con un ropaje de ternura real o fingida, de caricias, de mimos y besos". Este autor, en su libro *El Sádico y las Niñas*, cita a Rodríguez Devesa quien al referirse a los delitos contra la honestidad, hablando del instinto sexual, se expresa: "El bien jurídico protegido no puede ser, por tanto, la tutela del instinto-sexual, sino al conjunto de normas que vedan determinadas formas de exteriorización de aquel opuestas a la convivencia que el derecho pretende asegurar dentro de la justicia... La ilustración aportó el triunfo de la idea moderna de que la exteriorización del instinto sexual, cualquiera que sea su índole, no debe penalizarse sino cuando vaya acompañada de la lesión de un derecho. La polémica actual no gira ya en torno de la punibilidad o no de la mera

¹ Ojeda Martínez Cristóbal, *DELITOS SEXUALES*, Edición de Luis Bolívar Marín, Babahoyo-Ecuador, sin año, pág.35

incontinencia, sino sobre la cuestión de las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo”.

Pero también hay que tener en cuenta lo que Enrico Altavilla en su obra “La Dinámica del Delito” (página 30) dice: “La sexualidad no es una función aislada que pueda definirse como un sistema de glándulas o de tejidos, ni como una actividad que se manifiesta en terreno autónomo, sin depender de otros dominios del comportamiento, como son el conocimiento y las acciones ordinarias; en el estado normal, es una actividad integrada en el individuo, tanto corporal como psíquica, y se revela mediante un conjunto de actitudes y de actos que abracan al individuo íntegramente, como a un ser sexual”.

Para concluir, el análisis del primer punto de este trabajo de investigación es necesario recoger los conceptos trascendentales que el tratadista Alberto Merani en su obra “Psicología Genética”, nos da a conocer, pues para este autor “El sentimiento amoroso se distingue de la sexualidad porque arrastra a la persona en su integridad biológica y psíquica, hacia el objeto que ama; representa la entrega del propio ser y la apetencia del amado. La sexualidad está en la base, como lo está el requerimiento de ternura. La fusión de los amantes representan el doble juego de la dádiva y la exigencia; el hombre y la mujer se entregan físicamente y exigen la recompensa afectiva, estableciendo así interrelación entre lo somático, lo psíquico y lo cuantitativo que, en el plano de la afectividad, se traduce por lo completamente amoroso y en el orgánico, por la subsiguiente pasividad erótica. Se satisface de este modo, en lo biológico, con la descarga del tono nervino, y en lo psíquico con la potencia de ternura que traduce el agradecimiento del “partenaire” que a su vez, también lo ha descargado, conjunción de donde surge el valor subjetivo, egoísta y “altruista” - al decir de los filósofos de la relación amorosa. Se aplaca el hambre sexual y se sacie la sed de ternura. Mas este esquema no deja de tener complicaciones que, precisamente, no derivan de él sino de la maraña de malentendidos, de incompreensiones y absurdos que, desde Platón hasta Freud, incluido Ciencia, Filosofía y Literatura, entretejeran. Tanto es

así que cada pareja en tren de repetir la experiencia que avalan milenios, se descubren con asombro, cumpliéndose al borde de un abismo. Según el caso, lo biológico ha sido denigrado, lo psíquico exaltado, o viceversa, y quebrada la interrelación precisa, el amor reducido a la contemplación ideal o al coito, que, en el plano de la fecundación, iguala a hombre y animales. Disgregada la noble fuente de los sentimientos amorosos, negada o exaltada ya sea en sus raíces biológicas, espirituales, se traduce en el desacuerdo, la insatisfacción, la búsqueda de compensaciones vicarias, la neurosis en una palabra, y concluye con el descubrimiento del propio fracaso afectivo”.²

Toda política criminal referente a los delitos contra la honestidad es factible gracias a la complejidad y plasticidad del instinto sexual, en virtud de las cuales puede conseguirse de los individuos que forman parte de una comunidad el que se abstengan de realizar aquellas conductas prohibidas por la Ley, pero una política criminal razonable no debe, en ningún momento, dar al olvido que el instinto sexual no es susceptible de ser abolido radicalmente. Esa misma plasticidad que permite reprimir determinados comportamientos sexuales, hace que el instinto reprimido busque alivio en otras formas de manifestación.

1.2. Orígenes de la sexualidad

Incursionar en el estudio de la sexualidad humana y los condicionamientos jurídicos que ella tiene, implica encontrarse con una serie de complejidades tanto de orden moral, cultural, como social.

Como punto de partida, debemos decir que la sexualidad y el Derecho solo pueden existir en sociedad, no es posible que se presenten en forma aislada o independiente de ella son fenómenos que responden al desarrollo social.

² Torres Chaves Efraín, BREVES COMENTARIOS AL CODIGO PENAL DEL ECUADOR (Volumen IV), Editorial Talleres Gráficas de la U.T.P.L., Loja, 2.000, págs.16-17.

Sin embargo, la sexualidad y el derecho no surgieron juntos, la primera aparece con la formación de la sociedad y el segundo con la división de ésta en clases sociales.

La sexualidad humana sólo puede existir con el hombre, el mismo que es el resultado de un proceso de evolución, pudiendo ubicar su apareamiento hace un millón de años aproximadamente, en el período que se conoce con el nombre de terciario.

En esta etapa en la que no se diferencia totalmente entre el animal y el hombre, es evidente que las relaciones sexuales no pudieran ser normales, ni tenían las características que ahora tienen.

“Todos los elementos fenoménicos de la naturaleza se reducen a tres factores: **Materia, energía y estructura.** Tanto la materia como la energía son indestructibles y eternas. Mas la estructura es cambiante, destructible y perecedera, puesto que consiste en las modelaciones sucesivas en que se van plasmando tanto la materia como la energía. Sólo la estructura es mortal. Por tanto somos inmortales en cuanto somos materia y somos energía, y pereceremos en cuanto somos una simple estructura”.³

Para los fines del conocimiento de la personalidad humana y de su comportamiento íntimo y social, es interesante el concepto formulado por Pende desde 1916 y confirmado por Marañón y otros autores, según el cual la sexualidad no depende únicamente de las glándulas sexuales, sino de una constelación hormonal en que se encuentran casi todas las glándulas más importantes de secreción interna (la tiroides, las suprarrenales, el timo, la hipófisis anterior, etc.); conviene tener presente todo esto cada vez que se nos llame a buscar las causas de algunos fenómenos fisio-psíquicos que forman la base de tendencias y actividades anormales, que aún cuando presenten componentes ligados a la esfera sexual, son claramente sintomáticas de alguna disfunción que interesa

³ Ojeda Martínez Cristóbal (ob.cit) pág. 21.

también a otras glándulas de secreción interna y a otros factores de la vida vegetativa. Esto se encuentra con frecuencia especial en todos aquellos fenómenos criminógenos en cuyo origen y dinámica se revela un acoplamiento anormal de tendencias eróticas y de tendencias predatorias y sanguinarias.

Ortega y Gasset pone un ejemplo muy comprensible que es necesario citarlo, y empieza diciendo: “El resultado más inmediato de este especialismo no compensado ha sido que hoy, cuando hay mayor número de “hombres de ciencia: que nunca, haya muchos menos hombres “cultos”, y lo peor es que con esos pechones del científico ni siquiera está asegurado el progreso íntimo de la ciencia. Porque ésta necesita de tiempo en tiempo como orgánica regulación de su propio incremento, una labor de reconstitución, y esto requiere un esfuerzo de unificación, cada vez más difícil, que cada vez complica regiones más bastas del señor saber total, Newton pudo crear su sistema físico sin saber mucha filosofía; pero Einstein ha necesitado saturarse de Kant y Mach para poder llegar a su aguda síntesis”. De modo análogo cabe afirmar que para llegar a ciertas síntesis conceptuales en el problema sexual, hace falta compenetrarse de otras muchas cosas que no son por cierto, las de la propia especialidad de cada científico. Cuando se ha percatado uno de éstos, solo cabe tomar en cuenta las sentencias de los sabios incultos”.

Para tener una visión más objetiva sobre la intervención del Derecho en la sexualidad, es necesario revisar, aunque sea en forma general, algunos aspectos que inciden en el obrar de las personas y que hace que su conducta sexual tenga diversidad de expresiones.

En tal sentido, analizar los aspectos biológicos, de la naturaleza de los hombres, así como las circunstancias sociales que lo rodean, contribuyen a un mejor entendimiento de la participación del Derecho en la sexualidad de los individuos.

Existen varios aspectos biológicos que deben ser considerados por el Derecho, tales como: los genéticos, hormonales, endocrinológicos, neurológicos, los mismos que si bien son de competencia de otras ramas del saber humano, sin embargo, deben ser tomados en cuenta por la disciplina jurídica y apoyarse en ellos para que su accionar tenga mayor validez científica.

La libido, como se denomina al instinto sexual, tiene una marcada influencia en las personas, algunos la consideran el instinto más poderoso. Empero, la fuerza con que influye, varía entre los seres humanos, unos pueden tener escasa influencia, otros media, y otros muy poderosa.

Existe variación en los criterios de los diversos pueblos de la tierra sobre los aspectos sexuales y por ello quien vaya a constituirse en hombre vinculado con las leyes debe conocer estos pormenores con el propósito de ampliar su horizonte analítico en aras a establecer una mejor justicia, acorde con las condiciones sociales existentes.

Otro de los aspectos sociales que merecen nuestra atención es la variabilidad en las modas y hábitos que han existido de época a época, asunto que debe ser mirado para efectos de la necesaria evolución que debe tener el derecho.

De manera comprensible el derecho penal que cuida de entrometerse en estadios tan íntimos de la personalidad del individuo como son los que atañen al sexo y a su dinámica, abiertamente se desentiende de la opción que le asiste al sujeto, individualmente considerado, de hacer o no utilización de las atribuciones que corresponden a su ámbito sexual. La autodeterminación de elegir el contenido del objeto venéreo, el destinatario de tal relación y la preferencia misma de la libido, son facetas plenas y subjetivas de la persona que no guardan aún ningún significado para el derecho mientras comportamientos particulares no afecten o menoscaben tan íntima esfera, lo que posibilita la intervención penal.

Para finalizar es necesario citar al tratadista Carlos Creus, quien define la integridad sexual “como el normal ejercicio de la sexualidad, básicamente asentado sobre la libertad del individuo, cuya vigencia se prepara mediante la normalidad del desarrollo de la sexualidad en el mismo que, según este autor, depende tanto de circunstancias individuales cuanto del entorno social”.⁴

Sobre la sexualidad humana, las legislaciones de la mayoría de países de América Latina, el derecho penal y la doctrina que lo sustenta no reflejan ni de cerca, nuestra comprensión actual de la violencia sexual. En la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. En la práctica, sólo hay que revisar algunos Códigos Penales para constatar la existencia de lenguajes superpuestos, el uso de términos médico-fisiológicos en un tránsito progresivo hacia el terreno moralista plagado de valores como honra, virginidad, honor. Al exigir que estos valores sean portados en los cuerpos de las mujeres, desaparece la dimensión de exigibilidad de los derechos humanos simplemente porque el bien jurídico protegido son la honra, la virginidad o el honor, y no los sujetos jurídicos concretos que la viven.

Los significados jurídicos en el campo de la sexualidad, son obsoletos y no dan cuenta ni de los avances a nivel teórico, ni de las nuevas corrientes en el derecho penal. Estas nuevas tendencias permiten acceder a una comprensión amplia de la violencia sexual, entendida básicamente como el ataque o la invasión al cuerpo, donde no existe una relación entre iguales que consienten.

Un importante segmento de la doctrina ha planteado que la libertad sexual, en tanto que objeto de tutela, simplemente carece de sentido respecto de aquellas personas a quienes el propio ordenamiento jurídico niega la capacidad para consentir válidamente la realización de actos sexuales (por ejemplo, los

⁴Donna Edgardo Alberto, DERECHO PENAL (tomo 1 Parte Especial), Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2007, pág. 507.

impúberes); como también respecto de aquellos individuos que a pesar de estar investidos de aquel atributo, se encuentran temporalmente en situación de no poder discernir a cerca de la realización de tales actos (por ejemplo, las personas momentáneamente privadas de sentido).

La autonomía del individuo, se traduce en su capacidad de autodeterminación, es decir, en la aptitud para decidir libre y racionalmente sobre cualquier modelo de conducta, y para actuar conforme a sus propios criterios valorativos. Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional Español, la dignidad de la persona está substancialmente relacionada con la dimensión moral de la vida humana y se manifiesta de modo singular en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, implicando, por esto, una pretensión de respeto por parte de los demás.

1.3. Concepto de delito sexual

El Derecho ha tenido su evolución pero es limitada, por ello es necesario que vaya actualizándose día a día y poniéndose en concordancia con los progresos científicos, los mismos que cada vez y en mejor forma descubre los adentros del hombre y el por qué de sus maneras exteriores de expresarse.

Para Beling, dice que el “Delito es una acción típica, antijurídica, culpable, cubierta con una sanción penal adecuada a la culpabilidad, y que llena las condiciones legales de punibilidad”.

Jiménez de Asúa, por su parte manifiesta que el delito es un “acto típicamente antijurídico imputable y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se halla conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella”.

“En lo único que coinciden los autores es en que hay dificultades para hallar una denominación genérica que cuadre al conjunto de delitos que suelen agruparse

bajo el epígrafe de “Delitos contra la honestidad”, y hasta la definición misma de ésta suscita divergencias. Honestidad tiene diversas acepciones; el Diccionario de la Lengua dice que significa compostura, decencia y moderación en la persona, acciones y palabras; recato, pudor, urbanidad, decoro, modestia; pero parece resultar obvio que la ley penal restringe el concepto a lo meramente sexual, al punto de que Soler define la honestidad diciendo que es una exigencia de corrección y respeto impuesta por las buenas costumbres en las relaciones sexuales, con lo cual deriva el problema a determinar, por tanto, que son las buenas costumbres. Para Gómez resulta idiomáticamente indiscutible la equivalencia de las palabras honestidad y pudor, de donde concluye que cuando la ley habla de delitos contra la honestidad quiere referirse a hechos lesivos del pudor, porque éste es un sentimiento que se refiere a la moralidad de los actos sexuales”.⁵

Es notorio que el instinto sexual, uno de los elementos constitutivos, entre los más importantes y dinámicos del temperamento y del carácter, toma por consiguiente, parte muy activa en la formación de la personalidad y en el desarrollo de la actividad individual.

Conocemos también que la conducta social del hombre se encuentra restringida por la ley penal. Cuando el hombre distorsiona el sentido de la normalidad de la función sexual acompañada de la aceptación del sexo opuesto, y actúa con violencia o engaño en el acto sexual para satisfacer su deseo erótico, se convierte de inmediato en agente activo de un delito sexual.

Delito Sexual es toda conducta o comportamiento que atenta contra los derechos básicos fundamentales de las personas: a la vida, la libertad, la integridad y la dignidad humana. Se manifiesta con conductas agresivas, temporales o permanentes que buscan lesionar, humillar, degradar, expresar dominio o presión sobre una persona o personas que se encuentran o se colocan en condiciones de inferioridad.

⁵Goldstein Raúl, DICCIONARIO DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGIA, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998, pág. 321.

En algunos casos el delito ocurre en un lugar privado al que la víctima no ha podido tener acceso y al que ha sido llevada con engaño, violencia o amenaza. Si es consciente el detalle de este sitio por parte de la víctima con la inspección ocular realizada, tendremos documentado un indicio de gran valor: las manchas de esperma o sangre deben ser levantadas y secuestradas para las correspondientes pericias, al igual que con prendas, toallas u otros efectos que puedan hallarse con las mismas manchas.

Todo esto encuentra plena confirmación en el hecho que, en muchos casos, la personalidad del delincuente culpable de delitos sexuales está contrasignada de anomalías, de defectuosidad y de desequilibrios que sobrepasan la esfera sexual y no son pocos los casos que, estos delincuentes también cometen delitos contra la propiedad y contra las personas.

En la Teoría Dogmática del Delito que, como dice el profesor Luis Jiménez de Asúa, constituye la piedra angular del Derecho Punitivo moderno, en brevísimos resúmenes sobre la tipicidad anota: “la vida diaria nos presenta una serie de hechos contrarios a la norma y que por dañar en alto grado la convivencia social, se sancionan con una pena. El Código o las Leyes los definen, los concretan, para poder castigarlos. Esta descripción legal, desprovista de carácter valorativo, es lo que constituye la tipicidad. Por tanto, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios, para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito”.⁶

La violencia sexual se produce en los cuerpos de las víctimas. Es en los cuerpos donde se concretan los actos de invasión y la integridad física, psicológica o sexual de los seres humanos. Cuando se trata de exigibilidad de derechos en casos de violencia sexual, esta dimensión de corporalidad desaparece. Los cuerpos son solo un dato que es leído e interpretado desde los valores morales, las

⁶ Ojeda Martínez Cristóbal (ob.cit) pág. 44.

concepciones de género y los roles asignados para las mujeres por el hecho de ser tales.

La doctrina procesal penal las llama pruebas y sin ellas las posibilidades de acceso a la justicia se desvanecen hasta finalmente desaparecer.

Pero no solamente el cuerpo de las víctimas es sobre-significado por la doctrina y práctica penal, también los agresores y los espacios donde se produce la violencia sexual tienen significados y valoraciones diferenciadas.

En este contexto, la entrada en vigencia del Estatuto de Roma el 1 de julio de 2002 es un avance sin precedentes en la historia. Por primera vez se reconoce a la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable como crímenes contra la humanidad cuando forman parte de ataques generalizados o sistemáticos contra la población civil. Tales figuras también son tipificadas como crímenes de guerra, cuando hayan tenido lugar en el contexto de un conflicto internacional o interno.

A la luz de estos avances es urgente una relectura de las conductas consideradas como delitos sexuales. Como veremos a continuación los avances doctrinales y normativos nos están dando la posibilidad de dar pleno sentido a los tipos penales de acuerdo a los principios de derechos humanos.

Manifiesta Di Tulio "...si es cierto, por consiguiente, que el desarrollo de la personalidad está ligada al ambiente, la formación del mismo, la manera propia con que se adapta al ambiente, depende siempre de las características fundamentales de la propia personalidad... De aquí surge la razón por la cual, por ser muchos los individuos afectados con anomalías del instinto sexual, bien son pocos los que, para desahogar la propia sexualidad recurren a aquella particular actividad que la ley resguarda como delitos sexuales, por lo que no incurre en

general en el delito de incesto, la gran violencia carnal o el estupro violento, etc..., si en el individuo no existe un estado de debilidad mas o menos grave, que sea capaz de orientar alguna de estas desviaciones hacia el delito”.⁷

Para el tratadista alemán Hans Welzel: “La doctrina de la antijuridicidad como lesión causal de un bien jurídico, que rechazamos, tiene de todos modos el mérito de haber destacado la importancia del elemento del resultado (del bien jurídico). En la mayor parte de los delitos es esencial, sin duda, una lesión o peligro de un bien jurídico, pero solo como momento parcial de la acción personalmente antijurídica, y nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico caracterice suficientemente lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (el desvalor de resultado) tiene relevancia en el derecho penal solo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de acción). El desvalor personal de la acción es el desvalor general de todos los delitos en el Derecho Penal. El desvalor de resultado (el bien jurídico lesionado o puesto en peligro) es un elemento carente de independencia en numerosos delitos (los delitos de resultado y de peligro). El desvalor de resultado puede faltar en el caso concreto sin que desaparezca el desvalor de acción, por ejemplo, en la tentativa inidónea”.⁸

En la función de los tipos de presentar “el modelo” de la conducta prohibida se pone de manifiesto que las formas de conducta seleccionadas por ellos tienen, por una parte, un carácter social, es decir, están referidos a la vida social, pero, por otra parte, son precisamente inadecuadas a una vida social ordenada. En los tipos se hace patente la naturaleza social y al mismo tiempo histórica del Derecho Penal: señalan las formas de conducta que se apartan gravemente de los órdenes históricos de la vida social.

⁷ Ojeda Martínez Cristóbal (ob.cit) pág. 38.

⁸ Welzel Hanz, DERECHO PENAL ALEMAN, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1987, pág. 92.

1.4. Concepto de violación

La violación es una agresión de carácter sexual que hace sucumbir la libertad individual, en un campo respetable, delicado y trascendental.

La Enciclopedia Jurídica OMEBA dice lo siguiente: **“violación es el acceso carnal con una mujer contra o sin su voluntad de ésta, cuando para lograr su propósito el culpable, usa la fuerza o intimidación, o cuando la víctima no hubiera alcanzado la edad de la pubertad”**. El único reparo a esta definición es que la circunscribe a la mujer cuando el hombre también puede ser la víctima según la ley actual. La violación como delito, no siempre ha sido tomada como tal dentro de la sociedad. Para que esto suceda, debió pasar mucho tiempo, hasta que el hombre se organice y se conceda a sus miembros, limitados derechos que el ordenamiento jurídico del grupo se encargaba de proteger y hacer respetar.

Las primeras organizaciones que el hombre se propone realizar, fueron a base de la fuerza y la violencia, a la que constituyeron en la ley suprema entre sus miembros, por lo que bien puede afirmarse que la violencia fue el medio primitivo de posesión carnal del hombre sobre la mujer, con él demostraba, su derecho exclusivo sobre la hembra, ante la tribu y ante sí mismo.

Para Goldstein, la violación es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta. Así, por ejemplo, cuando la víctima fuera menor de edad; cuando la persona ofendida se hallase privada de razón o de sentido, o cuando por enfermedad o cualquier otra causa no pudiera resistir o cuando se usara para ello fuerza o intimidación.

La acción típica consiste en tener acceso carnal.

El acceso carnal es la penetración sexual y se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo.

La violación sexual constituye uno de los grandes problemas sexuales que mayor preocupación ha causado a la doctrina jurídica y a las legislaciones de todo el mundo, estableciéndose particularidades entre ellas en su tratamiento y en su definición.

La mayoría de autores coinciden en sostener que la violación es un acto sexual (acceso carnal, cópula, relaciones sexuales, yacimiento, etc.) con persona viva, que se produce mediante la anulación de la voluntad de la persona violada, ya sea porque el sujeto utilizó la fuerza física, la intimidación, o porque el sujeto pasivo no puede resistir por estar privado de la razón o por ser menor de edad.

Para el autor argentino Alberto Donna: “la violación es el acceso carnal logrado en los casos en que medie fuerza o intimidación para vencer la resistencia u oposición del sujeto pasivo, o con persona que se encuentre físicamente imposibilitada para expresar su disenso o resistirse, o con quien, por ser menor de 13 años o carecer de discernimiento para ello, no posee la capacidad jurídica necesaria para consentir la relación sexual”.⁹

Algunos autores consideran que habría violación si se diese una exigencia abusiva por el modo como se pretende realizar el acto carnal (por ejemplo vía anal) supuesto éste que produjeron algunos casos jurisprudenciales. Si el marido emplea fuerza o intimidación para lograr la cópula ante la franca oposición o rotunda negativa de la mujer, comete el delito de violación, sin que le exima su condición de cónyuge que, ante la opinión común le conferiría inmunidad por el principio de que la mujer, al casarse, consciente durante toda la existencia del vínculo matrimonial. El arrebato, la saña, la violencia, no son los modos, como no lo es la intimidación. Si ella no accede, no se justifica el forzamiento y solamente cabe el divorcio por contrariar la mujer las finalidades del matrimonio.

Cuando el consentimiento de la víctima falta en absoluto, porque el autor le impone su voluntad o porque aquella no puede prestar un consentimiento mínimamente válido, se da la figura de la violación; cuando la víctima ha prestado

⁹Donna Edgardo Alberto (ob.cit. tomo 1) pág. 564.

un consentimiento que la ley considera insuficiente por la calidad de aquella o lo ha prestado erróneamente a causa de las circunstancias que rodeaban el hecho, estamos ante la figura del estupro.

El Artículo 512 del Código Penal Ecuatoriano define a la violación como “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 14 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”.

Por tanto, para que haya violación es necesario el acceso carnal, por lo que no quedarán tipificados dentro de este delito, los actos preparatorios o las acciones violentas que se ejecuten con miras a obtener el acceso carnal, pero que finalmente no se dio, porque pudo haber mediado alguna circunstancia o bien porque el ánimo del sujeto activo, no había la intención de acceder carnalmente.

Los efectos de la violación sexual son la lesión física y la espiritual pues es imposible suponer que ésta no se produzca, por cuanto es un modo de ofender la honestidad, mirada ésta como un derecho a la intimidad, a la reserva sexual que es un derecho del individuo.

Para el tratadista chileno Luis Rodríguez la determinación del momento en que se consuma la violación dista mucho de ser un tema pacífico, pudiendo perfilarse, al menos, tres criterios formulados a propósito del acceso carnal por vía vaginal, pero cuyas conclusiones son perfectamente aplicables a las restantes formas comisivas del delito de violación.

En primer término la violación se consuma con el simple contacto, rose o conjunción del pene con la vagina, el ano o la boca de la víctima, sin que sea

necesaria la efectiva introducción de aquél en alguna de estas cavidades. Más que en razones de texto, este criterio se funda en el simple propósito de castigar como consumado el intento de violación de una persona de escasos años, en que no resulta materialmente posible la introducción, debido a la desproporción de tamaño entre los órganos genitales del autor y de la víctima. Si bien este planteamiento contó con un cierto respaldo jurisprudencial en España, en la actualidad ha sido prácticamente abandonado.

En el derecho canónico, únicamente se consideró el “*estruprum violentum*” (estupro violento), para el caso en que se realizara el desfloramiento y se obtuviera ésta en contra de la voluntad de la mujer, no obstante, se establecía que en la mujer ya desflorada no se podía cometer el delito en cuanto a las penalidades canónicas que eran las prescritas para la fornicación, no se sintió la necesidad de su aplicación para reprimirse la violación por los tribunales laicos con la pena de muerte.

En todos estos casos la ley tiene en cuenta la ausencia del consentimiento de la víctima, ya porque sus circunstancias o calidades le impiden prestarlo válidamente, ya porque el modo de actuar de la gente implica su eliminación; en tal sentido, mediando una suplantación de la voluntad de la víctima, por la del agente, podemos opinar que estamos en presencia de un delito que protege la libertad sexual, la cual se vulnera invadiendo ilícitamente la esfera de reserva propia de ese ámbito de la persona, en la que ella, consciente y libremente, puede permitir penetrar a quien desee e impedir que otros lo hagan.

“El mayor desvalor que la ley asigna a esta figura delictiva se funda antes que nada, en la clase de comportamiento sexual que requiere el tipo, pues en nuestro medio cultural, con criterio valorativo que no es del caso discutir aquí, siempre se ha considerado el acceso carnal como la ofensa más grave que es posible inferir a una persona dentro del ámbito de las conductas sexuales. Pero el desvalor más intenso de la violación se funda, también, en que el hechor actúa prescindiendo de

la voluntad de la víctima, en una actitud de claro menosprecio hacia su condición de persona; y en una consideración del carácter especialmente violento de los medios utilizados para conseguir el acceso carnal o, alternativamente de la especial situación de vulnerabilidad de la víctima, en razón de su edad o de sus condiciones físicas o mentales”.¹⁰

1.5. Antecedentes Históricos de la violación

La violación como delito surge cuando aparecen las leyes, antes no era posible porque además de no existir el derecho, los pueblos tenían amplias libertades sexuales, lo que hacía imposible que se utilice la fuerza para conseguir las relaciones sexuales.

En las primeras etapas, del desarrollo del derecho, la violación se encontraba confundida con el estupro.

Los indicios más antiguos sobre la tipificación del delito de violación se remontan al Código de Hammurabi del año 1760 A.C. que es una codificación de leyes basadas en la Ley del Talió que, sin embargo de este presupuesto, sancionaba fuertemente la violación. El Código de Hammurabi no reconocía la independencia de las mujeres, diferenciando únicamente entre una mujer casada y una mujer virgen pero prometida. Según esta clasificación si un hombre violaba a una mujer virgen, su castigo era la muerte, mas si la violación era cometida en contra de una mujer casada, ésta debía compartir la pena con su agresor sin que se tomen en cuenta las circunstancias en que se cometió la violación, siendo la pena de muerte mediante el ahogamiento, pues tanto la mujer como su agresor eran arrojados a un río, del cual si el marido de la agraviada así lo deseaba podía sacarla del río. El Código de Hammurabi asimilaba también a la violación con el incesto, que era un delito sancionado con la expulsión del violador fuera de las murallas de la ciudad.

¹⁰ Rodríguez Collao Luis, DELITOS SEXUALES, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2001; pág. 136.

La pena del acceso carnal sin consentimiento a otra persona era lapidación, pena capital muy común en los casos de los delitos graves, pena bajo la cual eran sometidos tanto el atacante como la víctima, siendo esta última considerada como irremediabilmente corrompida e impura. Sin embargo dependiendo si el atacante era casado o soltero, se podía imponérsele tanto la pena de muerte como únicamente una multa.

En el antiguo Egipto, la pena que se imponía a quien hubiere agravado sexualmente a otra persona fue la de ser castrado, incluyéndose en la Ley de Manú la pena corporal a la víctima en el caso de que ésta fuera de distinta clase social.

Durante la monarquía en Roma, fue considerado un delito bajo la *Lex Julia*, tipificándose dentro de la Ley de las XII Tablas bajo el título de injuria, el cual fue penado bajo la pena de muerte que únicamente podía ser evitado con el exilio del autor del delito y la confiscación de todos sus bienes.

En Grecia el castigo era la obligación impuesta al violador con la finalidad de que éste contraiga matrimonio con su víctima, bajo pena de muerte en el caso de ser rechazado el matrimonio por la víctima, siendo obligado en el caso de ser aceptado en matrimonio a que el violador le entregue la mitad de sus bienes y posesiones a su víctima, si el violador fuese rico y potentado.

En la Edad Media, la violación conjuntamente con otras clases de trasgresiones de carácter sexual fueron penadas severamente en Europa, encontrándose penadas desde el siglo XI hasta el siglo XVI como el delito de *forzar* o *fuerza de mujer*, razón por lo que los escritos medievales tratan a la violación mencionando hechos como la *conoció por la fuerza*. En la Edad Media, el aspecto según el cual se configuraría el delito de violación no era el consentimiento sino la honorabilidad de la mujer, razón por la cual era muy común que las violaciones que se cometían en contra de mujeres amancebadas, prostitutas o criadas queden impunes y eran muy comunes las violaciones cometidas por personas de clases sociales privilegiadas en contra de mujeres de clases sociales bajas y desprotegidas, tales

como las criadas que se encontraban desamparadas de la justicia, lejos de su hogar y sus familiares y en un estado de total sometimiento y dependencia a los patronos.

Los castigos por el delito de violación cometidos durante la Edad Media, variaban de acuerdo a las circunstancias según las cuales se cometía la violación, tales como el allanamiento de morada, la existencia de engaños que sería considerado como un estupro violento, y el sometimiento mediante el empleo de violencias físicas. Uno de los castigos de la violación y considerando el mal menor para la víctima era que el violador contrajera matrimonio con su víctima, siendo obligado a encontrarle un marido a su víctima si ésta se negara rotundamente a casarse con él. Esta forma de castigo no fue tan descabellada como pareciera pues traía consigo que los violadores que tenían grandes fortunas tuvieran que compartirlas con sus víctimas, lo cual acarrearía una gran mengua en sus bienes, tal como el caso de Catalina, criada del maestro Pedro, que en 1488 perdonó al hermano de éste por forzarla sexualmente a condición de que contrajera matrimonio con ella.

En la alta Edad Media se tipificó el delito de violación con un procedimiento que debía seguir la víctima con la finalidad de poder acusar su condición. El procedimiento que debía seguir la víctima era arañarse la cara en señal de su dolor, presentar la denuncia respectiva ante los Tribunales de Justicia en el lapso de tres días desde que se cometió el delito, que declarara el hecho a cuantas personas se encontrara a su paso, y que se sometiera al peritaje de las matronas o parteras para que se verifique su caso.

En la Edad Moderna el delito de violación fue tipificado de acuerdo a principios jurídicos nacidos principalmente a partir de la Revolución Francesa, así como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, los cuales configurarían el delito de violación y su pena, teniendo como objeto jurídicamente protegido a la libertad de las personas respecto de autodeterminación sexual, siendo compartido por varios tratadistas esta afirmación, tales como Norberto Bobbio, Díez Ripolles, Miguel Bajo Fernández y Caro Coria, mencionando que la libertad sexual existe en un doble sentido positivo y negativo, siendo positivo en el

caso de la libre determinación de una persona para hacer uso de su cuerpo y sexualidad, así como el aspecto negativo, es decir el aspecto de negarse a ejecutar y a no tolerar actos sexuales. La pena del delito de violación ha sido prescrita de acuerdo a los principios de los nacientes Derechos Humanos, bajo la premisa del constitucionalismo y de los fines de la pena. Estos principios serían adecuados a los códigos penales nacientes de los nuevos Estados, siendo incorporados posteriormente al Código Penal de España y los Códigos Penales de los Estados Americanos.

El sentido de la pena ha tenido una profunda evolución; desde la época en que ella tenía como único fin la vindicta por parte de la colectividad hacia el delincuente, hasta nuestros días en que, al menos en teoría, o aplicada en pocos lugares, el objetivo es la readaptación social de los delincuentes.

El fin principal de la pena debe ser la prevención de delitos y su influencia en quienes violenten la ley penal. De hecho, debemos manifestar que los criterios sobre la pena o lo que dentro de un gobierno se denomina Política Penal, responden a la estructura económica que exista en una determinada sociedad. De tal manera que, en una sociedad equilibrada la pena debe ser benefactora para la colectividad, ella debe ser educadora y preventiva, en la que a la para que actúa el legislador, intervenga la sociedad entera.

En las concepciones modernas, el criterio que prima es el de que ante todo se debe buscar la readaptación de los delincuentes y hacerles útiles para la producción; por tanto, el castigo no es el fin, el fin es la corrección, la reeducación del delincuente y la prevención de delitos.

CAPITULO II: “La dinámica criminal en el delito de violación”

2.1. Delincuencia natural y delincuencia jurídica

El tratadista Cristóbal Ojeda dice que en cualquier sociedad y en cualquier momento histórico en que la consideremos, puede advertirse la distinción entre sanciones morales y sanciones legales. Este distingo manifiesto entre lo estrictamente ético (o moral), y lo jurídico, es base de la diferencia que existe entre “delito natural” y “delito legal”. El uno es correlativo a la **opinión moral** del común sentir, y el otro es la **estructura jurídica** de la sociedad. Tanto el uno como el otro y éste más que aquel, son variables y contingentes. Cabe, así una MALA VIDA con respecto a un criterio ético del ambiente social en que se vive, sin que, en sentido estricto haya “delito”.

Con lo expuesto podremos decir más exactamente, que en esta materia se debe conceptualizar como delincuente a todo individuo que realice actos de tipo sexual en perjuicio de otras personas, causando daño físico o moral y sin que éstas últimas hayan consentido en la realización de dichos actos; solamente en estas circunstancias la ley penal debería tener presencia social y no en otras.

El Dr. Silvio Toscano dice que los delincuentes sexuales se pueden dividir en 3 grupos fundamentales:

1. Los que cometen un delito eventualmente y no lo vuelven a repetir.
2. Los que cometen un delito y luego continúan con actos menores en los que existe la violencia, pero no la suficiente para que afecte al conglomerado social.
3. Los que repiten una y otra vez los delitos sexuales, que son incontrolables y de marcada hipersexualidad y cuyos actos escandalizan a la sociedad.

El tercer grupo es el de principal interés en el campo del derecho pues ocasionan conflictos graves de índole social. En este grupo podrían ubicarse la ninfomanía y la satiriasis, dos fenómenos que se los conoce con el nombre de hiperestesia sexual.

“Si queremos medir la peligrosidad por la distinta eficiencia del factor constitucional en los delitos sexuales, podemos fijarle como ya indicamos antes, una especificación ulterior a la distinción que saca Di Tullio de la genérica, que abraza toda categoría de delincuentes; es decir:

- a) **Delincuentes ocasionales.** En quienes el delito sexual es un episodio relacionado a un incendio momentáneo de los sentidos, como cuando un enamorado violenta a su novia, excitado por sus besos, otros se erotizan ante un espectáculo excitante.
- b) **Delincuentes hipersexuales y degenerados.** En éstos, el delito procede de alguna especial conformación sexual y puede ir acompañado de una personalidad perfectamente social por otros aspectos. Es frecuente el caso de exhibicionistas e hipersexuales que son excelentes funcionarios, intachables en todo aspecto funcional, patrimonial y social, pero no se refiera a su anomalía.
- c) **Delincuentes endógenos.** En cuya baja moralidad los delitos sexuales encuentran componentes criminógenos”.¹¹

Podemos decir, que quien comete un delito en general no es un delincuente por factores personales sino por factores sociales, es decir, es el resultado de una razón del medio en que vive, que ha moldeado su personalidad de una manera propia, distinta de la de los hombres que, aunque llegan con mayor o menor frecuencia a incursionar por el juego, o la prostitución, no son como ellos, exploradores de esas lacras sociales. La peligrosidad, no deriva solamente del individuo sino también de la sociedad.

¹¹Altavilla Enrico, LA DINÁMICA DEL DELITO (tomo 2 Parte Especial), Editorial Depalma, Buenos Aires, 1973; pág. 98.

Un importante segmento de la doctrina ha planteado que la libertad sexual, en tanto que objeto de tutela, simplemente carece de sentido respecto de aquellas personas a quienes el propio ordenamiento jurídico niega la capacidad para consentir válidamente la realización de actos sexuales (por ejemplo, los impúberes); como también respecto de aquellos individuos que a pesar de estar investidos de aquel atributo, se encuentran temporalmente en situación de no poder discernir acerca de la realización de tales actos (por ejemplo, las personas momentáneamente privadas de sentido).

“Considerando entonces el delito desde el punto de vista psicológico, llegamos a la conclusión de que su ejecución representa una consecuencia absolutamente lógica y fatal del conflicto de las fuerzas y factores que lo determinaron; por tanto la sanción no debe ser una venganza que la sociedad se toma contra el individuo que lo ha ofendido, sino un recurso mediante el cual aquella trata de conseguir que éste recobre ulteriormente la normalidad de su conducta. De este punto se hallan de acuerdo todos los penalistas modernos y por ello tratan de implantar la teoría **psicológica** de la acción penal con buena fe que acierte por regla general. Y es porque en la selección de la pena y sobre todo en la aplicación de la misma deben colaborar los técnicos de la psicología anormal, social, jurídica y pedagógica, si se quiere conseguir un efecto verdaderamente útil de la acción penal”.¹²

El tratadista Enrico Altavilla dice que la personalidad sexual tiene un órgano destinado a unirse con el órgano correspondiente del otro sexo, para proveer a la necesidad de la procreación, activada por el estímulo del placer, que hace que los dos organismos tiendan a unirse. Sólo que la civilización ha transformado a la mujer, pues de simple presa del varón la ha convertido en otorgante, con libertad de querer, y ha creado un sentimiento especial, protegido penalmente, que es el *pudor*, por el cual el acto sexual debe realizarse fuera de la percepción ajena y en lugar privado, sin ofender el pudor individual ni el público. Sin embargo, la

¹² Ojeda Martínez Cristóbal (ob.cit.), pág.79.

necesidad sexual puede llegar a ser tan urgente y tan poderosa, que ofenda a la libertad sexual y el pudor, violentando las normas que los amparan.

Al recordar que el criminal endógeno es frecuentemente un hipoevolucionado, nos damos cuenta de la exactitud de lo que dice *De Sanctisy Ottolenghiel* sentimiento sexual mantiene en el delincuente la huella inferior del puro instinto. Sus características predominantes son 'la precocidad, el erotismo, la obscenidad y la lujuria. El erotismo se demuestra mediante alguna jerga, tatuajes, escritos, relaciones con prostitutas y delitos sexuales. El erotismo domina la vida sexual del delincuente, en la forma más baja y primitiva; por esto sus relaciones carnales suelen ser violentas e impulsivas, y de ellas resulta una serie numerosa de delitos, de estupro y de hechos peores.

Esta sexualidad instintiva y brutal va de acuerdo con la personalidad primitiva y violenta de los delincuentes endógenos, en quienes se revela como una detención del desarrollo de la neo psiquis, con sus funciones reguladoras y limitadoras de un instinto que domina, por consiguiente, incontrastable y tiende a la rápida satisfacción de sus estímulos.

Los delitos sexuales son expresión de necesidades primitivas que se hallan en todos los animales; únicamente su disciplina social y familiar y su colorido afectivo-sentimental, al suscitar ese sentimiento perdurable que es el amor, crean una profunda diferencia, mediante la cual los lazos entre dos seres de distinto sexo pueden sobrevivir a la satisfacción de los sentidos.

Por último es necesario citar la siguiente reflexión: "esto debe hacernos muy precavidos para afirmar que 'el delincuente sexual es, ante todo, un delincuente en quien se encuentran las notas delincuenciales anormales propias de la criminalidad en general', pues aunque es cierto que las anomalías del instinto sexual impulsan a delinquir especialmente en el campo sexual, también es cierto que muchos delitos sexuales que tienen base constitucional, es decir, una

sexualidad exuberante, no pueden llamarse expresiones de un verdadero carácter criminal, cuando a éste se le atribuyen notas inmorales o antisociales”.¹³

2.2. Factores endógenos y exógenos determinantes en la personalidad del agresor

Esto significa que en el desarrollo de la constitución sexual anatómica funcional y hormonal, al período sexual le sigue otro en que los estímulos sexuales se derivan de la propia erotización, determinada por elementos endógenos (no todavía por estímulos externos) que bien pronto exasperan la erotización. El niño que aún no siente deseos de la mujer, puede tener sueños voluptuosos en los que conoce las primeras poluciones.

Se trata, pues de que la dirección del instinto se desvía de su meta natural; para lograr esta, el acto sexual alcanza su verdadero fin, que es la fecundación. Solo que el desarrollo sexual va acompañado del psíquico, y se hace siempre mayor la adaptación social, hasta poder dominar y regular los impulsos propios de una edad determinada. En cambio, si la avidez sexual se despierta antes que el individuo se haya socializado mediante el desarrollo psíquico y la experiencia, entonces predominará un ser prepotentemente instintivo que en sus excesos y desviaciones contribuirá a formar la personalidad criminal.

Todo delito supone una actividad por parte del sujeto delincuente, así mismo los delitos por omisión no quedan excluidos de esta dinámica a que nos referimos. Esta actividad que pone en juego el desarrollo del proceso delictivo abarca al hombre en toda su personalidad global. El hombre es infragmentable, y por tanto, el hombre delincuente, esto quiere decir que un acto es el resultado sintético de todos los factores hereditarios y adquiridos que llegan a constituir una personalidad determinada. Los factores endógenos son los que están dentro del hombre, como los herederos de sus antepasados y los factores exógenos son

¹³Altavilla Enrico, (ob.cit. tomo 2); pág. 98.

aquellos que provienen del mundo exterior, tales como los telúricos, entre los que se incluyen no solo las corrientes electromagnéticas sino las influencias astrales.

El hombre vive todo su pasado y todo su presente como ha observado Benigno Di Tulio, autoridad máxima en antropología criminal, quien al respecto dice que para valorar la exacta importancia del factor ambiental con respecto a la actividad individual, es necesario averiguar y precisar la capacidad receptiva y reactiva de cada individuo a las variadas fuerzas y condiciones ambientales, por el hecho de que éstas se hacen en tanto vitales y por consiguiente capaces de transformarse interiorizándose con motivo de acción, en cuanto encuentran en el individuo una receptividad adecuada. Ahora todo esto confirma siempre más la inseparabilidad de las fuerzas hereditarias y ambientales en el desarrollo y la formación de la personalidad humana.

Con relación a los factores exógenos, Raux en su psicología del instinto dice: “en el deseo sexual hay algo más que un órgano que pide entrar en funciones y que unas vesículas seminales que piden vaciarse, pues dándole pábulo al instinto sexual, está el sufrimiento exasperado de todo el organismo que pide transformarse en placer; es una verdadera hambre sexual”.¹⁴

Toda acción delictiva para ser bien comprendida debe ser puesta en relación no solo con la personalidad total del hombre transgresor sino con todo lo que le rodea y, sobre él, de un modo o de otro, gravita.

Es perfectamente cierto que esta función de vida vegetativa puede llegar, con la coeficiencia de elementos intelectivos y afectivos, a una verdadera sublimación, de modo que se puede hablar de amor sin que éste domine siempre el deseo ardiente de poseer, que determina una irritabilidad y una agresividad que o se oponen a esa transformación sublimadora o despojan al instinto de los elementos superiores de que ha logrado revestirse; no es extraño, pues, que en el momento del coito, el hombre más refinado se vuelva brusco, violento, con el fin de excitar el propio placer. Y esto no ofende a la mujer, pues según se dice la brutalización del

¹⁴Altavilla Enrico, (ob.cit. tomo 2) pág. 107.

macho satisface leves formas masoquistas que se encuentran en ese ser que en el momento de la copula asume la actitud del súcubo, dominado por la violencia conquistadora del macho. Y cuando el hambre sexual de este se ha polarizado hacia una mujer, la resistencia agudiza sus deseos, tanto más que en el juego del amor es difícil distinguir entre la resistencia a un deseo sexual que suscita repulsión y la esquivas de la que desea ser poseída.

En lo que tiene que ver con los factores endógenos una de las más importantes desviaciones de la vida sexual es producida por la enorme intensidad de sensaciones y representaciones sexuales que son causa de violentos y frecuentes estímulos para la satisfacción del sexo. Es fácil observar cuanto poder excitante tienen las imágenes libidinosas que anteceden a los placeres de la cópula; ellas erotizan la sensibilidad sexual, creando un enturbiamiento, una concentración, y pudiéramos decir una anticipación imaginativa del placer, que excitan sufrimientos que buscan el coito como liberación suspirada. Pero el factor psicológico y el psíquico nunca pueden distinguirse netamente, pues recíprocamente se influyen; así, por ejemplo, no puede precisarse si la producción de imágenes libidinosas resulta de una erotización hormonal o viceversa.

Lo que si puede afirmarse es que el factor fisiológico obra con mayor intensidad en la juventud, mientras que al declinar ésta, la sexualidad se vuelve cada vez más cerebral.

Cuando la preparación perturbadora se acerca a la posibilidad de la realización, el fenómeno se intensifica y se llega al orgasmo sexual, que como causa de trastornos de la personalidad psíquica comienza a funcionar aun antes que la cópula se inicie.

El tratadista Cristóbal Ojeda dice que no es posible juzgar un delito sin comprenderlo, pero para esto no solo se necesita conocer los antecedentes de la situación sino el valor de todos los factores de los que depende la reacción humana en un momento dado. Esta es la obra psicológica que compete realizar al jurista si quiere merecer tal nombre. Porque dos delitos aparentemente iguales y

determinados por las mismas circunstancias externas pueden, sin embargo, tener una significación enteramente distinta y deben, por consiguiente, ser juzgados y penalizados de un modo absolutamente diferente.

Discuten aun los penalistas si hay que castigar con arreglo a los resultados o a la intención del acto delictivo. De otra parte, la sanción jurídica de un acto jurídico no puede ser concebida solamente bajo el estrecho campo del castigo. Para el psicólogo el delito, es un episodio incidental; para el jurista es en la mayoría de los casos el tema central de su actuación.

“Considerando entonces el delito desde el punto de vista psicológico, llegamos a la conclusión de que su ejecución representa una consecuencia absolutamente lógica y fatal del conflicto de las fuerzas y factores que los determinaron; por tanto la sanción no debe ser una venganza que la sociedad se toma contra el individuo que lo ha ofendido, sino un recurso mediante el cual aquella trata de conseguir que este recobre ulteriormente la normalidad de su conducta. De este punto se hallan de acuerdo todos los penalistas modernos y por ello tratan de implantar la teoría psicológica de la acción penal con buena fe que acierte por regla general. Y es porque en la selección de la pena y sobre todo en la aplicación de la misma deben colaborar los técnicos de la psicología anormal, social, jurídica y pedagógica, si se quiere conseguir un efecto verdaderamente útil de la acción penal”.¹⁵

El carácter constituye el puente entre los factores endógenos y los factores exógenos integrantes de la personalidad y representa en definitiva el resultado de su lucha. Los factores endógenos impulsarían al hombre a una conducta puramente animal basada en la satisfacción de sus instintos y tendencias apetitivas o repulsivas. Los factores exógenos por el contrario le conducirán a la completa sumisión al medio externo; es la clásica oposición entre el hombre y el mundo, la que se simboliza en la pugna entre el elemento endógeno y el exógeno y da, como producto final, el tiempo de conducta externa, esto es, el carácter.

¹⁵ Ojeda Martínez Cristóbal (ob.cit); pág.79.

El profesor Cristóbal Ojeda dice que para comprender un delito es necesario encontrar el valor de las incógnitas en la actuación responsable de una conducta personal, frente a la concreta situación delictiva. Este es el magnífico ejemplo que nos da el distinguido profesor argentino Pedro Badanelli. Así, un individuo encausado por violación lo último será pensar en el artículo 512 del Código Penal Ecuatoriano. Lo primero y lo más importante será considerar si el papel en su comisión ha desempeñado su constitución corporal; su temperamento; su inteligencia; su carácter; su previa experiencia; su constelación; su situación externa desencadenante de la peripecia delictiva; el modo de percepción situacional; el tiempo medio de reacción social

Por otra parte hoy resulta imprescindible, en cada caso el análisis de la persona profunda del delincuente. La psicología profunda afirma que no basta conocer los artículos de los códigos que no son más que fórmulas muertas sino que es preciso que el juez sepa analizar al hombre.

Los conceptos del “yo” inferior y del “yo” superior son los conceptos que bajo la influencia de la doctrina evolucionista del siglo pasado han constituido la base de las más notables doctrinas criminológicas entre ellas aquella atávica de Lombroso, para lo cual el alma primitiva ancestral escondida en el fondo de todo ser humano reaparece y es la que conduce al hombre al delito, todas las veces que actúa sobre su particular condición degenerativa o patológica expresándose a través de estigmas somáticos y psíquicos variables.

Tal doctrina de la estratificación del carácter, mientras confirma la existencia de un “yo” primitivo, sirve también para desarrollar el concepto de la criminalidad latente, en el sentido que, siempre la parte fundamental de la personalidad humana formada por fuerzas y por atributos preponderantemente egoístas y por consiguiente tendenciosamente antisociales, todo hombre viene a encontrar en si la posibilidad de delinquir, en todo caso que por varias razones sea impedido el “yo” superior de vigilar sobre el “yo” inferior, y de poder así frustrar sus continuas tentativas dirigidas a tomar el dominio.

2.3. Consideraciones sobre el “iter criminis” o camino del crimen

El iter criminis en su locución latina literalmente significa: “itinerario del crimen”, y suele designarse con ella la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta la consumación del delito, esto es, todo lo que acaece desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes.

El iter criminis es la concatenación de actos que van desde que un individuo concibe en su mente la idea de un delito hasta la realización completa de tal designio delictuoso.

El penalista ecuatoriano Ernesto Albán dice que: “el hecho delictivo es un fenómeno complejo que atraviesa, en muchos casos, varias fases en su proceso de ideación, preparación y ejecución. Surge, no siempre por supuesto, en la mente del sujeto activo, como una idea más o menos remota que va poco a poco imponiéndose a la voluntad de la persona y termina por manifestarse en el mundo externo, a través de una serie de actos de distinta naturaleza. En ocasiones, el autor del hecho continúa actuando con posterioridad a la consumación del acto tipificado por la ley.

Esta evidente realidad ha dado lugar, tanto en los análisis doctrinarios como en las legislaciones, a una especial preocupación por el tratamiento penal que merecen las diversas fases de este complejo proceso. Desde épocas muy antiguas se habla del *iter criminis*, o sea del *camino del delito*, integrado por varias etapas en que la conducta delictiva va configurándose hasta llegar a su culminación”.¹⁶

La violación es un delito de *mera actividad*, porque aparte de la conducta, el tipo no exige ningún otro suceso, y menos aún un suceso encuadrable bajo la idea de resultado; es decir, una alteración en el mundo externo, que pueda ser tenida como consecuencia de la realización de la conducta. La pertenencia de la

¹⁶ Albán Gómez Ernesto, MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO (Parte General), Ediciones Legales, Quito-Ecuador, 2007; pág. 211.

violación a la categoría de los delitos de mera actividad es un hecho que nadie discute en la dogmática contemporánea.

La principal preocupación doctrinaria y legislativa por el *iter criminis* está directamente vinculada a la posibilidad de sancionar a quien se encuentra en una de las etapas de realización del delito. ¿Puede sancionarse, de qué manera y con qué fundamentos a quien no ha culminado su acción delictiva? Hasta ese momento, su conducta aún cuando sea antijurídica y culpable, no ha llegado todavía a coincidir plenamente con la descripción típica de la ley y, por tanto, no ha lesionado efectivamente el bien jurídico protegido. La pregunta adquiere toda su significación si se toma en cuenta la importancia de la tipicidad y sus relaciones con el principio de legalidad.

Hay que advertir, por otra parte, que el esclarecimiento de la punibilidad de las distintas fases por las que puede atravesar un proceso delictivo, sólo interesa cuando el delito no ha llegado a su plenitud consumativa. Si el delito se ha consumado, la persona responderá por su acto, que encaja plenamente en la tipicidad establecida por la ley. La pena que ésta señala y que se aplicará al autor, sanciona también todos los actos anteriores encaminados a la ejecución del delito. En definitiva, al ser reprimido el delito consumado absorbe dentro de sí todas las fases previas, salvo que se hayan cometido otros delitos, como actos preparatorios del delito fin. En cambio, si el delito no se ha consumado, resulta indispensable establecer la punibilidad de los actos realizados.

No todos los delitos presentan toda la variedad de fases que teóricamente pueden darse dentro del *iter criminis*. Por ejemplo, algunos delitos no son susceptibles de tentativa; en otros casos no hay actos preparatorios, sino que directamente el sujeto pasa a la fase de ejecución. Inclusive hay tipos de delitos en los cuales parece imposible la existencia misma del *iter criminis*.

“En España por ejemplo, si bien la doctrina de los tribunales en la actualidad suele acoger estos planteamientos, registra, sin embargo decisiones aisladas en las que se ha declarado que la violación es un delito de resultado material (aunque nunca

se ha precisado cuál sería ese resultado) y registra, también, numerosas condenas a título de delito frustrado, en situaciones que eran claros ejemplos de tentativa, y por lo general frente a supuestos de imposibilidad física para la realización de la cópula, como la desproporción de los órganos genitales, falta de erección sobreviniente, fimosis y eyaculación precoz”.¹⁷

El delito recorre un camino que tiene su partida en el proceso interno y en esta parte idea, delibera y resuelve; por último, en la exteriorización, prepara, tienta o consuma. Este camino que recorre el autor desde la ideación hasta el agotamiento, se logre éste por consumación o por frustración, es lo que constituye el *iter criminis*.

Carlos Creus dice que: “tanto la participación como la tentativa vienen referidas por lo general como ‘extensiones del tipo’, con lo cual sólo se quiere significar, como ya hemos dicho, que el tipo está construido legislativamente, por regla general, en función del actor y del hecho consumado. En los tipos en particular, salvo excepciones, no encontraremos referencias a los partícipes ni al delito inconcluso; se dice que al ser aplicadas a aquellos tipos, éstos se extienden, comprendiendo no sólo al autor, sino también a otros partícipes, y ampliando la particular pena a situaciones en que el delito no está completo, es decir, consumado.”¹⁸

Desde el momento en que el sujeto activo concibe la idea primigenia del delito hasta que logra culminar su propósito, el delito atraviesa dos fases: la interna y la externa. La primera se circunscribe a la mente del sujeto activo y no tiene ninguna manifestación exterior que permita apreciar la génesis del propósito criminal en mientes. La segunda, en cambio, se manifiesta exteriormente a través de una serie de actos de muy diversa implicación; unos serán simplemente *actos preparatorios* y muchas veces el delincuente no va más allá del a realización de estos actos. En otras ocasiones realiza actos de ejecución, que sin embargo no llegan a culminar en la obtención del resultado delictivo deseado, por causas de

¹⁷ Rodríguez Collao (ob.cit), pág. 164.

¹⁸ Creus Carlos, DERECHO PENAL (Parte General), Editorial Astrea, Buenos Aires, 1988; pág. 319.

muy diverso origen, que también toca analizar. Por cierto que en muchos casos llega a la consumación del delito o, como algunos lo llaman, al delito perfecto. Inclusive puede haber conductas posteriores a la consumación, encaminadas al agotamiento del delito.

Fase Interna

El delito permanece en la etapa interna sin superarla cuando el autor de los “pasos” que no han trascendido de su propia esfera psíquica, lo cual torna incongruente el pensamiento sobre su punibilidad.

Carlos Creus dice que, sin duda alguna, lo que los principios del derecho penal rechazan drásticamente, es la punición de la expresión de las ideas, mientras no penetren en el terreno de la instigación o importen la propaganda de incitación de delitos previstos por las leyes. Castigar a alguien porque sostiene ideas de “ultraderecha” o de “ultraizquierda” que reclamen un orden de gobierno no democrático, impone el castigo de la idea en sí misma, por más que ella haya trascendido del ámbito estrictamente psíquico (personal) del sujeto. En el derecho comparado, a lo que no ha sido extraño el nuestro, hay distintos ejemplos de punición de las ideas, expresa o implícitamente consagrados: como es la punición de la propaganda de ideas contrarias a la doctrina democrática, como inspiradoras de una forma de vida o de un sistema de gobierno.

Para Ernesto Albán, la fase interna del delito, que en algunos casos puede prolongarse largamente y en otros ser instantánea, comprende lo que se llamaba por los viejos comentaristas la ideación, la deliberación y la solución. Hoy en día, según este tratadista la doctrina no se preocupa tanto por las distinciones, pues el principio predominante es que, mientras el proceso delictivo no salga de la mente de la persona, no interesa al Derecho Penal. La frase “el pensamiento no delinque” ha servido desde hace siglos para eliminar toda posibilidad de sanción de la fase interna.

Las legislaciones coinciden en que no se puede sancionar la fase interna; pero algunas de ellas han creado un nuevo tipo de delito: el de propaganda, difusión y

hasta de expresión de ciertas ideas. En este caso, se arguye que ya hay actos constitutivos de la tipicidad del delito: discursos, proclamas, exhibición de lemas, difusión a través de varios mecanismos de ideas que se consideran peligrosas por parte de determinados regímenes autoritarios, que proscriben a ciertos partidos y condenan la propagación de sus postulados.

Fase Externa

La etapa de objetivación del delito (externa) comienza por su preparación. En ella el autor se procura los instrumentos con que piensa llevar a cabo el delito o se coloca en situación de perpetrarlo es decir ubicándose en el lugar donde va a pasar la víctima, estudiando el lugar de la acción; es lo que se denomina actos preparatorios, que normalmente quedan al margen de la punibilidad.

El proceso exterior es el delito propiamente dicho. Mira y López, con gran acierto empleando como médico, términos obstétricos, compara el delito en sus dos etapas como la preñez y el parto. La gestación o embarazo corresponde a la fase interna y la ejecución del hecho delictivo al parto o alumbramiento. Y así, como las probabilidades de vida del humano producto, elaborado en las entrañas maternas, depende tanto de la adecuada gestación como el alumbramiento; de la misma manera en el delito, para que su ejecución sea perfecta, tanto significa su fase interna gestadora, como su tiempo o momento de alumbramiento.

Tanto a nivel de la doctrina científica como de la jurisprudencial, existe consenso en que la realización de los actos encaminados a doblegar la voluntad de la víctima (empleo de fuerza, ejercicio de actos intimidatorios o acciones tendentes a privar de conciencia a la víctima), sin que llegue a perfeccionarse el acceso carnal, dan lugar a una tentativa de violación. Esta afirmación es válida cualquiera sea la causa que determine la ausencia de penetración: resistencia de la víctima, intervención de terceros, falta de erección, etc., y cualquiera sea, también, el grado de proximidad o de distancia que exista respecto de la consumación del acceso carnal, estimulándose que es tentativa incluso el llamado coito vestibular,

el simple contacto del pene con las zonas externas de la cavidad a través de la cual se haya pretendido acceder carnalmente a la víctima.

En teoría es obvio distinguir entre lo que significa preparar un delito y ejecutar un delito; pero en la práctica, la frontera no resulta tan fácil de establecer. Hay actos que ordinariamente suelen considerarse como preparatorios: adquisición de medios e instrumentos, adecuación de los mismos, actos que ponen a la gente en situación de realizar el delito o que buscan garantizar su impunidad; pero aún en estos casos, podrían producirse situaciones dudosas. Hay que tomar en cuenta además las múltiples modalidades con las que se puede llevar adelante un proceso delictivo (hay tantas formas de matar, de robar o de estafar) y los diversos tipos de delitos, tan distintos unos de otros. Todo esto lleva a afirmar la necesidad de establecer un criterio general, de carácter doctrinario y no simplemente el formular una extensa casuística, para distinguir entre los actos de preparación y de ejecución.

Sin embargo, no obstante haberse decidido el individuo ya por la ejecución del hecho delictivo no es aun un delincuente para el concepto legal normativo, puesto que el delito no es tal hasta que, al menos comienza a ser ejecutado. Esto es lo que se llama externidad del delito, que significa, *salir fuera* de la mente el propósito delictivo para convertirse en algo que perturba ya el equilibrio jurídico de la sociedad.

El delito lo piensa el hombre con su “alma”, pero lo realiza con su “cuerpo” sobre todo con sus manos. Un hombre sin brazos y manos difícilmente podrá cometer un delito, pero si podrá instigar a otro individuo a cometerlo.

Carlos Creus dice que: como puede ocurrir en la preparación, la ejecución del delito es susceptible de recorrer distintos “grados”, es decir, desarrollarse por medio de distintos pasos, que van completando la acción, distinguibles entre sí, con un comienzo y un despliegue en la acción alcanza su plenitud típica con la consumación; las hipótesis indicadas, que nos permiten distinguir el comienzo de ejecución y la consumación del delito, son las que nos llevan a considerar la

cuestión de la tentativa; lo cual no ocurre con todos los delitos puesto que hay tipos que no nos permiten formular tales distinciones, ya que en ellos el mismo comienzo de ejecución importa consumación; tales tipos, en los que no podemos apreciar el desarrollo gradual de la acción, son aquellos de los que se dice que no admiten la tentativa.

Ernesto Albán dice que de la breve exposición de estos distintos planteamientos se concluye que la distinción entre actos preparatorios y de ejecución y, en consecuencia el deslinde de lo que debe considerarse como tentativa, son temas extremadamente complejos y que no hay sobre ellos acuerdo entre las diversas posiciones doctrinarias. Más todavía si tenemos en cuenta que, en la práctica del delito, éste puede ejecutarse de muchas maneras, todas posibles dentro de la tipicidad establecida por la ley.

Habrá que estar, en todo caso, a la fórmula que establezca la ley positiva, como el marco fundamental, dentro del cual el juez podrá distinguir en cada situación concreta, si los actos realizados son de una u otra especie, tomando siempre en consideración que el asunto principal es establecer la intención del autor a través de los datos probatorios de que se disponga.

2.4. Clases de violencia: física y moral

La fuerza, es decir, la violencia física debe en principio, aplicarse sobre la víctima, pero también aparece cuando se la ejerce sobre cosas que impiden el acceso carnal mismo (por ejemplo ciertas prendas, pero no sobre las que ofrecen obstáculos para que el autor llegue hasta la víctima, como sería una puerta, aunque la fuerza ejercida sobre ellas puede constituir un procedimiento intimidatorio) o sobre terceros que se oponen o se pueden oponer a aquel, siempre que constituyan impedimentos en los que participa aunque moralmente la víctima (la fuerza típica no se da cuando se realizan los actos de violencia sobre terceros que se oponen a que el agente acceda carnalmente a la mujer que ha prestado su consentimiento); pero también la fuerza puede hacerse recaer sobre

un tercero para cumplir con el modo intimidatorio (por ejemplo, castigar al hijo para que la madre se preste a ser accedida).

El chileno Luis Rodríguez dice que: “se entiende por fuerza la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, con el propósito de anular o vencer la voluntad contraria de esta última a la realización del acceso carnal. Dicha violencia puede asumir la forma de *vis absoluta* (fuerza física irresistible), cuando el sujeto pasivo, reducido a la condición de simple objeto, ve anulada completamente su voluntad y su capacidad defensiva; o bien la forma de simples *vías de hecho*, es decir actos de violencia que sin llegar a suprimir totalmente las facultades volitivas y defensivas de la víctima, se ejercen con la amenaza de que, a mayor resistencia que oponga, mayor será también la energía física que el delincuente aplicará en su contra”.¹⁹

El autor Cristóbal Ojeda dice que: “la violencia física se caracteriza por la forma en que los medios empleados obren directamente en el cuerpo de la víctima y que son suficientes para neutralizar la resistencia que ésta debe oponer, resistencia que debe ser seria y constante como lo exige Carrara, es decir, que se mantenga desde que se inician los actos violentos hasta su terminación”. La *fuerza física* obligadamente dejará huellas visibles en la ropa y en particular en las partes eróticas; por eso que la prueba de una agresión por la fuerza recientemente cometida será clara o no existirá, es decir, si existe habrá consecuentemente contusiones, arañazos o desgarró de la vulva y del himen, los cuales estarán sangrando todavía; otras veces no se encontrará nada; la diferencia es porque en el un caso puede tratarse de una mujer virgen, y en el segundo caso de una mujer casada o una prostituta para lo cual será menos probable que se produzcan lesiones. Es posible que la única prueba de penetración emanará de la detección de líquido seminal en la vagina”.

“La energía física aplicada por el hombre para vencer de manera absoluta la voluntad del sujeto pasivo debe ser precisa, bastante eficaz para anular una repulsa que no cede más que a la fuerza. No se requiere –como en alguna época

¹⁹ Rodríguez Collao Luis (ob.cit.), pág. 147.

se exigió- una reacción desesperada o unas notas de gravedad extrema o una actitud defensiva indeclinable donde el menor desfallecimiento o la mínima flaqueza eran datos bastantes para interpretarlos como signos cierto de consentimiento. No puede la ley exigir tanto. Para obtener la convicción contraria es bastante con que la resistencia obedezca a una determinación seria y suficiente expresiva del rechazo de la víctima hacia el acto típico violento, en la medida y proporción de sus fuerzas y estado psicológico para entender la realidad de un sometimiento forzado”.²⁰

Resulta preciso indicar que la fuerza física con la cual se viola es aquella que inicia, acompaña y subsiste por todo el desarrollo ejecutivo de la programación delictiva y no la que sobreviene después. No toda cópula violenta es violación y por ello se requiere un acondicionamiento casual pleno entre el uso de la fuerza y el objeto sexual que se propone alcanzar el autor.

Si la violencia es libremente consentida por la víctima para incrementar la satisfacción sexual de su pareja (brutalidad, perversión sádica), cualquier conducta relevante que se desgrane de esta actividad violenta, es punible y el sujeto responderá por esos comportamientos que en ningún supuesto se integrarán al delito de violación.

El autor Luis Rodríguez dice que, un importante sector de la doctrina sostiene que la fuerza ha de ser ejercida con el propósito de vencer la resistencia de la víctima, afirmación que, por cierto conlleva el convencimiento de que la confirmación del delito presupone alguna forma de reacción en contra del ataque del agresor. Este punto de vista muy enraizado en la tradición jurídica europea, sobre todo gracias al respaldo que en su momento le brindó Carrara, tiene su explicación en la costumbre de concebir la violación como un delito contra la honestidad, y más específicamente en contra de la honra de la mujer, atributo al cual llegó a asignársele un valor igual o superior al de la vida, y para cuya defensa se consideraba como normal que la víctima adoptara una actitud de bravura y coraje

²⁰ Valencia Martínez Jorge Enrique, DELITOS CONTRA LA LIBERTAD Y EL PUDOR SEXUALES, Editorial Jurídico-Andina, Bogotá, 1993; pág. 36.

que nunca se exigió respecto ningún otro delito. Aunque la doctrina contemporánea ha mitigado en gran medida este planteamiento, sigue sosteniendo que la resistencia de la víctima es un requisito indispensable para que se configure la violación. Respecto de aquella exigencia, los autores dicen que debe ser seria y enérgica, claramente expresiva de la voluntad contraria a la realización del acto sexual, si bien no todos exigen que sea desesperada o cercana a los límites de la heroicidad, ni que se mantenga durante toda la ejecución del delito.

En cuanto a la violencia moral, ésta radica en la intimidación del sujeto pasivo. La psicología dice que la violencia moral es un simple medio de naturaleza eminentemente objetiva, en cambio que la intimidación es un estado de constricción del ánimo del sujeto pasivo, es subjetiva. En otras palabras, la violencia moral por sí sola, no es elemento constitutivo del delito, sino que únicamente alcanza esta condición en el caso que intimide. El concepto de violencia moral es genérico, el que amenaza es específico, se puede ejercer violencia moral sobre una persona sin que necesariamente se la amenace.

“La intimidación se constituye por el anuncio de un mal que vaya a sufrir la misma víctima o terceros; trátase, pues, de un supuesto de coacción. Se lo lleva a cabo por medio de anuncios específicos del mal o por el despliegue de una actividad que lo implique; no es suficiente el mero aprovechamiento por parte del autor de una situación de dependencia de la víctima o aún de temor proveniente de las relaciones que se dan entre ellos y que solo pueden funcionar como agravante de una violación en si misma típica, salvo que esas relaciones hayan sido planificadas por el autor expresamente para aprovecharlas a fin de lograr el acceso carnal e importen el ejercicio de una actividad coaccionante (por ejemplo, el concubino que suscita gran temor a las hijas de su concubina para que las mismas no se opongan a sus deseos cuando se los exponga”.²¹

El criterio dominante en esta materia identifica intimidación con amenaza, y define la primera como un acto de violencia moral o vis compulsiva, mediante el cual se

²¹Creus Carlos, (ob.cit. Parte Especial), pág. 184.

da a conocer a la víctima la realidad inminente del daño a que se verá expuesta en un caso de no acceder a los requerimientos del agresor.

Tal como sucede en el caso de la fuerza, existe también un alto grado de consenso sobre los rasgos distintivos de esta modalidad ejecutiva. Así se dice, que la amenaza puede concretarse en palabras o en acciones; que el mal amenazado debe ser inmediato o inminente; que debe ser serio y dotado de una cierta gravedad, que ha de ser injusto o ilegítimo; que puede dirigirse en contra de la propia víctima o de terceros, y que ha de exigir, en fin, una relación de causalidad entre la amenaza y el logro del objetivo que persigue el delincuente.

La intimidación puede presentarse en las siguientes formas: de susto, de alarma, espanto, sorpresa que no se puede vencer, es decir que la violencia moral al igual que la violencia física, es aquella capaz de obligar a la víctima al coito, contra su voluntad, mediante amenaza que produce en ella una intimidación que anula la voluntad como el de matarla, cortarle la cara por ejemplo si se resiste a ser violada.

La intimidación como contrapartida de la violencia física que proyecta una fuerza o energía material a fin de reducir a la víctima, debe incidir en el ánimo o en la libertad psíquica o moral de la persona elegida con tal sobrecogimiento que constreñida ésta por el anuncio de un mal y ante la anulación de su libre determinación interna, sede a las pretensiones sexuales requeridas. Trátese de un caso que supone una actuación enderezada a infundir miedo, temor o pavidéz en la psicología y alma del destinatario para doblegar su resistencia y su auténtico querer. Porque es a causa del amedrentamiento y la violencia moral que el sujeto pasivo accede a la violación.

Restringir el alcance de la intimidación solo a los casos en que el autor hubiere amenazado a la víctima, implica hacer caso omiso del claro texto de la ley y con la clara transgresión del principio de legalidad (al hacer exigible un elemento que el tipo no menciona). Conlleva, al mismo tiempo una limitación injustificada del

ámbito de protección del a indemnidad sexual, porque se restringe la tutela de dicho bien sólo a una parte de los caos en que está presente la intimidación.

El argentino Carlos Creus dice que la violencia o la intimidación tiene que llevarse a cabo para vencer la resistencia de la víctima al acceso carnal o para impedir que esa resistencia se produzca, lo cual requiere la actual resistencia de la víctima o la posibilidad que la despliegue; queda fuera del tipo la violencia cometida durante el desarrollo del acto carnal consentido por la víctima con finalidades extrañas al logro mismo de la cópula (por ejemplo actos de sadismo), así como también “la discreta energía con que el varón vence el pudor de la doncella” que, en realidad, consciente el acceso, aunque le ponga obstáculos referidos a circunstancias que no eliminan el consentimiento (por ejemplo reparos sobre el lugar elegido). Pero sí entran en el cuadro de la violencia o intimidación típicas las que se enderezan a vencer la resistencia de la víctima que se oponen al modo de acceso que pretende realizar el agente cuando ha consentido en hacerlo de otro modo distinto (por ejemplo la mujer que ha consentido en ser accedida por vía vaginal y la fuerza se realiza para accederla por vía rectal).

CAPITULO III: “El Bien Jurídico Protegido”

3.1. La disposición legal

El artículo 512 del Código Penal Ecuatoriano define la violación como 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 14 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.

Por tanto, para que haya violación es necesario el acceso carnal, por lo que no quedarán tipificados dentro de este delito, los actos preparatorios o las acciones violentas que se ejecuten con miras a obtener el acceso carnal, pero que finalmente no se dio, porque pudo haber mediado alguna circunstancia o bien porque el ánimo del sujeto activo, no había la intención de acceder carnalmente.

Los efectos de la violación sexual son la lesión física y la espiritual pues es imposible suponer que ésta no se produzca, por cuanto es un modo de ofender la honestidad, mirada ésta como un derecho a la intimidad, a la reserva sexual que es un derecho del individuo.

La violación es una agresión de carácter sexual que hace sucumbir la libertad individual en un campo respetable, delicado y trascendental.

En la enciclopedia Espasa se encuentra al respecto de esta figura lo siguiente: violación es el acceso carnal con una mujer contra o sin voluntad de ésta, cuando la víctima no hubiere alcanzado la edad de la pubertad. El único reparo a la anterior definición es que se circunscribe a la mujer, lo cual es obsoleto. El hombre también puede ser víctima y resulta más grave aún esa condición.

Algunos tratadistas dicen que los elementos del delito de violación son:

1. Un acto de yacimiento, entendiéndose que yacimiento equivale al acceso carnal; este acceso tiene que ser por vía natural.
2. Que para el yacimiento el sujeto pasivo del delito debe ser mujer.

Este requisito no corre en nuestra ley, de igual que la exigencia candorosa de que el acto sexual debe y tiene que ser normal. Es obvio que una violación en coito contra natura es peor que el primero.

El tratadista Viada da una definición muy clara de lo que es el delito de violación y dice: es el acto carnal con una mujer contra o sin voluntad, cuando está privada de la razón o del sentido o que por cualquier otra circunstancia no pudiera resistir.

Entendiéndose en este concepto que está ausente la voluntad de la mujer cuando fuera ella menor de 12 años, y que carece de discernimiento necesario para comprender la malicia de los actos inmorales, y por tanto, aunque preste conformidad, es siempre inconsciente. También para Viada es requisito que el sujeto pasivo sea mujer, sin tomar en cuenta el trauma supremamente grave para el hombre cuando la agresión sexual ha sido contra él, ya que se une al hecho brutal la consideración de que ella tampoco es normal. De ahí hasta el nombre de coito contra natura.

Nerio Rojas, en su libro de Medicina Legal, dice que: la violencia es el recurso característico en la violación.

Una diferencia radica en la determinación del sujeto activo, del violador. Algunos actores sostienen que puede ser cualquier persona, sin distinción de sexo. Otros, la mayoría se inclinan por considerar como sujeto activo exclusivamente al hombre.

Otra diferencia se relaciona con el sujeto pasivo. Algunos sostienen que sólo la mujer puede ser violada; la mayoría expresa que el hombre y la mujer pueden ser sujetos pasivos de violación.

Comencemos diciendo que el acceso carnal para ser considerado un delito de violación debe ser ilegítimo, es decir no debe existir por parte del sujeto pasivo obligación de soportarlo, ni por parte del sujeto activo derecho de exigirlo.

La desfloración es un dato característico. Ella consiste en la ruptura del himen por acción del miembro en erección. La desfloración es un signo vehemente a favor de la producción de un coito anterior, aunque puede haber coito sin ruptura himeneal y ésta sin que haya habido acceso carnal.

El himen es una membrana fibroelástica recubierta de mucosa en ambas caras y colocada horizontalmente en la entrada de la vagina, en cuya pared se inserta circularmente. Por fuerza, cerrando la entrada, están los dos pequeños labios y más exteriormente los grandes labios bulbares.

De otra parte, no todos los doctrinarios coinciden en que la violación necesariamente implique acto sexual, algunos creen que ella se puede consumir solamente con frotamientos genitales que tengan la intención de llegar a la cópula aunque ésta no se la concrete.

Distinciones de menos contraposición las encontraremos en aquellas que consideran a la eyaculación como necesaria para la consumación del acto violatorio, la utilización de objetos o de la mano reemplazando al pene o vagina como manera de efectuar la violación, algunos consideran que la violación física debe ser causada directamente por la persona violadora o a través de una tercera persona, lo propio se habla de la intimidación; otros consideran a la desfloración como elemento indispensable de este ilícito.

La tipificación de la violación sexual en la mayoría de los códigos penales de la región, no da cuenta de su complejidad, más bien ha sido reduccionista porque en general las normas aluden a la penetración vaginal con el pene. La violación sexual es bastante más compleja y se produce en diversas circunstancias, en condiciones de conflicto armado, en regímenes democráticos, y les sucede a hombres y mujeres de todas las edades independientemente de su origen étnico o de su condición de clase.

Para el tratadista chileno Luis Rodríguez “en el derecho comparado son varias las formulas empleadas para referir el núcleo conductual de la violación. Algunas de ellas conservan un sesgo marcadamente genérico, como la locución tener cópula que utiliza el artículo 164 del Código Penal Portugués o la cláusula cualquier acto e penetración sexual, de cualquier naturaleza que sea utilizada por el artículo 222-23 del Código Penal Francés. En el extremo opuesto, algunas legislaciones utilizan fórmulas descriptivas, como la cláusula acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos por las dos primeras vías, que contempla el artículo 182.1 del Código Penal español”.

El acto sexual practicado en cualquier persona o por cualquier medio puede ser considerado lícito, exceptuando la violación presunta, si existe voluntad de las dos

partes; la falta de consentimiento objetivamente determina o presumible, convierte a todo acto sexual en delito de violación.

La falta de consentimiento debe ser objetiva, en el sentido de que no es necesario que ella sea permanente y en igual medida que la violencia ejercida sobre quien resiste, como pretenden algunos autores. En muchas ocasiones la falta de consentimiento puede ser anulada y dar paso a la voluntad ya sea por miedo, condiciones físicas de la víctima, en estos casos se mantiene la violación puesto que el consentimiento se haya viciado.

Definitivamente, hay que desterrar desde luego el concepto de virginidad en los elementos típicos del delito de violación. Este se concreta terminantemente en el acto sexual con fuerza, que es la violación por antonomasia más otros casos, con circunstancias que se equiparan a ella, como la falta de sentidos o la minoría de edad.

Del punto de vista social se dice que la violencia es el resultado espontáneo de la situación de injusticia y opresión existente entre unos individuos y otros. Estado sobre individuos, colectividades o grupos sociales, sean cuando actúan en ejercicio ilegítimo o abuso de poder. La violencia es el aspecto jurídico penal vinculado con la estructura del delito es una modalidad de conducta humana, individual o colectiva que, puede manifestarse con fuerza contra las personas o cosas que la resistan; otorga al hecho típico una naturaleza especial que se refiere a dicha modalidad de la acción. La violencia no es entonces elemento esencial de la conducta tipificada por la ley, pues también se manifiesta en el resultado.

De acuerdo a los criterios de Eusebio Gómez y Moreno Soler, acceso carnal significa penetración, indicando que la vía natural, o según natura es la vaginal y que la vía contra natura está representada por el intestino o la cavidad bucal, produciéndose por lo tanto el coito anal o el coito oral, que son las dos formas de conjunción carnal contra natura.

La materialidad de delito de violación está representada por el acceso carnal con persona de uno u otro sexo. Para que haya tal acceso no es necesario que se

haya verificado una cópula normal o completa. Como indica Mancini, basta un acto por el cual el órgano genital sea introducido en el cuerpo del otro por vía anormal o normal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo.

Si bien es cierto que el tipo no lo menciona de modo expreso, es indudable que la ausencia de voluntad de la víctima es un requisito subyacente a la violación. Porque, en el primero de aquellos casos, el empleo de fuerza o intimidación solo puede explicarse frente a una voluntad contraria (o que el delincuente supone contraria) a la realización del acceso carnal; lo mismo que en el segundo y en el tercer supuesto, la situación es que debe encontrarse la víctima es reveladora, o bien de la imposibilidad de consentir a la realización del acto sexual, o bien de la imposibilidad de llevar a cabo acciones completas de oposición a los designios del delincuente. La ley ecuatoriana considera que los menores de 14 años no están capacitados para consentir válidamente la realización de comportamientos de índole sexual.

La ley entiende que falta el consentimiento de la víctima en cuatro casos: cuando se usa fuerza o intimidación; cuando el sujeto pasivo se encuentra privado de sentido, o se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia; cuando se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima; y cuando ésta es menor de 14 años.

“Ya en los textos romanos se diferenciaba la relación sexual con consentimiento de la que provenía de una agresión que la convertía en naturaleza *crimini vis*. En la actualidad, el placer sexual corresponde a un desesperado hedonismo deshumanizado, que tiene mucho que ver con el relajamiento de las costumbres y con el escape de las drogas. El legislador, ha hecho muy bien de asignar a la violación cualquiera otra agresión sexual consistente en la introducción de objetos distintos al miembro viril. El artículo 512 define a la violación como *el acceso carnal, con introducción parcial o total del miembro viril, por vía vaginal, anal o bucal... etc.* En este artículo innumerado, se establecen las mismas penas para la

introducción de cualquier objeto, pero solamente por vía vaginal o anal (nótese se ha suprimido la vía oral)".²²

De acuerdo a los diversos criterios que hemos visto, diremos que el acceso carnal se configura:

- a. Cuando hay introducción de órgano masculino en la vagina, aunque aquella no sea completa, o por otra vía, como la anal o bucal.
- b. No es indispensable ni la eyacuación seminal ni la desfloración.
- c. Víctima de acceso carnal y por tanto violación puede ser un hombre o una mujer, en razón de que el coito puede llevarse a cabo por vía normal o anormal. Ya se dijo que para la violación no hay condiciones de sexo, edad, morales, ni de ninguna clase en la víctima.

3.2. Protección de la libertad sexual

La libertad es la facultad que compete a todo hombre de ejercer en su provecho las actividades propias sin violar el derecho de los demás. La ley penal brinda seria protección a la libertad, en muchas de sus manifestaciones; o dicho de otro modo, sanciona los hechos tendientes a menoscabar la libertad, aunque no todos.

Normalmente se postula que la libertad sexual es una parte o dimensión de la libertad, en tanto que atributo inherente a la persona; en otras palabras sería la propia libertad general del individuo, pero referida a un ámbito concreto de su actividad: la esfera sexual. En este sentido, se la define como "facultad de disponer del propio cuerpo sin más limitaciones que el respeto por la libertad ajena y, al mismo tiempo como facultad de repeler las agresiones sexuales de otro". Con base en este planteamiento, la doctrina suele distinguir dos grandes aspectos o dimensiones de la libertad sexual: uno *positivo o dinámico*, que alude a la libre disposición por la persona de sus potencialidades sexuales (es decir, la facultad de ejercer libremente cualquier forma de comportamiento sexual, en las

²² Torres Cháves Efraín (ob.cit. Volumen IV), pág. 113.

circunstancias y con la persona que cada cual desee, o bien de abstenerse de su ejecución); y otro negativo o estático, representado por el derecho de la persona a no verse involucrada, sin su consentimiento, por otro individuo en un contexto sexual.

Cristóbal Ojeda dice que la libertad sexual es el bien jurídico tutelado, pues no perdamos de vista este concepto: en la violación su esencial característica configurativa tiene como blanco exclusivo a que se dirige aún ponerse de parte de la persona que “violentada” se resiste mediante un rotundo no. Tanto es así que una prostituta puede ser violada, incluso dentro del mismo lupanar donde ejerce su oficio de pupila. Le bastará con decirle a un cliente “contigo no me da la gana de acostarme” para que si éste ejerce sobre ella violencia física o moral hasta el logro de su deseo, queda perpetrado el delito de violación.

“Desde un punto de vista político-criminal, la inmensa mayoría de los autores plantea que la estructuración de los delitos sexuales debería efectuarse en torno al concepto de *libertad sexual*. Como tal planteamiento ha orientado el proceso de forma de este sector del ordenamiento durante las últimas décadas en Europa y, en menor medida también en Iberoamérica, no es de extrañar que numerosos textos penales lo hayan acogido; incluso de modo expreso, como ocurre en España, cuyo Código no solamente lo menciona en el epígrafe del título respectivo, sino que además describe la conducta del actual delito de agresiones sexuales como *atentar contra la libertad sexual de la persona*”.²³

Como ya ha sido dicho, el de intimidad es un concepto con connotaciones estrictamente espirituales: alude a la facultad que tiene todo individuo de mantener una zona reservada para sí, protegida de cualquier interferencia o intromisión, en la que solo podrán inmiscuirse quienes fueren expresamente autorizados por su titular. Referida al ámbito de lo sexual, la noción de intimidad alude, específicamente al espacio vital que cada cual deja para sí, en todo lo que respecta a las manifestaciones del instinto carnal; de manera que se afecta la intimidad sexual de un individuo cada vez que alguien cruza el umbral de aquella

²³ Rodríguez Collao Luis (ob.cit), pág. 60.

zona de reserva, con el propósito de involucrarlo en un contexto lúbrico, ya en calidad de actor, ya en la de simple espectador.

“La libertad sexual, entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante sí y frente a los demás integrantes de la comunidad de su propio sexo con libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad.

Su esencia se cifra en la facultad de decir, soberanamente, la realización o tolerancia de sus funciones venéreas conforme a sus propios y personalísimas valoraciones y en la de rechazar actos de injerencia ajena o supuestos de fuerza o intimidación o cualquier otra pretensión externa en donde se comprometan sus instintos, atributos y potencialidades sexuales y se coloque en entredicho el libre ejercicio de su autonomía individual y su propia capacidad de decisión”.²⁴

“El delito de violación no protege la virginidad ni la honestidad, sino la libertad sexual”; “que el bien jurídicamente protegido por el legislador, al estatuir el delito de violación, es la libertad sexual de cualquier persona, por lo que el hecho de que la ofendida no hubiese sido virgen, no excluye de responsabilidad al sujeto activo de la infracción”; que “siendo la violación un delito que atenta contra la libertad y seguridad sexuales, la forma en que la víctima puede oponer resistencia al yacimiento impuesto, requiere facultad de defenderse para frustrar el ataque y es incuestionable que no habrá tal posibilidad si, por alguna circunstancia la parte ofendida no puede resistir, por lo que, si la ofendida no pudo oponer resistencia al yacimiento, debido a la debilidad mental que presentaba, o sea, que si biológicamente podría ser púber, mentalmente tenía edad infantil, fue correcta la equiparación el acto consumado por el agente al delito de violación propia”.²⁵

Es pues, la libertad sexual individual, como se ha señalado por todos los autores que se han ocupado repetidamente de la materia, el bien que se adecúa a la

²⁴ Valencia Martínez Jorge Enrique (ob.cit), pág. 21.

²⁵ Petit Candaudap Celestino Porte, ENSAYO DOGMATICO SOBRE EL DELITO DE VIOLACION, Editorial Jurídico-Andina, cuarta edición; pág. 31.

protección del delito en estudio. En definitiva, respeta y preserva el legislador el derecho que tiene el ser humano de copular o de agotar las formas inimaginables del placer erótico con la persona que su voluntad señale, el de negarse a ejecutar las funciones de su sexo con quien no fuere de su agrado y aún, el de prescindir en términos absolutos de toda actividad genésica.

En este sentido se ha sostenido que una percepción de las agresiones sexuales acorde con el estado actual de nuestra cultura debe considerar el crimen sexual estrictamente como una injuria a la integridad física y psíquica y a la libre decisión de la víctima, y no una injuria a la pureza o castidad de ella, ni al honor de algún varón. Sin embargo la aseveración no es cierta y peca de ignorancia pues tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional habían determinado qué bienes jurídicos se protegían en cada uno de los tipos penales que integran el título. De manera que más parece una demagógica afirmación que un dato objetivo surgido de la realidad.

No obstante, cabe a la nueva rúbrica similar crítica a la que formuláramos al concepto de “honestidad”. No es aceptable un Derecho Penal que no tutele bienes sino normas éticas o morales, o, lo que es lo mismo que no garantice bienes jurídicos sino que indique la manera en que habrán de usarse esos bienes aún cuando de su uso diferente no derive afectación alguna de bienes jurídicos ajenos.

“El bien jurídico objeto de la tutela penal en el delito de violación, concierne esencialmente a la libertad sexual contra la que el ayuntamiento impuesto por la violencia, constituye el máximo ultraje, ya que el agente activo realiza el acto sexual, bien por la fuerza material en el cuerpo del pasivo, anulando así su resistencia, bien por el empleo de amagos, constreñimientos psíquicos o amenazas de males graves, por lo que se le impide resistir, independientemente del hecho de que el uso de esa violencia, no haya dejado huellas materiales en el cuerpo de las ofendidas”.²⁶

²⁶Petit Candaudap Celestino Porte (ob.cit), pág. 32.

En todos estos casos la ley tiene en cuenta la ausencia del consentimiento de la víctima, ya porque sus circunstancias o calidades le impiden prestarlo válidamente, ya porque el modo de actuar de la gente implica su eliminación; en tal sentido, mediando una suplantación de la voluntad de la víctima por la del agente, podemos opinar que estamos en presencia de un delito que protege la libertad sexual, la cual se vulnera invadiendo ilícitamente la esfera de reserva propia de ese ámbito de la persona, en la que ella, consciente y libremente, puede permitir penetrar a quien desee e impedir que otros lo hagan.

Dentro de este mismo contexto, algunos plantean que, en vez de libertad sexual, es preferible hablar aquí de *inviolabilidad sexual*, denominación esta última que permitirá comprender tanto las acciones socialmente permitidas como aquellas que la conciencia social reprueba (por ejemplo, las relaciones homosexuales), respecto de las cuales en rigor, no cabría hablar de una libertad para ejecutarlas. Esta opinión, seguramente por fundarse en una concepción moralizante del objeto de tutela, no ha concitado un nivel de adhesión especialmente significativo.

3.3. Punibilidad

Casi es un axioma, el afirmar que toda violación produce graves perturbaciones en la salud de la víctima. Pocas de éstas superan el trauma vivido y casi todas llevan el espectro del atropello para toda la vida.

Pero lo que aquí se prevee es una gravedad desde el punto de vista médico en estricto sentido, o sea, una enfermedad de cuidado, un deterioro muy importante de la salud, un estado de peligro de la vida.

La grave perturbación en la salud tiene que ser resultado o consecuencia de la violación. Esta es la que debe producir la enfermedad, en relación lógica y directa.

El artículo 513 del Código Penal Ecuatoriano expresa que el delito de violación es reprimido con reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, cuando la víctima fuere menor de 14 años; y con reclusión mayor extraordinaria de 12 años

cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido por enfermedad o por cualquier causa que no pudiera resistirse; o cuando se usare la violencia, amenaza o intimidación en la ejecución del hecho injusto o ilícito.

El artículo 513 establece las penas para esta clase de delitos. Al respecto cabe señalar que existe diversidad de criterios; unos consideran como positivo para la sociedad al aplicar mayores penas, inclusive han pensado en reeditar la pena de muerte, otros participan de las penas establecidas en la actualidad. Sobre esto, se considera que la mayor o menor penalidad no va a intimidar a los violadores ni tampoco eliminará las causas para que sigan produciéndose las violaciones; ellas obedecen como se ha explicado, a condicionamientos propios de la sociedad.

De acuerdo a los criterios de Eusebio Gómez y Moreno Soler, acceso carnal significa penetración, indicando que la vía natural, o según natura, es la vaginal y que la vía contra natura está representada por el intestino o la cavidad bucal, produciéndose por lo tanto el coito anal o el coito oral, que son las dos formas de conjunción carnal contra natura.

La materialidad de delito de violación está representada por el acceso carnal con persona de uno u otro sexo. Para que haya tal acceso no es necesario que se haya verificado una cópula normal o completa. Como indica Mancini, basta un acto por el cual el órgano genital sea introducido en el cuerpo del otro por vía anormal o normal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo.

El artículo 514 del Código Penal Ecuatoriano dice que si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada se aplicará la pena establecida en los numerales 2 y 3 del artículo 513 en relación con el 512 y se le produjere la muerte la pena será de reclusión mayor especial.

Para el tratadista ecuatoriano Torres Chávez, las modernas investigaciones criminológicas han puesto de manifiesto que la situación descrita por la ley no es unitaria, porque en la realidad se da una gradación de matices que afecta considerablemente a la gravedad del hecho, y no siempre encuentra un correctivo adecuado en las circunstancias modificativas. Desde el hecho brutal, que sin

duda, contempla el legislador, del asalto a una mujer indefensa, hasta la empleada que por venganza provoca a uno de los directivos con el propósito de resistir, in extremis y acusarle de violación intentada o consumada, pasando por la inconsciente provocación de la mujer que transita a horas inadecuadas por un lugar solitario, hay toda una gama de situaciones que pueden alertar grandemente el fundamento de la desaprobación social de la conducta y con ello la reprobación jurídica.

El Derecho Hebreo establecía distinciones en cuanto a la sanción que se debía aplicar a los violadores; así, si la víctima estaba por contraer matrimonio su victimario merecía la pena de muerte, la misma que inclusive se extendía a los familiares más allegados del autor. Si la persona violada no se hallaba en estas circunstancias mencionadas, el castigo se reducía a una pena de carácter pecuniario y se obligaba al violador a contraer matrimonio con la agraviada.

Cuando la víctima puede oponer resistencia, los violadores, en su afán de conseguir el acto sexual utilizan narcóticos, los mismos que al ser ingeridos por la víctima ya sea a través de bebidas o alimentos servidos por el victimario, pueden facilitar la consecución de los fines que persigue este individuo. Existen discrepancias entre los autores sobre la eficacia de los narcóticos para eliminar la conciencia de las personas; sin embargo debemos decir que la narcotización provoca un estado de ánimo que hace perder la inhibición psicomotora, es un estado parecido a la embriaguez y más prolongado que el sueño natural, en estas circunstancias, es posible el acto sexual.

Ure y Soler sostienen la tesis de que entre la acción del autor y las lesiones existe una relación culposa, por lo tanto se daría una relación semejante a los delitos preterintencionales. Afirma el primero de ellos que es de la esencia de las mismas que el resultado agravante no haya sido querido ni buscado por el autor, y Soler, que la voluntad dirigida al resultado previsto por la violación agravada importaría la comisión de otro delito que concurriría materialmente con la violación, existiendo en cambio en estos casos, entre la acción principal del agente tendiente a la

violación y el posterior resultado, “una relación de producción meramente culposa”.

La ley ha incorporado como agravante el daño a la salud mental de la víctima, lo que deberá ser entendido como un plus mayor al normal daño que se ocasiona habitualmente al sujeto pasivo. Éste va a ser un punto de discusión en la doctrina y en la jurisprudencia, porque no hay duda de que el resultado mediato de todo abuso sexual es un daño en la salud mental o psíquica de la víctima. De modo que hay que darle contornos precisos a esta agravante, ya que de lo contrario nunca se podría dar el tipo básico.

El autor argentino Carlos Creus dice que la gravedad del daño es un criterio relativo que atañe al desequilibrio fisiológico causado por el hecho de la violación (no lo es, por ejemplo, el resfrío a raíz de la exposición al rocío nocturno al que fue sometida la víctima durante la consumación del hecho, pero si puede serlo una infección pulmonar; puede no serlo la leve infección de los órganos genitales a consecuencia de la penetración en condiciones poco higiénicas, pero lo es el contagio de una enfermedad venérea que sufría el actor sin saberlo).

La referencia de la ley al grave daño en la salud parece excluir los daños en la estructura corporal, lo cual no es del todo exacto: únicamente quedan excluidos de la agravante y absorbidas por el tipo básico de violación los daños estructurales que carezca de toda influencia fisiológica, aunque sea temporal, o los que la tienen de escasa importancia según aclaramos precedentemente.

La violación se agrava cuando el acceso carnal ilegítimo constituye, a la vez, una relación incestuosa, lo cual ocurre si el hecho lo comete un ascendiente, descendiente, afín en línea recta o hermano. Puede tratarse de un parentesco fundado o no en el matrimonio (vínculo de sangre). El carácter de hermano lo posee tanto el bilateral como el unilateral.

El dolo de la agravante exige en el agente el conocimiento del vínculo que lo une con la víctima; la duda sobre dicho vínculo equivale al conocimiento (admitir la

posibilidad de violar a quien está unido por el vínculo, aunque sin saberlo con certeza).

Para el tratadista argentino Edgardo Alberto Donna la agravante que conlleve la muerte sólo contempla los casos en que haya existido en el autor dolo directo de primer grado o de segundo grado, y el dolo eventual.

En cambio, cuando el autor seleccionó el abuso sexual como medio para matar a la víctima, no habrá agravante, sino ambos delitos (abuso sexual en cualquiera de sus formas y homicidio), los que concurrirán realmente. Cuando la muerte es el medio para conseguir la consumación del hecho típico del modo que lo quiere el autor, aquel concurrirá con el homicidio siempre que la violación se produjera mientras, por ejemplo la víctima estuviera agonizando.

El artículo 515 del Código Penal Ecuatoriano dice que el mínimo de las penas señaladas por los artículos precedentes será aumentado con cuatro años.

Si los responsables son de los que tienen autoridad sobre la víctima.

Si son institutores, o sus sirvientes, o sirvientes de las personas arriba designadas;

Si el atentado ha sido cometido sea por funcionarios públicos, o ministros del culto, que han abusado de su posición para cometerlo; sea por profesionales de la salud y personal responsable en la atención y cuidado del paciente, comadrones o practicantes, en personas confiadas a su cuidado y,

Si en los casos en que el culpable ha sido auxiliado en la ejecución del delito por una o muchas personas.

La violación se presenta más agravada con las condiciones que aquí se establecen: ascendientes, descendientes, hermanos o afines de la víctima (la persona en quien ha sido cometido el atentado), o tiene una autoridad sobre ella o son institutores, sirvientes, funcionarios públicos o sacerdotes que se han aprovechado de su situación para cometer el ilícito, palabra ésta que no equivale a tentativa sino a delito que bien puede ser consumado.

Es encargado de la educación de la víctima el que de modo más o menos regular, por función o convención, instruyen a la víctima en cualquier materia o guían su trato y la formación de su personalidad en un ambiente de estudio, aunque no tengan como tarea específica la de enseñar una materia o actividad determinada.

La calidad de Ministro de Culto se extiende a todo ministro de una religión.

La sola calidad sitúa al autor en la agravante, aunque esa calidad no sea conocida por la víctima; para otros, por el contrario, es necesario que por lo menos, exista alguna relación entre el autor y la víctima derivada de la calidad de aquel, aunque más no sea que el simple sentimiento de respeto que inspira la víctima el conocimiento de dicha calidad.

El que de modo regular cuida la persona de aquella, atendiendo sus necesidades o ciertos aspectos de las mismas, aunque no conviva con ella y se trate de un encargo que no se desempeña con continuidad, puede ser un encargo originado en la función como el director de un hospital u originado en una convención, como el enfermero contratado, o en una situación de hecho que hasta puede tener un arranque ilícito como el que ha secuestrado a un menor.

3.4. Etapa de la acción delictiva

Ya dijimos que el proceso delictual de la voluntad, es decir el pensamiento o idea, está constituido y se lleva a cabo en la mente del sujeto, y se divide en actos internos y actos externos; estos últimos determinados por actos preparatorios y actos de ejecución.

Mira y López, “psiquiatra muy sabio las pone seriamente a estas etapas o fases de la manera siguiente: intelección o ‘gnosis’ –deseo o tendencia- deliberación o duda (lucha de motivos –intención- propósito (o delito potencial, esto es: diferido) –decisión- realización o ejecución”.

“El Profesor José María Rodríguez de Vesa, catedrático de derecho penal, en su importante obra de Derecho Penal Español, opina que la violación es un ataque a la moral sexual individual. Recuerda que Binding, empleó el término honor sexual para designar el bien jurídico protegido, pero con mucha razón estima que dicho concepto se ha transformado hoy en libertad sexual porque si la violación es punible con independencia de la reputación de la mujer, es absurdo y conceptualmente equivocado, hablar de una lesión del honor.

Lo decisivo, evidentemente como dijera Rodríguez de Vesa, es que la ley acuda en defensa del individuo tan solo cuando la voluntad de éste es contraria a la realización de los actos sexuales y en razón, precisamente a que se trate de actos inmorales”.²⁷

Si se dice que el delito nace desde que el sujeto lleva a cabo su concepción y a través de todo el proceso psicológico va tomando cuerpo configurando así cada una de las posibles facetas de la culpabilidad. Siendo así diremos, entonces, que: el primer momento de la transgresión o delito comienza naturalmente, con la idea de cometerlo. A este momento se le llama *ideación* o *concepción*.

Para el autor chileno Luis Rodríguez la determinación del momento en que se consuma la violación dista mucho de ser un tema pacífico, pudiendo perfilarse, al menos, tres criterios fundamentados a propósito del acceso carnal por vía vaginal, pero cuyas conclusiones son perfectamente aplicables a las restantes formas comisivas del delito de violación.

En el extremo opuesto, el criterio identifica el momento consumativo de la violación con el acto fisiológico de la eyaculación. Tal como ocurría con el criterio anterior, tampoco son fundamentos dogmáticos los que se invocan en apoyo de esta posición, sino una razón eminentemente práctica: lo difícil que resulta probar la introducción del pene, si ésta no va acompañada de la emisión seminal.

El criterio que goza de mayor aceptación en nuestros días es el cual no se conforma con el simple contacto o conjunción de los órganos genitales del sujeto

²⁷ Torres Chávez Efraín (ob.cit), pág. 116.

activo y de la víctima, sino que demanda la efectiva introducción del pene en la vagina, el ano o la boca del sujeto pasivo. Esta posición, es la que más se aviene con el texto de la ley porque acceso, en la aceptación que aquí resulta pertinente, significa entrada o introducción de un cuerpo u objeto en un determinado sitio, y no el simple contacto.

“Tomando para el ejemplo el tipo corriente de transgresor legal, podemos agregar que esta es su caminata delictiva. Todo empieza con la intelección, unas veces nítida y otra difusamente imprecisa. El futuro delincuente la percibe como una nubecilla que atraviesa su mente. Tras la intelección, o concepción, de la idea delictiva, pasa a una segunda etapa: a la representativa. El sujeto, del ejemplo, realiza su ‘composición de lugar’ representándose en su imaginación el cómo y el cuándo ‘dar el golpe’. La ‘tentación’ se va cargando de energía ‘crimino-impelente’, y cada vez, con mayor gusto, ‘acaricia’ la idea... La tercera etapa es la deliberativa ‘cuando el agente ha verificado el fin, ha previsto el acontecimiento futuro, aún queda algo más por comprobar por él: valorar el interés en comparación con el interés ajeno; separar el bien y el mal y elegir entre ambos. De esta forma se lleva a cabo un juicio de valor donde ‘compiten el sí y el no’ en la mente del sujeto”.²⁸

La conducta en este delito supone la penetración corporal del órgano sexual masculino en las cavidades receptoras –anal o vaginal- de otra persona en circunstancias que haga posible el coito en forma total o parcial y así, diferentes contactos lúbricos que no comporten nexo entre el pene y los órganos genitales referidos, son actividades que pese a la pretensión de su equivalencia funcional con el acceso no representan ni con mucho el modelo de esta fórmula legal.

Acceso carnal, en consecuencia es sinónimo de introducción del pene en la vagina, el ano o la boca de la víctima; y existe pleno acuerdo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en orden a que la penetración *no requiere ser completa*, lo cual equivale a decir que para tener por consumada la violación basta

²⁸ Ojeda Martínez Cristóbal (ob.cit), pág.99.

con que una parte del pene haya ingresado en el interior de alguna de las cavidades anteriormente nombradas.

El tratadista Valencia Martínez dice: “si para la comprensión legal del acceso es indispensable el acoplamiento carnal de dos sujetos forzador y forzado, el simple acercamiento, la mera aproximación o el puro contacto externo del miembro con las partes pudendas de la víctima, no son bastantes para integrar la noción y naturaleza de este delito. Sigue siendo esencial la penetración física del órgano masculino por orificio normal –*secundum natura-* o *anormal –contra natura-* de la persona elegida sin que haga falta la plenitud fisiológica del acto, o la íntegra copulación o la total posesión de la víctima y menos la eyaculación. Tampoco importan las secuelas de la relación sexual violenta (desfloramiento, existencia de embarazo, posterior alumbramiento, lesiones causadas, etc.) a no ser que el legislador las erija en circunstancias de agravación punitiva. Naturalmente que se requiere algo más que el simple contacto genital y así es bastante la penetración parcial, incompleta, superficial o poco profunda del miembro viril, sea por oposición de la víctima o por causas de otro orden”.²⁹

La acción delictiva vendría a ser la determinación hacia lo ejecutivo del hecho delictivo, en tal momento, se libera de la tortura de sus dubitaciones, que existe en todo planteamiento criminal. El propósito ha dado paso a la decisión, que es ya acción en marcha hacia la perpetración de lo propuesto.

“Los romanos, maestros en el Derecho, tenían ya un aforismo penal que era como la base de todo mecanismo punitivo. El aforismo, que naturalmente lo expresaban en latín, era éste: *Cogitationis poenam nemo patitur*, lo que significa: *El simple querer no es impune*, o más libre y claramente traducido: *Lo simplemente pensado y querido no constituye a un delito*”.³⁰

La cuestión del acceso carnal, abarca tanto el coito heterosexual vaginal como el coito heterosexual anal. La explicación de la ley “por cualquier vía” tiene este

²⁹ Valencia Martínez Jorge Enrique (ob.cit), pág. 34.

³⁰ Ojeda Martínez Cristóbal (ob.cit),pág.105.

sentido de no habilitar analógicamente y con una interpretación absolutamente ilógica otras aberturas del cuerpo, y no sólo la boca. Porque en este punto, la doctrina que avala esta posición no explica el motivo por el cual la expresión “cualquier vía” no habilita otras partes del cuerpo, como ser la oreja, una herida, etc.

Francisco Muñoz Conde dice que la introducción de objetos requiere como su propio nombre indica, que el objeto en cuestión (palo, botella, dedo, etc.) sea introducido en una de las cavidades anal o vaginal. El acceso carnal por penetración de miembro viril exige para su consumación siquiera un mínimo de penetración del pene en la cavidad vaginal, anal o bucal. Pero dificultades probatorias probablemente hagan requerir en la penetración bucal la eyaculación.

3.5. Antijuridicidad y culpabilidad

La antijuridicidad según el autor Esteban Righi es determinar bajo qué condiciones se puede afirmar que una acción típica es además contraria al derecho, lo que presupone que ya ha quedado establecido que el hecho está objetiva y subjetivamente subsumido en un tipo legal, lo que solo establece una presunción de ilicitud. Es que de la afirmación de que un comportamiento es típico no se deriva necesariamente su antijuridicidad, pues la referida presunción cede cuando el derecho contiene una norma que autoriza la comisión de ese hecho. A esas normas se las denomina causas de justificación, por lo que pueden ser definidas como autorizaciones o permisos para realizar un tipo legal.

Una acción típica solo es antijurídica cuando no está amparada por ninguna norma jurídica, con lo que antijuridicidad es igual a ausencia de justificación: no puede ser contraria al orden jurídico una acción cuya realización está permitida por el derecho.

“Pero ciertos sujetos, por las particulares relaciones que se dan entre el pasivo y el activo, plantean situaciones que tienen que tratarse específicamente: son aquellas

en que resulta exigible, por parte del último, la prestación de un débito sexual por el primero. Tales son las relaciones conyugales, concubinarias y de meretricio. Anticipadamente y en general en todos estos casos, el sujeto pasivo habría prestado su consentimiento para ser accedido carnalmente: la esposa en virtud del mérito conyugal incluido en sus obligaciones matrimoniales; la concubina porque la cohabitación implica la realización de la cópula; la prostituta que comercia en un prostíbulo porque su presencia en el lugar (de acuerdo con las leyes y reglamentos) importa el ofrecimiento promiscuo de su cuerpo para que los clientes la accedan carnalmente por un precio. ¿Comete violación el esposo, el concubino o el cliente que ha pagado el precio del acceso, cuando acceden carnalmente a la esposa, concubina o meretriz?³¹

Un sector de la doctrina considera que, además del dolo, el delito de violación exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo consistente en un ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual. En nuestro concepto, el solo hecho que el tipo no contenga una exigencia especial en tal sentido, es motivo suficiente para descartar la pretensión de incluir por vía interpretativa un elemento que la ley no demanda.

El autor Valencia Martínez dice que la institución del matrimonio confiere derechos y prerrogativas al marido pero entre ellos no está ni podría estarlo el que la mujer acceda a sus compromisos conyugales en contra de su voluntad y a su ámbito de dominio autónomo. El incumplimiento de este deber cuanto determinante de un acto opuesto a los fines del matrimonio, tiene adecuada respuesta y tutela frente a las regulaciones civiles o eclesiásticas que tienden a la acción de nulidad del matrimonio, disolución del vínculo, divorcio, etc. La utilización de las vías de hecho es ya otra cosa y la violación es conducta que deviene punible al vulnerarse la libertad individual y la propia autodeterminación de la mujer.

La unanimidad de los autores contemporáneos niega que en este caso se de una situación de ejercicio legítimo de un derecho (y que, por esto mismo resulte

³¹Creus Carlos (ob.cit), pág. 187.

excluida la antijuridicidad), básicamente porque el supuesto derecho al débito conyugal, al no estar regulado en el ordenamiento positivo, es una figura jurídica inexistente; y más aún, aunque tal derecho existiera, su ejercicio no podría considerarse lícito en caso que el marido ejerciera fuerza o intimidación en contra de su cónyuge.

El delito de violación importa un atentado en contra de la capacidad de autodeterminación, de manera que lo único que se requiere para ser sujeto pasivo de esta infracción es el hecho de tratarse de una persona libre para decidir en cuanto al ejercicio de la actividad sexual, y esta cualidad, que corresponde a todo ser humano no se ve afectada por el matrimonio, el cual no impone a los cónyuges una reducción de su libertad de decisión en el campo de las relaciones sexuales.

“Belluscio dice sobre el débito conyugal que: ‘no lo alude la ley argentina pero no se puede dudar de su existencia, deber que hace al cumplimiento de fines esenciales de la unión de la pareja humana –como son la satisfacción del instinto sexual y la perpetuación de la especie- y que justifica la sujeción al deber de fidelidad. Por lo tanto, aún no expresado específicamente en los textos legales, el débito conyugal existe y su incumplimiento injustificado puede fundar sanciones civiles”. Sobre la base de ello la doctrina ha sostenido que ‘el marido tiene derecho a exigirle a la esposa el acceso carnal natural, y su violencia o abuso para poseerla no lo vuelven reo de violación, aunque lo responsabilicen por los delitos que puedan consumar (lesiones) e importen un ejercicio arbitrario de su derecho’”.³²

Estando comprendido el acceso carnal entre las obligaciones legales que debe cumplir la esposa, el practicado por el esposo no constituye violación punible: no hace otra cosa que ejercer el derecho que como tal le compete.

Pero esto es exacto mientras el acceso no trascienda los límites del débito conyugal; no así cuando suponga un requerimiento abusivo donde tal derecho falta, sea por el modo con que se pretende mantener la cópula (por ejemplo por

³²Donna Edgardo Alberto (ob.cit. Tomo I), pág. 581.

vía anal) sea por los peligros que puede implicar para el sujeto pasivo (por ejemplo evitación de contagios, o de daños en las relaciones sexuales pre o post parto), así como también cuando puede considerarse que agravia el pudor de la esposa.

“En el caso de los concubinos el acceso es jurídicamente exigible y es por tanto posible la violación carnal del hombre sobre su querida cuando ésta se niega a tolerar relaciones sexuales, la presencia de este vínculo por más estable, notorio y permanente que sea no genera derechos al varón para acceder a la mujer por medio violentos.

La convivencia no determina ningún deber jurídico a las prestaciones carnales ni tampoco concede derechos maritales si éste concubinario conociendo la negativa de la mujer al acceso, ejerce actos de violencia sexual, su conducta incidirá en el plano de lo ilícito penal. El vínculo de afinidad natural que crea esta unión extra-legal puede en cualquier instante concluir y la concubina así esté sexualmente ligada al hombre es libre de oponerse a la cohabitación. Si la fuerza, incurriera en delito al igual que en el matrimonio”.³³

La opinión de la postura negativa de la existencia de violación cuando el acceso carnal se llevara a cabo mediante abuso o violencia, ante la negativa de la esposa, entiende que si bien no existe un derecho legal del hombre de acceder a la mujer, tal situación –la del concubinato- hace presumir el consentimiento de ésta.

Sin embargo, consideramos, tal como se ha analizado en el caso de la mujer casada, que la falta de voluntad de realizar el acto sexual y su consumación mediante violencia colocan al concubino dentro del tipo penal de violación, toda vez que el bien jurídico lesionado es la libertad sexual.

Carlos Creus dice que parte de la doctrina sostiene que no habiendo una obligación legal de prestarse al acceso, el concubino cometería violación al acceder a la concubina; para otros la situación es similar a la del matrimonio, no en cuanto al deber de cohabitar, pero sí en cuanto a la prestación general del consentimiento para hacerlo. El concubinato no crea obligaciones jurídicamente

³³ Valencia Martínez Jorge Enrique (ob.cit), pág. 51.

exigibles ni derechos jurídicamente protegidos: la expresa voluntad de negarse al acceso por parte de la concubina coloca al concubino en situación de constituirse en autor de violación; pero no se puede decir lo mismo de los casos en que esa negativa no es expresada de ese modo; en ellos es admisible aceptar que existe el consentimiento que el hecho mismo del concubinato implica.

No hay problema para resolver la cuestión en cuanto a la violación de la mujer prostituta (se incluye al hombre) habiendo definido el bien jurídico como un atentado a la libertad sexual del sujeto pasivo.

La prostitución es el tráfico habitual que una mujer hace de su cuerpo, subordinando a un lucro sus relaciones sexuales. Tolerada en unos países y severamente prohibida en otros, se la ejerce; sin embargo en todos particularmente en las ciudades populosas.

La prostitución es un acto mercantil desigual; en esto discrepan valiosos tratadistas que señalan que es un acto de mutuo consentimiento, pues que a nuestro entender existen vicios en ese consentimiento ya que la prostituta se ve obligada a la venta de su cuerpo por motivaciones sociales; algo parecido a lo que sucede con el obrero en el sistema capitalista.

Carlos Creus dice que parte de la doctrina sostiene que no habiendo una obligación legal de prestarse al acceso el concubino cometería violación al acceder a la concubina; para otros la situación es similar a la del matrimonio, no en cuanto al deber de cohabitar, pero sí en cuanto a la prestación general del consentimiento para hacerlo. El concubinato no crea obligaciones jurídicamente exigibles ni derechos jurídicamente protegidos: la expresa voluntad de negarse al acceso por parte de la concubina coloca al concubino en situación de constituirse en autor de violación; pero no se puede decir lo mismo de los casos en que esa negativa no es expresada de ese modo; en ellos es admisible aceptar que existe el consentimiento que el hecho mismo del concubinato implica.

“La diferenciación que se hace entre la meretriz que ejerce su labor en un prostíbulo bajo reglamentación y la mujer que ejerce la prostitución en la calle y no

se encuentra en la situación precedente no tiene relevancia a los efectos de la tipicidad objetiva. Ahora bien, en el primer caso, el hombre que cumplió el pago exigido y luego ante la negativa de la mujer la accede violentamente, si bien el tipo objetivo se habrá cumplido, la discusión puede residir en si el autor no habrá podido actuar en base a un error, que tanto puede ser de tipo como de prohibición. Sería el caso del pintor que no cumple con su trabajo, y quien le ha pagado lo fuerza y lo lleva a su casa reteniéndolo para que realice el trabajo. A ninguno de los autores antes citados, y nos referimos a Núñez y Jiménez de Asúa, se les hubiera ocurrido pensar, ni por un momento que en ese supuesto no hubiera existido privación ilegal de la libertad, como mínimo. Por ende, no se entiende el desplazamiento de la cuestión solo porque esté en juego la libertad sexual de la persona.³⁴

El caso de la prostituta que no se niega a prestar sus servicios a una determinada persona si ésta utiliza los procedimientos para accederla cometerá violación, ya que ella es un sujeto pasivo de violación, como cualquier otro, aunque alguna vez se hayan insinuado dudas en la doctrina a este respecto.

En la culpabilidad el dolo exige el conocimiento de la ilicitud del acceso por falta de consentimiento de la víctima, o sea el conocimiento cierto o dudoso cuando menos, de las circunstancias y calidades de la víctima que le impiden prestar válidamente ese consentimiento. La duda sobre la calidad (edad) o condición de la víctima, como acabamos de ver, equivale a ese conocimiento, pero o es suficiente para él la existencia de un deber de saber.

La ausencia de tales calidades o condiciones, o en la prestación del consentimiento para el acceso puede excluir la culpabilidad; la mujer que en realidad tienen once años y que ha prestado su consentimiento.

Para algunos el error puede referirse a la acción material misma, el error puede referirse a la prestación del consentimiento en cuyo caso, si no se llega a la

³⁴Donna Edgardo Alberto (ob.cit. Tomo I),pág. 584.

impunidad, puede también variar el tipo de violación por el de estupro si se dan sus requisitos.

“La falta de consentimiento es un elemento objetivo del tipo, la demostración de que la víctima si consintió a la realización del acto carnal dará lugar a una casual de *atipicidad* y no a una *casual de justificación*, como ocurre en la generalidad de los delitos atentatorios en contra de un bien jurídico disponible en que la ausencia de voluntad no es elemento exigido en el tipo. Con todo, es preciso no confundir el consentimiento que se presta para la realización del acceso carnal, con otras manifestaciones de voluntad que pudiere realizar la víctima, ya por su propio bienestar, ya para impedir otros males anexos a la ejecución del delito. Tampoco cabe deducir el consentimiento de cualquier signo que demuestre algún grado de excitación sexual en el sujeto pasivo, básicamente porque tal reacción es perfectamente compatible con una voluntad contraria a la realización del hecho”.³⁵

Por último citaremos lo que el tratadista Bacigalupo dice al respecto: “la teoría de la antijuridicidad tiene por objeto establecer bajo qué condiciones y en qué casos la realización de un tipo penal (en forma dolosa o no; activa u omisiva) no es contraria al Derecho, es decir el hecho no merece una desaprobación del orden jurídico. Es por lo tanto, una teoría de las autorizaciones para la realización de un comportamiento típico. Decir que un comportamiento está justificado equivale a afirmar que el autor de la acción típica dispuso de un permiso el orden jurídico para obrar como obró. Una acción típica, por lo tanto, será también antijurídica si no interviene a favor del autor una causa o fundamento de justificación. La tipicidad de una acción es, consecuentemente, un indicio de antijuridicidad. Precisamente porque aquella señala la posibilidad de ésta debe verificarse si existe o no una causa o fundamento de justificación. Esta verificación es una tarea independiente de la comprobación de la tipicidad y en cierto sentido inversa. Es independiente porque sólo cabe plantearse la cuestión de la antijuridicidad cuando se ha llegado a la conclusión de que la acción es típica, es decir, que se subsume bajo un tipo penal. A la vez es inversa porque consiste en la verificación

³⁵ Rodríguez Collao Luis (ob.cit), págs. 146-147.

de que el caso no se subsume bajo el supuesto de hecho de una causa de justificación (por ejemplo, defensa necesaria, estado de necesidad, consentimiento presunto)”³⁶.

El concepto de culpabilidad se estructura sobre la base de tres elementos:

Capacidad de comprender la ilicitud y de comportarse de acuerdo con ella.

Posibilidad de *conocimiento de la ilicitud*.

Exigibilidad que excluyen el reproche de culpabilidad.

Por lo tanto, culpable es el autor de un ilícito si ha podido comprender la ilicitud y comportarse de acuerdo con esa comprensión, si ha podido saber de la ilicitud y si no ha obrado en un contexto en el que se excluye su reprochabilidad. El orden en el que estos elementos se presentan tiene consecuencias prácticas: la exclusión de la capacidad de culpabilidad elimina la punibilidad, pero determina por sí la posibilidad de aplicar al autor una medida de seguridad, aunque éste haya obrado con un error de prohibición inevitable, no obstante que en tales supuestos el autor no debería ser considerado peligroso.

CAPITULO IV: “El tipo penal de la violación”

4.1. El tipo objetivo

La tipicidad consistirá en la adecuación a lo prescrito, o sea que exista una cópula realizada, en persona de cualquier sexo. “El delito se configura cuando el comportamiento del agente está adecuado a la conducta que describe el precepto que lo define. Tratándose del delito de violación sexual, el tipo delictivo está constituido por el hecho de que el agente imponga, por medio de la violencia física

³⁶ Bacigalupo Enrique, DERECHO PENAL (Parte General), ARA Editores, Perú, 2004; pág. 339.

o moral, la cópula a una persona de cualquier sexo, por vía idónea o contra natura, sin el consentimiento de la víctima.

“Los hechos cometidos por el hombre, para que se los pueda sancionar con una pena, deben estar descritos en la ley. Esa descripción legal, desprovista de carácter valorativo, constituye la tipicidad; de este modo, el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando detalles innecesarios, para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. El precepto legal trata de resumir una conducta humana, describiendo mediante una fórmula dada, un hacer u omitir que constituye objetivamente delito.

El arribo a esta concepción no ha sido fácil, sino producto de una paciente elaboración doctrinaria, particularmente por obra de la dogmática alemana. En sus comienzos se tuvo la tipicidad como una función meramente descriptiva, absolutamente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad”.³⁷

El argumento de que el pretendido ánimo lascivo es normalmente inherente a la propia naturaleza del acto sexual, no resulta admisible, porque los casos excepcionales en que el acceso carnal es realizado por otras motivaciones (por ejemplo la pretensión de demostrar hombría frente a un grupo) e incluso los casos en que la ejecución de aquel comportamiento produzca desagrado (como cuando el sexo de la víctima no se corresponde con la orientación sexual del hechor), también aparecen captados por los términos tener acceso carnal, con que la ley describe la conducta, de modo que excluirlos del ámbito de la punición significa, interpretar esas expresiones en contra del sentido que claramente fluye de su texto. Y, desde otra perspectiva, la exigencia de un ánimo lúbrico implica desvirtuar el claro sentido de protección de la indemnidad sexual que ostenta el delito de violación, transformándolo en una instancia para penalizar la satisfacción de deseos sexuales por parte de un individuo, cosa que por cierto carece de sustento, tanto en la letra como en los antecedentes sistemáticos e históricos del tipo.

³⁷Goldstein (ob.cit), pág. 882.

En sentido estricto, la tipicidad sería un elemento esencial del delito, la descripción hecha por el legislador. La tipicidad tiene una función primordial, particularmente porque concierne a la faz descriptiva del delito, y esta descripción solamente puede efectuarla el legislador. El juez debe indagar, por su parte, si la acción del sujeto encuadra dentro de algún tipo legalmente descrito en la parte especial del código; si no haya una perfecta adecuación, no puede sancionar. Por eso se dice que la importancia de la tipicidad estriba en que es la piedra angular del derecho penal liberal.

El autor chileno Luis Rodríguez dice que el tipo, en verdad, no contiene ninguna referencia especial en el plano subjetivo, de manera que este tema queda entregado por completo a las reglas generales. Así, tanto por su ubicación sistemática como por la imposibilidad lógica de concebir un acceso carnal ejecutado por imprudencia o negligencia, queda excluido el castigo de la violación a título de culpa. Respecto del dolo, puesto que el tipo no contempla ninguna existencia especial, en principio éste podrá adoptar la forma de directo o eventual.

El desconocimiento o la equivocación a cerca de cualquiera de los supuestos de hecho, y, en general, la creencia equivocada de que se cuenta con la anuencia del sujeto pasivo, son situaciones de error de tipo, que en caso de ser invencibles, excluyen el dolo y, por ende el castigo.

El núcleo del tipo es el acceso carnal. Por acceso carnal se entiende la introducción del órgano genital masculino en el cuerpo de otra persona, no siendo necesario para su consumación que la penetración sea total o que se produzca la eyaculación. Dice Frias Caballero que “el elemento material de la violación se haya constituido por la conjunción carnal como fin, contra o sin la voluntad del sujeto pasivo y empleando la violencia como medio o aprovechando de la especial condición del mismo señalada por la ley”.³⁸

³⁸Donna Edgardo Alberto (ob.cit.Tomo I), pág. 570.

A los efectos de dar un concepto de acceso carnal, se pueden encontrar tal como se verá en las definiciones que siguen, dos criterios, que han intentado poner algo de claridad en el tema aunque sin mucho resultado.

Para el tratadista ecuatoriano Ernesto Albán la doctrina distingue dos clases de objeto del delito: el *objeto jurídico* y el *objeto material*.

Objeto Jurídico

Se conoce, en la teoría del delito, al bien jurídico penalmente protegido, que resulta lesionado por el acto delictivo y sobre el cual recae el efecto jurídico del delito.

La determinación exacta del objeto jurídico es de gran importancia para establecer con absoluta precisión el propósito de la ley. Así por ejemplo, en los siguientes delitos: aborto, violación, raptó, perjurio, pago con cheques sin provisión de fondos, tráfico de drogas, determinar el bien jurídico permitirá un análisis más adecuado del alcance de la ley.

Objeto Material

Es la persona o cosa sobre la cual se ejecuta o recae la acción material del delito. En algunos casos, cuando se trata de delitos contra las personas, el objeto material se confunde con el sujeto pasivo de la infracción. Así ocurre en el homicidio, las lesiones o la violación. Pero hay otros casos en que el objeto material es una cosa: los bienes sustraídos en el robo y en el hurto; los bienes destruidos en los delitos de daños en la propiedad.

El objeto material tiene gran importancia en el ámbito procesal, por cuanto a través de éste establece la prueba material de un delito.

“El tipo objetivo es el núcleo real, material de todo delito. Delito no es únicamente voluntad mala, sino que voluntad mala que se realiza en un hecho. El fundamento real de todo delito es la objetivación de la voluntad en un hecho externo. El hecho externo es, por ello, la base de la estructuración dogmática del delito. La

objetivación de la voluntad encuentra su expresión típica en las ‘circunstancias del hecho’ objetivas, que pertenecen al tipo objetivo. El núcleo objetivo de todo delito es la acción, ordinariamente junto a una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico que constituye las circunstancias de resultado de la acción. De acuerdo con esto, se distingue entre delitos de lesión y delitos de peligro, y estos últimos a su vez se diferencian los delitos de peligro concreto según si el hecho tiene que haber creado realmente un peligro o si es suficiente que la acción usualmente traiga peligros consigo”.³⁹

“El acceso carnal, de acuerdo con lo establecido en la Ley, solo puede llevarse a cabo a través de medios específicos; por tanto, estamos frente a un ‘delito tipo, con medios legalmente limitados.

De acuerdo con los medios legalmente limitados, se desprenden dos hipótesis:

1. Cópula por medio de la vis absoluta, y
2. Cópula por medio de la vis compulsiva.

¿En qué consiste la vis absoluta en la violación? La violencia física consiste en el uso de la fuerza material ejercida sobre la persona de la víctima para constreñirla a la conjunción carnal, o sea, en la fuerza de naturaleza material y bastante o suficiente desplegada en el sujeto pasivo, para la obtención de la cópula.

Para la existencia de la vis absoluta:

- a) La vis absoluta debe recaer en el sujeto pasivo.
- b) Debe ser la fuerza, suficiente para vencer la resistencia, y
- c) La resistencia del sujeto pasivo debe ser seria es decir, ‘no rebuscada para simular honestidad, sino realmente expresiva de un querer decididamente contrario.

Otro de los medios exigidos por el tipo, es la vis compulsiva o violencia moral.

³⁹Welzel Hans (ob.cit. Parte General), pág. 93.

La violencia moral consiste, en una manifestación de voluntad del agente dirigida a anunciar a la víctima un mal futuro en caso de que no realice el ayuntamiento carnal. Para López de Goicoechea, la fuerza moral se produce cuando el delincuente amenaza a una persona con un mal grave presente o inmediato capaz de intimidarla.

Por vis compulsiva debemos entender la exteriorización al sujeto pasivo o a un tercero con quien tenga el pasivo vínculos de afecto, de un mal inminente o futuro, capaz de constreñirlo para realizar la cópula”.⁴⁰

4.1.1. Sujeto activo

Ya hemos indicado que existe división de criterios para considerar el sujeto activo o a la persona que comete el delito de violación.

La mayor parte de legislaciones y también de tratadistas se inclinan por considerar exclusivamente al hombre como sujeto activo.

Para sostener esta tesis se fundamentan en el argumento de que la violación solamente se consumiría mediante el acceso carnal, que necesariamente implica penetración del pene en la vagina o en el ano. Expresan, que para que una mujer tenga relaciones sexuales con un hombre se necesita la erección del pene, pues de lo contrario no podría haber penetración; por ello existiendo erección del pene, la violación desaparecería, ya que hay placer, por tanto también, consentimiento. Por otra parte, manifiestan que el hombre que sea “abusado” no se ve afectado en su integridad personal, ni la sociedad tendría para él actitud negativa alguna.

Pero en contraposición de esta tesis mayoritaria, existen tratadistas que defienden la posibilidad de que la mujer pueda ser sujeto activo convirtiéndose en violadora del hombre; a este tipo de violación se la conoce con el nombre de “violación inversa”.

⁴⁰Petit Candaudap Celestino Porte (ob.cit), págs. 41-45

“Sujeto activo es el agente que ejecuta el acto delictivo y que debe, en consecuencia sufrir la pena correspondiente. El sujeto activo es, en muchos casos un solo individuo; pero en otros casos serán varios los que realizan el acto en conjunto o que cooperan a su realización. En tales situaciones deberá establecerse el grado en que cada uno intervino en la ejecución del delito, lo cual determinará la pena que deba recibir”.⁴¹

El artículo 512 define a la violación como 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...

Para Edgardo Donna: “la cuestión reside en descifrar si a este tipo de delitos de violación se los puede conceptualizar como de propia mano, que son aquellos tipos penales que son concebidos conforme a su contenido de ilícito, de tal modo que sólo puede ser autor de ellos quien esté en condiciones de llevar a cabo por sí e inmediatamente la acción prohibida. Son delitos de actividad y no de resultado, debido a que predomina el desvalor de acción frente al desvalor de resultado. El resultado es predominantemente neutro frente al Derecho y el desvalor se constituye porque al autor le está prohibida la acción. Los terceros que no participan de este círculo sólo podrán ser cómplices del autor principal, pero no coautores o autores mediatos”.⁴²

Para el ecuatoriano Efraín Torres Chávez la violación se configura:

- a. Cuando hay introducción de órgano masculino en la vagina, aunque aquella no sea completa, o por otra vía, como la anal o bucal.
- b. No es indispensable ni la eyaculación seminal ni la desfloración.
- c. Víctima de acceso carnal y por tanto violación puede ser un hombre o una mujer, en razón de que el coito puede llevarse a cabo por vía normal o

⁴¹ Albán Gómez Ernesto (ob.cit), pág. 115.

⁴² Donna Edgardo Alberto (ob.cit.Tomo I), pág. 579.

anormal. Ya se dijo que para la violación no hay condiciones de sexo, edad, morales, ni de ninguna clase en la víctima.

“El círculo de sujetos activos que pueden llegar a cometer la cualificación depende de la conducta que se realice. Por ejemplo, no hay ninguna duda de que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos de la modalidad cualificadora consistente en introducción de objetos, pero la introducción como tal debe referirse a objetos y a cavidades que tengan una evidente connotación sexual.

Cuando el acceso carnal consista en una penetración vaginal, anal o bucal, parece evidente que sujeto activo puede serlo el hombre, siendo indiferente que el sujeto pasivo de la penetración anal o bucal sea hombre o mujer. Más compleja es la respuesta cuando el sujeto activo del acceso carnal es una mujer. Un acceso carnal con sujetos activo y pasivo, femeninos, conseguido mediante violencia o intimidación, puede incluirse en el tipo cualificado sin violentar el sentido literal posible de acceso carnal, entendido como relación sexual en la que intervienen los órganos genitales, sin necesidad de que se dé la penetración, bastando pues la práctica fricativa. La cuestión se complica aún más cuando el sujeto activo es femenino pero el sujeto pasivo es masculino. Ciertamente, es difícilmente imaginable un acceso carnal en que la mujer, mediante violencia o intimidación, se hace penetrar por un hombre, pero teóricamente cabe incluir este caso dentro del concepto de acceso carnal, aunque de nuevo se plantean aquí las mismas dudas de carácter valorativo, acrecentadas por la rareza de este tipo de prácticas”.⁴³

El chileno Luis Rodríguez dice que la doctrina acepta que una mujer asuma la condición de sujeto activo de este delito, básicamente en atención a que los textos penales normalmente definen la violación como acceso carnal, sin vincular dicho concepto con una fórmula verbal que indique con toda claridad, que lo sancionado es la conducta de quien accede carnalmente a otra persona y no el comportamiento de quien es accedido por otro. Así, frente a una fórmula tan amplia resulta incuestionable que la conducta de la mujer que es accedida

⁴³ Muñoz Conde Francisco, DERECHO PENAL (Parte Especial), Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001; págs. 205-206.

carnalmente por un menor, por un enajenado o por alguien que actúa bajo amenaza, aparece captada por el tipo de violación. Pero frente a un texto, indudablemente restrictivo del código penal chileno, no cabe duda alguna en cuanto a la exclusión de la mujer como sujeto activo del delito de violación.

El sujeto activo tiene que ser, como en todo delito, una persona imputable, puede tenerse por cierto que el sujeto que ostenta esta condición es necesariamente, una persona dotada de madurez fisiológica para la realización de la cópula. Y los casos en que falte la capacidad para llevar a cabo la conducta obedecerán, indefectiblemente, a razones patológicas vinculadas con la salud física o mental del individuo, y no a una falta de desarrollo genital.

4.1.2. Sujeto pasivo

Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado por la comisión del delito. También puede ser una sola persona o pueden ser varias. Aunque en el lenguaje criminológico suele llamársele víctima, este concepto puede en algunos casos o coincidir inevitablemente con el sujeto pasivo. Así por ejemplo, a una persona se le sustrajo un bien y será la víctima, pero el bien no le pertenecía y el dueño del mismo será el sujeto pasivo.

“¿Quién puede ser sujeto pasivo del delito de violación carnal? Expresando que la doctrina responde que cualquier persona de sexo igual o diverso del sexo del sujeto activo, agregando que, en cambio él diría: cualquier persona con tal que sea de sexo diverso del sexo del sujeto activo.

El sujeto pasivo del delito de violación puede ser el hombre o la mujer, dada la redacción del precepto: ‘tenga cópula con una persona sea cual fuere su sexo’, pero aclarando en el sentido de que puede ser sujeto pasivo el hombre,

independientemente del sexo del sujeto activo; y sujeto pasivo la mujer con tal de que sea sujeto activo el hombre”.⁴⁴

“Desde el punto de vista subjetivo se ha mirado el grave daño agravatorio como un resultado exclusivamente preterintencional; el dolo sólo puede referirse al hecho de la violación, los graves daños únicamente tienen que ser previsibles. Si la lesión estuvo comprendida en los planes del autor, ella concurre realmente con la violación.

Pero esa tesis ha sido rechazada por algunos, que consideran que aún los graves daños comprendidos en el dolo del autor como resultados de la consumación de la violación se insertan en la agravante y no se punen autónomamente, a no ser que constituyan lesiones graves o gravísimas (es la apreciación de Núñez, que hace hincapié en la congruencia del monto de las penas: la lesión leve dolosa, que constituya un grave daño en la salud imputada autónomamente, integrando un concurso real con la violación, tendría como consecuencia una pena menos grave que si se la atribuyera como agravante de ese delito, lo cual forzosamente llevaría a punir más intensamente la lesión leve no dolosa con las mismas características)”.⁴⁵

La razón de la cualificación reside en algunos de los supuestos en la inferioridad en que se encuentra la víctima respecto al autor o autores de la agresión sexual. Esto es evidente en la actuación conjunta de dos o más personas, no requiere que las dos o más personas lleguen a realizar el acceso carnal o la introducción de objetos sino que basta que una de ellas ejerza la violencia o intimide a la víctima, mientras que la otra realiza directamente, por ejemplo el acceso carnal. Conforme a la teoría de la coautoría, la actuación conjunta no tiene por qué ir necesariamente vinculada a la ejecución del acceso carnal, ya que el empleo de la violencia o intimidación constituye también una parte de la acción típica de la agresión sexual. También la agravación de la circunstancia, referida a la

⁴⁴Petit Candaudap Celestino Porte (ob.cit), pág. 38.

⁴⁵Creus Carlos (ob.cit. Parte Especial-Tomo I), pág. 196.

vulnerabilidad de la víctima, debida a su edad, enfermedad o situación ha incluido de forma expresa, la particular indefensión de que se deriva de estas situaciones.

“Las condiciones del sujeto pasivo son indiferentes para la integración del tipo: casada, virgen, viuda, soltera, honesta, deshonesto, casta, etc.; pero estas circunstancias servirán indudablemente para la individualización de la pena. Para la existencia del delito de violación, no es menester que se acredite en el proceso, que la víctima es casta y honesta, sino sólo el hecho material de que el acto determinado constitutivo del delito se haya efectuado mediante violencia física o moral; por lo que debe negarse al amparo al quejoso, si ya confesó”.⁴⁶

El sujeto pasivo de la violación es una persona de género igual o diverso del sexo del autor. Basta que se trate de una persona.

No establece límites la ley nacional en lo que concierne con el sujeto pasivo del delito. Todas las personas pueden ser víctimas de este delito. Modernamente no se concibe que un ataque sexual contra mujer desarreglada o prostituta tenga que quedar impune o en el mejor de los casos con sanción atenuada.

Interesante supuesto se plantea al excluir la violación en el caso del cliente que dentro de un prostíbulo, una vez abonado el precio convenido, accede a la mujer pública en forma abusiva o violenta. La meretriz es persona capaz de voluntad con la toma de sus posibles decisiones.

Preocupa la edad de catorce años del sujeto pasivo cuando el ofendido es menor o cuando se da el embarazo de la víctima o la contaminación venérea.

No puede reputarse violación el acceso carnal cometido sobre un muerto por no ser el cadáver sujeto titular de ningún derecho.

Los actos de bestialidad con animales tampoco constituyen delito de violación.

El Código Penal colombiano no contiene, ni por referencia una definición de lo que debe entenderse por acceso carnal. Por tal debe entenderse la conjunción de los

⁴⁶Petit Candaudap Celestino Porte (ob.cit), pág. 39.

órganos sexuales de dos personas vivas, completa o incompletamente por vía normal o anormal contra oposición de la víctima.

En cuanto al sujeto pasivo, de manera general se considera que el hombre y mujer pueden ser víctimas de esta clase de delitos, sin embargo, algunas legislaciones determinan que solo la mujer puede ser considerada como sujeto pasivo de la violación.

La violación en el hombre puede producirse mediante el acceso carnal por el ano, si mantenemos el criterio de que el sujeto activo es exclusivamente el hombre, de todas maneras dejamos abierta la posibilidad de la violación al hombre, pudiendo ser sujeto pasivo de una relación heterosexual.

El sujeto pasivo, debe ser caracterizado exclusivamente por la falta de consentimiento, de tal forma que una mujer puede o no ser virgen, ser prostituta o “decente”; no importa tampoco su estado civil.

En cuanto a si las prostitutas deben recibir la tutela del derecho para esta clase de delitos, existen discrepancias. Unos aceptan el derecho a la libertad sexual que tienen las prostitutas, otros niegan tal derecho.

El tratadista argentino Alberto Donna dice que hay dificultades en lo referente al sujeto pasivo en algunos casos debido a que la doctrina argentina no ha manejado un concepto correcto del bien jurídico protegido. La cuestión radica en solucionar determinados casos en los cuales el sujeto activo estaría en condiciones de exigir el acceso carnal al otro y, ante la negativa de este último, logra dicho acceso mediante la violencia o abuso. Dicha situación puede manifestarse en el matrimonio, en el concubinato y en la prostitución.

Parte de la doctrina se inclinaba por sostener que en la medida en que el sujeto activo tenga derecho a exigir el acto sexual no podría darse el tipo de la violación, debido a que el sujeto pasivo estaría obligado o habría prestado su consentimiento para ser accedido carnalmente. Lo expuesto ocurre tanto en el caso de la esposa, quien dentro de las obligaciones matrimoniales tiene las del débito conyugal, como

la concubina, ya que la cohabitación implica la realización del acto sexual; también, la prostituta debido a que al aceptar dinero o encontrarse en un prostíbulo importa el ofrecimiento de su cuerpo por un determinado precio y más aún si recibió la suma estipulada.

La corriente doctrinaria opuesta sostiene que al ser el bien jurídico la libertad, la negativa de la mujer en estos casos lleva a que se tipifique el delito de violación.

Por lo expuesto decimos que en lo que respecta al sujeto pasivo, el tipo no demanda ninguna exigencia especial, ni se requiere, como en el caso del sujeto activo, que posea aptitud física y mental para la ejecución de comportamientos sexuales. En la actualidad, tanto la doctrina científica como la jurisprudencial está de acuerdo en que el bien jurídico protegido por el delito de violación corresponde a todo ser humano por el solo hecho de ser tal y que cualquier decisión discriminatoria a este respecto, por estar comprometida la libertad de las personas y por llevar implícita la pretensión de imponer un determinado esquema moral, importa un atentado contra la dignidad del individuo, inaceptable en un estado social y democrático de derecho. En la actualidad es unánime en criterio que niega la posibilidad de cometer el delito de violación en contra de una persona fallecida, fundamentalmente en atención a que el bien jurídico protegido sólo tiene sentido respecto de seres vivos.

Para las víctimas, no hay un dolor de menos grado, o una clase de violación que sea más fácil de soportar. Sea que la víctima haya sido atacada por un extraño o un miembro de su familia, sea que ella haya sido asaltada violentamente o se le haya obligado por medio de amenazas o súplicas, ella sufre el dolor de haber sido violada. Ella merece que se le crea, que se valoren sus sentimientos y saber que ella no tiene la culpa, lo cual a más de la pena merece una reparación.

4.1.3. Modalidades del delito

El Artículo 512 del Código Penal Ecuatoriano define a la violación como “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 14 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”.

El delito de violación se integra por la violencia y no requiere la existencia del desfloramiento ni de lesiones corporales, dado que basta la coacción física o moral que produzca la realización de la cópula contra la voluntad de la ofendida.

Antes en el Ecuador la víctima era solamente la mujer, después fue cualquier ser humano sin consideración de sexo, edad, raza ni condición alguna. En cambio el sujeto activo, era exclusivamente el hombre pudiendo ser actualmente cualquier persona como se verá en la reforma respectiva.

En la disposición derogada, la definición se reducía al acoso carnal con persona de uno u otro sexo mientras que en la actual hay explicación de ese acceso carnal al continuarla con la forma o modo de realizarla, es decir con introducción parcial o total del miembro viril por la vía vaginal, anal o bucal.

En consecuencia, se descarta la interpretación de esta figura, si ese acceso carnal, fuese por cualquiera otra cavidad (herida, por ejemplo) o por cualquier otra parte del cuerpo pues, la declaración es explícita.

El primer numeral determina que la edad de la víctima sea de catorce años y no de doce, en la que se presume de derecho que cualquier acceso carnal sea una violación aunque la víctima no solamente haya consentido en aquel, sino que lo

haya propuesto o iniciado. En el código penal español, continúa con la edad de doce años, como era nuestra disposición anterior.

El segundo numeral es exactamente igual.

En el tercer numeral se aumenta la palabra amenaza, que de alguna manera es otro concepto más que se ha añadido, que pareciera ser sinónimas, pero que estrictamente no lo son.

“La edad debe comprobarse jurídicamente, este es un aspecto importante a efectos de determinar la clase de delito cometido, para no confundir la violación con el estupro.

El delito de violación presunta, consentida de menor edad, no admite prueba en contrario es decir, demostrar o probar que la persona agraviada, hubiera prestado su consentimiento voluntariamente para la práctica sexual o contra natura, pues su prestación voluntaria, la ley penal la supone y presume siempre inexistente, no válida legalmente, en grado suficiente o bastante como para que se estime el acto impune. La ley penal presupone que la agraviada al prestar su consentimiento o pedir la relación carnal no comprende la naturaleza antijurídica, ni los efectos éticos, sexológicos y socialmente nocivos para su persona; lo prematuro de las prácticas sexuales que pueden calzar muy hondo en su psiquismo, causando alteraciones y desviaciones de la conducta y hasta producir traumas psíquicos en su personalidad psíquico-físico y moral”.⁴⁷

Edgardo Alberto Donna dice que cuando mediare violencia o amenazas, los criterios tratados sobre este punto en el delito de abuso sexual simple son igualmente adecuados a los efectos de poder explicar el delito base. Debe tratarse de violencia física, continuada y suficiente, empleada sobre el sujeto pasivo y capaz de vencer la resistencia de la víctima, de modo que se presente como la causa inmediata y directa del abuso con acceso carnal. El uso de la

⁴⁷ Toscano V. Silvio A., LA SEXUALIDAD FRENTE AL DERECHO, Legislación Ecuatoriana en Materia Sexual; pág. 97.

fuerza supone la resistencia consiente de la víctima y su vencimiento por el autor. Hay resistencia de aquella cuando se opone materialmente a ser objeto del hecho.

El autor concluye que también tipifica el delito de violación el uso de amenazas. Se entienden por tales los actos y violencia moral, idónea para producir temor en el ánimo del sujeto pasivo, en forma tal que éste se encuentre obligado a soportar o ejecutar la acción que el agente propone. Las amenazas deben ser suficientes para producir, en quien la sufre, un estado de temor tal que lo determine a obrar según los deseos del autor y aún contra su propia voluntad, ya que la amenaza debe referirse a un mal grave e inminente.

Los abusos sexuales con menores de catorce años se reputan siempre como no consentidos en lugar de los doce. Realmente no hay ninguna razón, ni psicológica ni biológica, ni ninguna modificación fundamental de los conocimientos sobre psicología evolutiva que justifiquen este cambio, que mas bien trasluce, como un afán por aumentar la gravedad de los tipos penales y ampliar la aplicación de los abusos sexuales no consentidos. La edad a que se refiere el Código Penal Ecuatoriano, es la física. Se trata aquí de una presunción, que no puede ser invalidada por una prueba en contrario de que existe capacidad de autodeterminación. El Código presume que existe abuso siempre que se realiza un acto de contenido sexual con persona menor de catorce años de edad.

Se protege en este caso el candor, la inocencia o la ineptitud por falta de madurez mental para entender el sentido en sí del acto. Por ello el consentimiento del menor es inoperante de modo que, aún mediando consentimiento, el hecho se tipifica de igual manera.

La falta de conocimiento puede configurarse también por problemas mentales de la persona violada, ya sea por:

1. Deficiencia mental como débiles mentales, quienes por la detención de su desarrollo intelectual, no tienen capacidad de razonar ni de discernir, lo que hace que no entiendan el real significado del acto sexual; los deficientes mentales son presa fácil de los violadores;

2. Enfermedades mentales enajenantes tales como: la esquizofrenia, la psicosis epiléptica, psicosis maniaco-depresiva, la paranoia; y
3. Los estados demenciales clasificados por Howard C. Warren: la demencia alcohólica, catatónica, hebefrénica o precoz, paralítica o paresis, paranoide o senil. Debe entenderse que en todos estos casos las personas enajenadas no comprenden a cabalidad lo que sucede en el mundo externo, por tanto el acto sexual no tiene el significado que para una persona normal.

“En verdad no existe una diferencia semántica entre los términos enajenación y trastorno mental: ambos se refieren a una disfunción de los procesos psíquicos y cualquier intento por establecer una distinción entre ambos, además de estéril carece de toda trascendencia en el plano dogmático.

Como el tipo exige un abuso de la situación en que se encuentra la víctima, los autores entienden que no basta con el hecho objetivo de la alteración de las facultades psíquicas, sino que debe producirse un aprovechamiento de esta situación. Y con esto conlleva que no toda relación sexual que se tiene con una persona enajenada o trastornada mentalmente es ilícita: sólo lo será en caso que el delincuente utilice en su favor la ventaja que le confiere la falta de lucidez de la víctima.

Puesto que el tipo no distingue a cerca de la naturaleza de la alteración mental, podrá tratarse de un estado permanente e irreversible, o de una situación transitoria. Lo que sí interesa es la intensidad de la perturbación mental.

La mayor o menor entidad de la anomalía no debe relacionarse con la capacidad para consentir válidamente a la realización del acceso carnal, porque tanto en la violación como en el estupro se da la exigencia común del abuso, por lo cual es claro que en ambos casos el consentimiento carecerá de validez”.⁴⁸

El tratadista Luis Rodríguez dice que: “se entiende por fuerza la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, con el propósito de anular o vencer la

⁴⁸ Rodríguez Collao Luis (ob.cit), págs. 155-156.

voluntad contraria de esta última a la realización del acceso carnal. Dicha violencia puede asumir la forma de *vis absoluta* (fuerza física irresistible), cuando el sujeto pasivo, reducido a la condición de simple objeto, ve anulada completamente su voluntad y su capacidad defensiva; o bien la forma de simples *vías de hecho*, es decir actos de violencia que sin llegar a suprimir totalmente las facultades volitivas y defensivas de la víctima, se ejercen con la amenaza de que, a mayor resistencia que oponga, mayor será también la energía física que el delincuente aplicará en su contra”.

“La sinonimia que suele establecer la doctrina entre amenaza e intimidación carece de todo sustento: mientras el primero es un concepto de carácter objetivo, que alude a un comportamiento del hechor, el segundo es un concepto estrictamente subjetivo, que alude a un estado de conmoción psicológica que se da en el sujeto pasivo. Si bien es cierto que en la mayor parte de los casos la intimidación será la consecuencia de haberse ejercido una amenaza en contra de la víctima, es perfectamente concebible que el estado de conmoción psicológica provenga de un hecho anterior; de la sola presencia del agresor; de su apariencia física o de los antecedentes suyos que fueren conocidos por la víctima; de comportamiento vejatorios de que ésta fue objeto anteriormente de parte del mismo agresor y hasta de las propias circunstancias de tiempo y lugar”.⁴⁹

4.2. Tipo subjetivo

El tratadista alemán Hans Welzel en su obra “Derecho Penal Alemán” dice que toda acción consciente es conducida por la decisión de la acción. La acción objetiva es la ejecución adecuada del dolo. Esta ejecución puede quedar detenida en sus comienzos: en la tentativa; en este caso, el dolo va más allá de lo que logra alcanzar. Si la decisión al hecho es ejecutada adecuadamente hasta el término, el hecho está consumado. En este caso, el hecho total no sólo ha sido querido

⁴⁹ Rodríguez Collao Luis (ob.cit.), pág. 151.

dolosamente, sino también ejecutado dolosamente. Aquí, el dolo es un elemento final de la acción, en todo su contenido.

Dolo, en sentido técnico penal, es sólo la voluntad de acción orientada a la realización del tipo de un delito. De esto se desprende que también hay acciones no dolosas, a saber, las acciones en las cuales la voluntad de acción no está orientada a la realización del tipo de un delito, como sucede en la mayoría de las acciones de la vida cotidiana. También pertenecen a ellas las acciones culposas, en las cuales la voluntad de acción no se dirige al resultado típico realizado.

La violación no admite forma distinta de culpabilidad que la comisión dolosa. Es casi que consustancial al delito la intención del autor por someter al sujeto pasivo contra su voluntad expresa al acceso carnal hasta el punto que de no darse la conducta nuclear que gobierna esta hipótesis penal, el hecho se desplazará a otros predios del Código Penal.

“La tipicidad del delito doloso depende no sólo de la realización del tipo objetivo, sino, además, de la realización del tipo subjetivo, es decir, fundamentalmente del dolo del autor. Se trata del complemento que permite imputar el hecho no sólo objetivamente, sino también subjetivamente. Es claro que en la acción se dan elementos *exteriores* (objetivos) y elementos *interiores* (subjetivos). Este aspecto subjetivo constituye el «*tipo subjetivo*». Sin embargo los elementos subjetivos *no son cognoscibles directamente*, sino a través de los elementos externos que objetivan un determinado contenido psíquico del comportamiento”.⁵⁰

“El delito de violación es en todas sus formas doloso. A nuestro criterio se exige el dolo directo, ya que, sea por el abuso de situación, sea por la violencia o las amenazas, es incompatible cualquier otra clase de dolo, como el indirecto o el eventual. En este sentido es interesante la posición de Díez Ripollés, que exige un elemento subjetivo de lo injusto, que no se identifica con el dolo. Tal elemento subjetivo existe en todos los supuestos del abuso sexual y estupro, y consiste en involucrar sexualmente e incluso causar algún tipo de displacer. Es que es distinta

⁵⁰ Bacigalupo Enrique (ob.cit.), pág. 304.

la conciencia y voluntad de realizar el tipo objetivo de la tendencia de involucrar sexualmente a la víctima”.⁵¹

El dolo de la violación reclama que el sujeto conozca la representación del acto ilícito que ejecuta o sea el conocimiento de que la víctima se opone a sus requerimientos sexuales y la voluntad, no obstante lo anterior, de proceder a la cópula mediante empleo de violencia o intimidación. Por cierto que el dolo es directo por corresponderse con la voluntad del agente que actúa por todo el tiempo del abuso contra el disenso de la víctima, queriendo directamente el resultado.

El delito doloso se caracteriza por una coincidencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo: la representación del autor propio del tipo subjetivo debe alcanzar a los elementos del tipo objetivo. En este sentido es posible afirmar que en el delito doloso el autor obra sabiendo lo que hace. De esta coincidencia entre lo que se ejecuta y lo que se sabe que se ejecuta surge la forma más grave de ilicitud: la del delito doloso, frente a la menos grave: la del delito imprudente.

“Si para que exista la violación debe realizarse la cópula por medio de la vis absoluta (violencia física) o compulsiva (violencia moral), es innegable que tiene que concurrir el dolo directo, ya que no se concibe la existencia de tales medios sin la concurrencia de esta forma de la culpabilidad. González Blanco y Vannini, entre otros lo han comprendido así. En cuanto al dolo eventual, pensamos que no puede presentarse a virtud de que la exigencia de los medios físicos o morales implican el querer desde el inicio, la cópula”.⁵²

4.3. Consumación y tentativa

El Código Penal Ecuatoriano regula la tentativa en el artículo 16, hay que destacar que el Código ecuatoriano elimina la diferencia entre tentativa y delito frustrado y

⁵¹Donna Edgardo Alberto (ob. cit. Tomo I), pág. 586.

⁵²Petit Candaudap Celestino Porte (ob.cit.), pág. 63.

establece un concepto que con el nombre de tentativa, comprende las dos posibilidades.

El primer inciso del artículo 16 dice lo siguiente: “quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica”.

Este elemento es la aptitud de un acto para producir un resultado, aunque en el caso concreto no se lo haya obtenido por causas ajenas a su propia idoneidad; cuando el acto no tiene esa aptitud.

La idoneidad del acto será absoluta cuando es apto para producir el resultado delictivo deseado.

Será relativa la idoneidad cuando el acto, sin tener una aptitud general para producir un determinado resultado, en ciertos casos sí puede producirlo, por las circunstancias especiales del caso en sí mismo por condiciones particulares del sujeto pasivo de la infracción.

Con esta frase el Código recoge la teoría de la univocidad, es decir, hace falta que aquellos actos idóneos admitan tan sólo una interpretación inequívocamente delictiva.

Los actos deben estar dirigidos a la realización de un delito determinado, lo cual deberá establecerse a través del análisis objetivo de los actos idóneos e inequívocos.

La alternativa que el Código plantea se refiere a dos posibilidades: la primera, la acción no se consuma, o sea que la ejecución se interrumpe antes de que haya concluido: sería el caso de la tentativa propiamente tal; la segunda, el acontecimiento no se verifica, o sea que el resultado no se produce, a pesar de haber culminado la ejecución: ese sería el caso del delito frustrado.

El Código ecuatoriano regula en el artículo 46 la forma de sancionar la tentativa con las siguientes reglas:

- a. La pena de la tentativa es inferior a la del delito consumado. Según el Código podrá ir del un tercio a los dos tercios de la que se habría impuesto al sujeto activo si el delito se hubiese consumado.
- b. El artículo 46 señala además que para aplicar esta variable, el juez tomará en cuenta dos factores: el peligro corrido por el sujeto pasivo y los antecedentes del acusado.

Para Goldstein la tentativa es el comienzo de ejecución de un determinado delito que no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Es necesario que el fin sea un resultado que se logra solo mediante una actividad reprimida en la ley penal y que a esa finalidad que depende de los designios humanos se agreguen hechos positivos, tangibles, concretos que la exterioricen. Estos hechos habrán puesto en peligro el bien que el derecho protege con la represión del determinado delito que lo vulnera.

“Los problemas referentes al grado de ejecución del delito fueron objeto de ardua discusión en el pasado. A estas fechas y entendidas clarificadas en la mayor parte de las obras de los doctrinarios las discrepancias en torno al comienzo de la acción típica, el asunto es reductible a unos cuantos párrafos, con una inevitable aclaración: la de entender que esta infracción representa un tipo de actividad que no precisa de resultado alguno y en donde basta la mera realización de la propia acción para entender consumado el delito y afectado, de paso el bien jurídico. Superada la teoría objetivo-formal debe admitirse la realidad de formas accesorias de tentativa.

Tratándose de una conducta de mera actividad, la violación se consuma con el logro del acceso carnal violento y no precisa de ninguna mutación o resultado en el mundo exterior“.⁵³

Welzel dice que la tentativa es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de delito. En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe

⁵³ Valencia Martínez Jorge Enrique (ob.cit.), pág. 58.

darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado. Si por eso, para la consumación es suficiente el dolo eventual, entonces también es suficiente para la tentativa.

“Tal como se ha venido afirmando, el delito de abuso sexual con acceso carnal se consuma precisamente con el ‘acceso carnal’, cualquiera sea el grado de penetración, de modo que no se requiere penetración completa ni el perfeccionamiento fisiológico del acto sexual. La violación admite la tentativa, al ser un delito de resultado, por tal motivo, antes de la penetración serán admisibles actos de ejecución que, guiados por el dolo de violación, se conduzcan hacia el fin propuesto, y que no se consuman por razones ajenas a la voluntad del autor, de acuerdo con el artículo 42 del Código Penal. La tentativa es una manifestación delictiva con un déficit en el tipo objetivo o, dicho en otros términos, en la tentativa se da que junto a un tipo penal subjetivo cumplido plenamente, existe un tipo penal objetivo incompleto. La finalidad del agente resulta entonces clave para la tipificación del hecho, debiendo establecerse que el propósito del agente era el acceso carnal y no simplemente la búsqueda de un torpe desahogo sexual, para calificar el hecho como abuso sexual mediante acceso carnal en grado de tentativa”.⁵⁴

La tentativa de violación implica actos de ejecución del delito y su no consumación por causas ajenas a la voluntad del agente, por lo que si en la especie no existió cópula y hay ausencia de pruebas que acrediten que el procesado realizó actos tendientes a ese fin sin llegar a consumarlo por causas ajenas a su voluntad, es claro que los hechos realizados podrán ser constitutivos de cualquier otra figura delictuosa, pero no la imputada. Habrá violación en grado de tentativa, si del examen de los medios de prueba, se concluye con certeza que el inculpado realizó actos encaminados directos e inmediatamente a obtener por medio de la violencia física la cópula con la ofendida, no lográndose la consumación del acto, por causas ajenas a la voluntad del agente activo.

⁵⁴Donna Edgardo Alberto (ob.cit. Tomo I), págs. 590-592.

El autor Luis Rodríguez dice que toda la doctrina reconoce que quien se desiste voluntariamente de realizar el acceso carnal, luego de haber realizado actos susceptibles de ser calificados como tentativa, queda exento de castigo, al menos a título de violación, porque los autores, sin excepción reconocen que cabe la sanción por los actos efectivamente ejecutados, según el tipo que en cada caso logre captarlos. El mismo predicamento se advierte en la jurisprudencia española, que siempre ha demostrado una especial preocupación por delimitar el alcance de la voluntariedad del desistimiento, limitándolo por lo general a aquellas situaciones en que no opere un impedimento de orden fisiológico para la completa realización de los propósitos delictivos.

La tentativa puede ser imposible por falta de idoneidad del medio, en la que caben los casos de incapacidad fisiológica del sujeto activo para llevar a cabo el acceso, siempre y cuando no se trate de una incapacidad transitoria originada en las mismas circunstancias del hecho, ya que en este último supuesto estaríamos ante la tentativa común.

Por lo expuesto, si no se consigue la penetración no existe infracción consumada e incuestionablemente se hablará de una tentativa de violación. En la estructura del delito, el uso de acciones violentas o intimidaciones que recaen sobre el cuerpo o la psicología del destinatario, enderezadas al logro de la cópula carnal y mal lograda en su producción final por causas ajenas a la voluntad del sujeto, carecen de instancia consumativa.

Constituye asimismo tentativa la acción de quien, tras vencer la voluntad del sujeto pasivo, intenta copular con él, sin conseguirlo, por razones extrañas a su propio querer. En tales supuestos, la presencia de un tipo dependiente no admite duda ninguna por estar dichos actos estrechamente vinculados al núcleo de la acción material.

Para concluir señalaremos lo que Bacigalupo dice respecto a la tentativa: “la llamada teoría objetiva considera que la tentativa es punible por el peligro que ha corrido el bien jurídico protegido. Esta teoría no puede admitir la punibilidad de la

tentativa absolutamente inidónea, es decir, aquella que de ninguna manera tenía actitud para producir la consumación. Sin embargo la teoría objetiva pudo ser extendida a la tentativa inidónea reconociendo que no solo entraría en consideración el peligro corrido por el bien jurídico, sino también la peligrosidad exteriorizada por el autor. Esto sólo resultó posible en la medida en que la pena se fundamentó en la prevención especial. La relación tiene que darse en un doble sentido: en la peligrosidad del hecho y en la peligrosidad del autor. La teoría objetiva es mayoritaria en la dogmática española”.⁵⁵

4.4. Concurso con otros delitos

El artículo 514 del Código Penal Ecuatoriano dice: “si la violación produjere una grave perturbación en la salud de la persona violada se aplicará la pena establecida para los numerales 2 y 3 del artículo anterior y, si le produjere la muerte, la pena será de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años.

Igual pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años, se impondrá a los responsables de violación si las víctimas con sus descendientes, ascendientes, hermanos o afines en línea recta; debiendo en su caso ser condenados además a la pérdida de la patria potestad”.

De manera general la confluencia de distintos modos comisivos utilizados para lograr el mismo acceso (por ejemplo ejercicio de violencia sobre la víctima privada de razón) no multiplica la delictuosidad.

Las lesiones producidas por el acceso mismo (rotura del himen, escoriaciones anales leves) quedan absorbidas por la violación, tanto como otras lesiones que no lleguen a constituir grave daño a la salud, producidas en la víctima por el despliegue de violencia sobre ella para lograr vencer su resistencia al acceso. La violación también absorbe la momentánea privación de libertad necesaria para conseguir inmediatamente el acceso, pero no la que se prolonga en el tiempo,

⁵⁵ Bacigalupo Enrique (ob.cit), pág. 440.

aunque sea con miras al acceso o a repetir los accesos, lo cual constituye un rapto, que opera en concurso real con la violación.

“Las lesiones leves producidas por la violencia ejercida para lograr el acceso carnal y las propias originadas del mismo acceso (rotura del himen) quedan absorbidas por la figura de violación, en virtud del principio de consunción de acuerdo con Carmona Salgado.

Las lesiones inferidas a la víctima, antes o durante el acceso carnal por puro sadismo, constituyen un delito independiente que concurre con el de violación, al igual que las inferidas con posterioridad al acto, cualquiera fuere el motivo. Núñez ha sostenido que las lesiones y la muerte de la persona resultantes del acceso no concurren ni ideal ni materialmente con ella, afirmando que, de ser así, cuando el resultado ha sido buscado, es decir intencional, el mínimo de la pena que corresponda sería más benigno que cuando el resultado ha sido preterintencional”.⁵⁶

Francisco Muñoz Conde dice que en las diversas modalidades de la agresión sexual tiene que darse violencia o intimidación, este delito puede concurrir idealmente (una sola acción) con un delito de homicidio o lesiones, normalmente causadas por imprudencia; y en concurso real con los mismos delitos si se causan con acciones diversas, normalmente dolosas (homicidio o lesiones sádicas).

Cuando estos resultados se produzcan como consecuencia de la utilización de armas o instrumentos peligrosos, el concurso de delitos se establecerá. No cabe el delito continuado, aunque la jurisprudencia estima un solo delito de violación cuando concurrían varios accesos carnales en una misma ocasión y por los mismos sujetos.

Un problema de sumo interés es el saber si concurren la violación y los atentados al pudor.

⁵⁶Donna Edgardo Alberto (ob.cit. Tomo I), pág. 593.

Cuando un individuo realiza antes de la cópula violenta, atentados al pudor, ¿éstos se subsumen en el delito de violación?.

Vannini nos dice que “en fuerza del principio de la progresión, no es responsable del delito de actos libidinosos violentos en concurso material con la violación carnal, sino únicamente del delito de violación carnal, el culpable que inmediatamente después de haber llevado a cabo actos libidinosos violentos o abusivos (no dirigidos al enlace carnal) decida violar y viole a la víctima”. Frías Caballero piensa que “si un hecho es calificado como violación, quedan absorbidos los actos deshonestos que acompañen el acceso carnal sin necesidad de recurrir a la regla del artículo 54, pues no hay concurso ideal”. Por su parte, Maggiore considera que no es admisible el concurso entre la violencia carnal y los actos libidinosos, porque éstos están normalmente comprendidos en aquella, dando lugar a un solo delito progresivo, a menos que se hayan consumado en momentos distintos y con fines especiales.

El tratadista Alberto Donna dice que el delito de violación concurre idealmente con el de corrupción de menores, pues si bien parte de la doctrina y jurisprudencia opinan que la figura más grave por la consunción absorbe a la de menor gravedad, ello no ocurre necesariamente, aunque pueda haber violación o tentativa de ella sin corrupción, cuando se tiene acceso carnal violento. La cuestión constituye un aparente concurso de leyes, toda vez que no cabe una doble calificación legal de la conducta, ya que ésta queda atrapada por la figura de violación, resolviéndose así el caso por la relación de consunción que entre ambas figuras penales se opera.

“Soler estima: ‘la violación deja siempre rastros indudables en el cuerpo, algunos de ellos característicos de este delito, como la rotura del himen; pequeñas equimosis y aún lesiones inguinales. No son éstos los daños a que esta figura agravada se refiere. Ni siquiera es correcto pensar en que los rastros de esa clase puedan ser considerados como infracciones autónomas; son propiamente las violencias que la ley presume necesarias para que pueda hablarse de violación. Son lesiones leves absorbida por la figura misma ya consideradas por

la ley, al fijar el monto de la pena. Es caso de encuadramiento único y no doble', agregando que "la circunstancia de que una lesión no pueda llamarse propiamente grave daño, no impide la aplicación de la figura de la violación simple en concurso real con lesiones leves, siempre que no se trate de una de esas lesiones que pueden decirse presupuestas por el delito de violación".⁵⁷

La referencia de la ley al grave daño en la salud parece excluir los daños en la estructura corporal, lo cual no es del todo exacto: únicamente quedan excluidos de la agravante y absorbidas por el tipo básico de violación los daños estructurales que carezcan de toda influencia fisiológica, aunque sea temporal, o los que la tienen de escasa importancia, según aclaramos precedentemente.

Se ha dicho que únicamente quedan insertos en la agravante los graves daños que resulten para la salud de la víctima, cuando procedan del acceso carnal mismo o de la violencia ejercida por el autor en el acto de la consumación; pero que operan en concurso real con la figura básica de violación los daños perpetrados durante el iter criminis que alcanzó a los actos ejecutivos anteriores al momento consumativo (por ejemplo los golpes dados a la víctima para doblegar su voluntad) y, por supuesto, los posteriores a ese momento consumativo aunque estén relacionados con el hecho de la violación.

Para Donna la agravante que conlleva la muerte sólo contempla los casos en que haya existido en el autor dolo directo de primer grado o de segundo grado, y el dolo eventual.

En cambio, cuando el autor seleccionó el abuso sexual como medio para matar a la víctima, no habrá agravante, sino ambos delitos (abuso sexual en cualquiera de sus formas y homicidio), los que concurrirán realmente. Cuando la muerte es el medio para conseguir la consumación del hecho típico del modo que lo quiere el autor, aquel concurrirá con el homicidio siempre que la violación se produjera mientras, por ejemplo la víctima estuviera agonizando.

⁵⁷Petit Candaudap Celestino Porte (ob.cit), pág. 95.

La ley agrava la pena para los delitos de abuso sexual en sus tres modalidades de comisión simple (simple, gravemente ultrajante y mediante acceso carnal) y estupro, cuando se produjere la muerte de la víctima.

Para que se de la agravante debe existir una relación de causalidad entre la conducta del autor y el resultado moral, de modo que se pueda imputar a la acción del autor el resultado de la muerte, estos desde el punto de vista objetivo.

Ya hemos expresado la idea basada en la ley que marca a nuestro juicio el esquema esencial de ahora en más para los delitos cualificados por el resultado.

“Desde el punto de vista subjetivo, también aquí se pronuncian tesis encontradas. Para algunos solo queda comprendida en la agravante la muerte como resultado preterintencional, para otros, además la muerte como resultado preterintencional, quedan comprendidos en la agravante los supuestos en que el resultado de muerte haya sido previsto como consecuencia probable del acceso y eventualmente aceptada su producción (por ejemplo, en el caso de la violación de una menor de muy corta edad). Claro está que no se da la agravante cuando la violación ha sido seleccionada por el autor como medio para matar a la víctima; entonces ambos delitos (violación y homicidio) concurren realmente. Aunque el caso es bastante académico, cuando la muerte es el medio para conseguir el acceso del modo que lo quiere el agente, la violación concurre con el homicidio (por ejemplo, el que por un impulso sádico quiere acceder a un agonizante y el acceso carnal se produce después del golpe mortal, pero antes de que ocurra la muerte)”.⁵⁸

Para finalizar, Celestino Porte dice que el golpe que propinó el inculpado al ofendido es un acto punible que concurre en acumulación real con el delito de violación, aunque no obstante el ligamento de las acciones y su unidad de intención, son ejecutadas en actos distintos, siendo aplicable lo dispuesto por el artículo 18 del Código Penal.

⁵⁸ Creus Carlos (ob.cit. Parte Especial-Tomo I), págs. 196-197.

Es inexacto que el atentado contra la libertad y seguridad sexual sólo admita como medio adecuado en la violencia física, la consumación de lesiones, y por consiguiente, que desaparezca esta figura como entidad delictiva e independiente, supuesto que el ejemplo de la fuerza muscular no necesariamente debe causar daños sino que en ocasiones se circunscribe a maniobras de amordazamiento, sujeción o ligaduras o en general inmovilización del paciente; pero cuando, además ocasionan alteración a la salud o a la muerte, concurren con el delito de violación los delitos de lesiones u homicidio y, en otros, disparo de arma de fuego u otros ataques peligrosos, de suerte que son aplicables a otros casos las reglas del concurso de infracción, por lo que si, al oponerse el designio criminal, la sujeto pasivo fue golpeada por el reo, éste consumó además de la tentativa acabada de citar o delito frustrado de violación, el diverso de lesiones.

La violación se agrava cuando el acceso carnal ilegítimo constituye, a la vez, una relación incestuosa, lo cual ocurre si el hecho lo comete un ascendiente, descendiente, afín en línea recta o hermano. Puede tratarse de un parentesco fundado o no en el matrimonio (vínculo de sangre). El carácter de hermano lo posee tanto el bilateral como el unilateral.

El hecho de que el autor no conozca el vínculo que lo unía a la víctima lo hace encontrarse ante un error de tipo que eliminaría el dolo de la figura agravada, sin perjuicio de que queden subsistentes los tipos penales del primero, segundo y tercer párrafos.

Se trata de un simple aumento aritmético justificado porque son delincuentes de mayor perversidad los ascendientes, descendientes, etc., que hubieren cometido algún delito sexual en contra de los padres, hijos, hermanos, pupilos, sirvientes y en general de todas las personas que se convierten en víctimas fáciles de estos delitos.

“El dolo de la agravante exige en el agente el conocimiento del vínculo que lo une con la víctima; la duda sobre dicho vínculo equivale al conocimiento (admitir la

posibilidad de violar a quien está unido por el vínculo, aunque sin saberlo con certeza).

La calidad de Ministro de Culto se extiende a todo ministro de una religión. La sola calidad sitúa al autor en la agravante, aunque esa calidad no sea conocida por la víctima; para otros, por el contrario, es necesario que por lo menos, exista alguna relación entre el autor y la víctima derivada de la caridad de aquel, aunque mas no sea que el simple sentimiento de respeto que inspira a la víctima el conocimiento de dicha calidad”.⁵⁹

4.5. Agravantes de los tipos penales

El artículo 515 del Código Penal Ecuatoriano dice: “el mínimo de las penas señaladas por los artículos precedentes será aumentado con cuatro años:

Si los responsables son de los que tienen autoridad sobre la víctima.

Si son institutores, o sus sirvientes, o sirvientes de las personas arriba designadas;

Si el atentado ha sido cometido sea por funcionarios públicos, o ministros del culto, que han abusado de su posición para cometerlo; sea por profesionales de la salud y personal responsable en la atención y cuidado del paciente, comadrones o practicantes, en personas confiadas a su cuidado; y,

Si en los casos de los artículos 507 y 512, el culpado, quien quiera que sea, ha sido auxiliado en la ejecución del delito por una o muchas personas”.

El ecuatoriano Efraín Torres Chávez dice que el cambio es enteramente válido porque hay un amplio espectro al decir de modo genérico profesionales de la salud, que científicamente se entienden por médicos, cirujanos, farmacéuticos, químicos y los que han recibido títulos universitarios por una parte, y por otra, personal responsable en la atención y cuidado del paciente, que como el Diccionario lo permite en sus acepciones, se entienden todos los demás como

⁵⁹ Creus Carlos (ob.cit. Parte Especial-Tomo I), pág. 191.

practicantes, ayudantes, limpieza, etc. Las enfermeras graduadas en las universidades son también profesionales de la salud por una parte y, además son al mismo tiempo responsable en la atención y cuidado del paciente; es decir, por esta situación ambivalente la enfermera, de todos modos es sujeto activo privilegiado.

Es tutor aquel a quien la ley confiere el derecho para gobernar la persona y bienes del menor de edad, que no está sujeto a la patria potestad, y para representarlo en todos los actos de la vida civil.

Es curador quien administra los bienes al menor de edad, declarado incapaz.

La ley ha incluido expresamente a estas dos figuras que la doctrina y la jurisprudencia siempre consideran incluidas entre las personas encargadas de la educación o guarda del sujeto pasivo.

“Para Núñez, no es indispensable que el autor cometa el delito abusando de la función, pero sí que exista una concreta vinculación con el sujeto pasivo en virtud de la función que respecto de él cumple el agente: el maestro caerá en la agravante si viola a la alumna del colegio en que enseña, pero al contrario, no cuando lo hace sobre una alumna de otro establecimiento con el que no posee relación alguna. Soler en cambio exige una situación de influencia moral, lo que se acerca más al sentido del agravante”.⁶⁰

El que de modo regular cuida la persona de aquella, atendiendo sus necesidades o ciertos aspectos de las mismas, aunque no conviva con ella y se trate de un encargo que no se desempeña con continuidad, puede ser un encargo originado en la función como el director de un hospital u originado en una convención, como el enfermero contratado, o en una situación de hecho que hasta puede tener un arranque ilícito como el que ha secuestrado a un menor.

El encargado de modo regular que debe cuidar a una persona por convención u oficio (director de un hospital de enfermos mentales) o por una situación de hecho,

⁶⁰Donna Edgardo Alberto (ob.cit. Tomo I), pág. 608.

atendiendo sus necesidades, aunque no conviva con ella, y se trate de un encargo que no se desempeñe con continuidad. La jurisprudencia ha reconocido la calidad del concubino que asume funciones de jefe del hogar, respecto de los hijos de la concubina, pero tales sujetos no quedan subsumidos en la agravante cuando no han asumido esa calidad de jefe del hogar, y mucho menos el que se limita a mantener relaciones íntimas con la madre.

“La agravante opera cuando el autor es un ministro de algún culto reconocido o no. No cabe duda de que la ley ha tenido en cuenta no sólo la inobservancia de atender a la asistencia espiritual o al cuidado de la víctima, sino también la particular situación en que esa puede encontrarse respecto del autor, lo cual puede favorecer su actividad tomándola por ello más peligrosa para el bien jurídico protegido”.⁶¹

De parentesco la agravante se funda en el carácter incestuoso de la relación, no en la violación de un específico deber de guarda que puede no existir en alguno de los supuestos mencionados.

Además de las palabras de la ley, ese fundamento indica que basta la relación parental para que se dé la agravante no siendo necesario que el autor haya abusado o aprovechado de la situación en que lo coloca el parentesco para cometer el hecho.

La violación se presenta más agravada con las condiciones que aquí se establecen: ascendientes, descendientes, hermanos o afines de la víctima (la persona en quien ha sido cometido el atentado), o tiene una autoridad sobre ella o son institutores, sirvientes, funcionarios públicos o sacerdotes que se han aprovechado de su situación para cometer el ilícito, palabra ésta que no equivale a tentativa sino a delito que bien puede ser consumado.

Para Valencia Martínez el concurso de agentes tiene una base objetiva que se fundamenta en que un número plural de individuos dificulta al máximo la capacidad de resistencia en la víctima y sus posibilidades de defensa, existiendo

⁶¹Donna Edgardo Alberto (ob.cit. Tomo I), pág. 604.

por tanto, para los concurrentes, mayores probabilidades de alcanzar con éxito el crimen sexual propuesto.

Con relación al número mínimo de sujetos que intervienen en la comisión el hecho, es evidente que sólo se necesitan dos personas con independencia del papel específico que desempeñen durante la ejecución material de la acción reprobada. A tales efectos es bastante con que uno de los intervinientes tenga el acceso carnal violento con la asistencia simultánea material de los demás culpables aunque estos últimos no alcancen la calidad de autores o coautores. No es menester que todos hayan violado.

Cuando el sujeto, autor de la violación no se detiene ante personas que dependen espiritual o materialmente de él, aprovechando la facilidad de acción que le brinda su ascendiente personal y su situación de privilegio y abuso de su carácter (condición emanada de las relaciones naturales entre las personas, como la de ascendientes e hijos), posición (condición creada a virtud de una dignidad como la del sacerdote de un culto) y cargo (condición de subordinamiento en que se encuentra colocada la víctima respecto al autor por razones de categoría social, económica, laboral o de autoridad, por ejemplo, el propietario de una factoría respecto a sus empleados), la transgresión de estos deberes reclama una más enérgica y mayor sanción punitiva.

CONCLUSIONES

- La libertad sexual debe ser entendida como la capacidad de actuación que le asiste al individuo con el solo imperio de su voluntad de disponer ante si y frente a los demás integrantes de la comunidad con libertad de elegir, aceptar o rechazar las pretensiones que se produzcan en la esfera de su sexualidad.
- Delito Sexual es toda conducta o comportamiento que atenta contra los derechos básicos fundamentales de las personas: a la vida, la libertad, la integridad y la dignidad humana; y, se manifiesta con conductas agresivas, temporales o permanentes que buscan lesionar a una persona que se encuentra o se coloca en condiciones de inferioridad.
- La violación es un acto sexual (acceso carnal, cópula) con persona viva, que se produce mediante la anulación de la voluntad de la persona violada, ya sea porque el sujeto utilizó la fuerza física, la intimidación, o porque el sujeto pasivo no puede resistir por estar privado de la razón o por ser menor de edad.
- Dentro de este tipo penal debemos entender por violencia sexual no solo al empleo de la fuerza física, sino también a la coacción o fuerza moral para vencer la resistencia de la víctima.
- No es posible juzgar un delito sin comprenderlo, pero para esto no solo se necesita conocer los antecedentes de la situación sino el valor de todos los factores de los que depende la reacción humana en un momento dado.
- La violación es un delito de mera actividad, porque aparte de la conducta, el tipo no exige ningún otro suceso, y menos aún un suceso encuadrable bajo la idea de resultado.
- La violencia o la intimidación tiene que llevarse a cabo por el sujeto activo a fin de vencer la resistencia de la víctima al acceso carnal o para impedir que esa resistencia se produzca, lo cual requiere la actual resistencia de la víctima o la posibilidad que la despliegue.

- Los efectos de la violación sexual son la lesión física y la espiritual pues es imposible suponer que ésta no se produzca, por cuanto es un modo de ofender la honestidad, mirada ésta como un derecho a la intimidad, a la reserva sexual que es un derecho del individuo.
- La falta de consentimiento debe ser objetiva, en el sentido de que no es necesario que ella sea permanente y en igual medida que la violencia ejercida sobre quien resiste.
- La antijuridicidad en el delito de violación consiste en determinar bajo qué condiciones se puede afirmar que una acción típica es además contraria al derecho.
- Además del dolo, el delito de violación exige la concurrencia de un elemento subjetivo del tipo consistente en un ánimo libidinoso o propósito de obtener una satisfacción sexual.
- El elemento material de la violación se encuentra constituido por la conjunción carnal como fin, contra o sin la voluntad del sujeto pasivo y empleando la violencia como medio o aprovechando de la especial condición del mismo señalada por la ley.
- El sujeto activo en la violación, como en todo delito, es una persona imputable, dotada de madurez fisiológica para la realización de la cópula.
- El sujeto pasivo en el delito de violación es una persona de género igual o diverso del sexo del autor, no es menester que la víctima sea casta y honesta.
- Para que exista la violación debe realizarse la cópula por medio de la vis absoluta (violencia física) o compulsiva (violencia moral), por lo tanto tiene que concurrir el dolo directo.
- La violación admite la tentativa, al ser un delito de resultado, por lo tanto antes de la penetración serán admisibles todos los actos de ejecución que conduzcan hacia el fin propuesto, y que no se consuman por razones ajenas a la voluntad del autor.

BIBLIOGRAFIA

ALBAN GOMEZ ERNESTO, Manual de Derecho Penal Ecuatoriano-Parte General, Ediciones Legales, Quinta Edición, 307 páginas, Quito Ecuador.

ALTAVILLA ENRICO, La Dinámica del Delito Tomo II Parte Especial, Editorial Depalma, año 1973, 779 páginas, Buenos Aires Argentina.

AVILA SANTAMARIA RAMIRO, El Género en el Derecho Ensayos Críticos, Edición Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, año 2009. Quito Ecuador.

BACIGALUPO ENRIQUE, Derecho Penal-Parte General, Editorial ARA Editores, año 2004, 557 páginas, Lima Perú.

CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.

CREUS CARLOS, Derecho Penal-Parte General, Editorial ASTREA, año 1988, 451 páginas, Buenos Aires Argentina.

CREUS CARLOS, Derecho Penal-Parte Especial Tomo I, Editorial ASTREA, año 1983, 592 páginas, Buenos Aires Argentina.

DONNA EDGARDO ALBERTO, Derecho Penal-Parte Especial Tomo I, Rubinzal-Culzoni Editores, año 2007, Tercera Edición, 805 páginas, Argentina.

GARCIA FALCONI JOSE, Manual Teórico Práctico en Materia Civil – Parte Práctica del Juicio por la Acción de Daño Moral y Forma de Cuantificar su Reparación, Ediciones Rodin, año 2005, Primera Edición, Quito Ecuador.

GOLDSTEIN RAUL, Diccionario de Derecho Penal y Criminología, Editorial ASTREA, año 1998, Tercera Edición, Buenos Aires Argentina.

MUÑOZ CONDE FRANCISCO, Derecho Penal-Parte Especial, Editorial Tirant Lo Blanch, año 2001, Décimo Cuarta Edición, Valencia España.

OJEDA MARTINEZ CRISTOBAL, Delitos Sexuales, Editado por Luis Bolívar Marín, Segunda Edición, 406 páginas, Babahoyo Ecuador.

PETIT CANDAUDAP CELESTINO PORTE, Ensayo Dogmático sobre el Delito de Violación, Editorial Jurídico Andina, 229 páginas.

RIGHI ESTEBAN, Antijuricidad y Justificación, Ediciones Lumiere, año 2002, 141 páginas, Argentina.

RODRIGUEZ COLLAO LUIS, Delitos Sexuales, Editorial Jurídica de Chile, año 2001, Santiago Chile.

TORRES CHAVES EFRAIN, Breves Comentarios al Código Penal Ecuatoriano, Volúmen IV, Editorial UTPL, año 2000, Loja Ecuador.

TOSCANO SILVIO, La Sexualidad Frente al Derecho-Análisis Jurídico Comparado de la Legislación Ecuatoriano en Materia Sexual, 176 páginas.

VALENCIA MARTINEZ JORGE ENRIQUE, Delitos contra la Libertad y el Pudor Sexuales, Editorial Jurídico Andina, año 1993, 138 páginas, Bogotá Colombia.

WELZEL HANS, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 12 Edición, año 1987, 403 páginas, Santiago Chile.