



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

LOS DELITOS SEXUALES EN EL SISTEMA PENAL VIGENTE

**Tesis Previa a la Obtención del Título de Doctora en
Jurisprudencia y Abogada de los Tribunales de Justicia de
la República**

Autora: ANA PAULA JÁCOME ÍÑIGUEZ

Director: DR. HERNÁN COELLO GARCÍA

**Cuenca – Ecuador
2007**

DEDICATORIA

Con cariño infinito a mis padres y hermanas quienes han sido mi mayor motivación y respaldo en todos estos años de carrera. Se que sin duda estarán a mi lado en el nuevo camino a recorrer.

A todos quienes de una u otra forma me alentaron para cumplir esta meta que me llena de orgullo y satisfacción.

AGRADECIMIENTO

Dejo constancia de mi profundo y sincero agradecimiento al Doctor *Hernán Coello García* por el honor de haber sido mi Director en el trabajo final previo a mi graduación.

A mi gran amiga Ceci por su tiempo, apoyo incondicional y la paciencia brindada en el proceso de elaboración de este trabajo.

Índice de Contenidos

Dedicatoria	ii
Agradecimiento	iii
Índice de Contenidos	iv
Resumen	vi
Abstract	vii
INTRODUCCIÓN	1

LOS DELITOS SEXUALES EN EL SISTEMA PENAL VIGENTE

CAPÍTULO I

1.1. El derecho a la Libertad Sexual: Concepto y Reseña Histórica	2
1.2. Su reconocimiento y vigencia en las Constituciones de Latinoamérica	8
1.3. Criterios y Doctrinas Religiosas en torno al tema	13
1.4. El derecho a la Libertad Sexual y su concepción en las sociedades actuales (2000-2005): Orientaciones Sexuales: Su ambigüedad y aceptación	16

CAPÍTULO II

2.1. El delito: Las conductas penales antijurídicas	21
2.2. Características generales para que se configuren los delitos sexuales	24
2.3. Los bienes jurídicos protegidos.- Análisis a cada uno de ellos: Libertad Sexual, Moral y Pudor	27

CAPÍTULO III

3.1 El delito de la violación: Conceptos	30
3.2 Bienes jurídicos protegidos: Libertad, Elección y la Honra	32
3.3 Sujetos penales del delito: Activo y Pasivo	34
3.4 Elementos constitutivos del Delito de Violación	36
3.4.1 Tipo Objetivo. Conducta o hecho típico.	36
3.4.2 Tipo Subjetivo. Culpabilidad (DOLO)	39

3.4.3 Ausencia de consentimiento y no existencia de la posibilidad de ejercicio de un derecho. ANTIJURIDICIDAD	40
3.5 Formas en las que puede suscitarse el delito de Violación	41
3.6 Tentativa del Delito de Violación	44
3.7 Trámite amparado en la Ley Ecuatoriana: Análisis al Art. 514 del Código Penal vigente: Agravantes del Delito y penas aplicables	45

CAPÍTULO IV

4.1 El Estupro: Generalidades.- Conceptos	49
4.2 Elementos Constitutivos del Delito de Estupro	50
4.3 Sujetos penales del delito de Estupro	51
4.4 Trámite previsto en las Leyes Penales Ecuatorianas.	52
4.5 Penas contempladas para este delito	53

CAPÍTULO V

5.1 Atentado contra el pudor: Generalidades. Conceptos	55
5.2 Sujetos penales del delito de Atentado al Pudor	57
5.3 Formas en que puede suscitarse el delito del Atentado al Pudor	58
5.4 Características esenciales y constitutivas del delito	59
5.5 Trámite legal del delito de Atentado al Pudor.	60

CAPITULO VI

6.1 El delito de Acoso Sexual: Conceptos	61
6.2 Sujetos penales del delito de Acoso Sexual	62
6.3 Características constitutivas del delito	62
6.4 Tipos de Acoso Sexual y Penas Aplicables a los mismos	63
6.5 Trámite legal	65
6.5.1 Formas de Acoso Sexual de Acción Penal Pública	66
6.5.2 Circunstancias Atenuantes y Agravantes de los Delitos Sexuales	67

Conclusiones	69
Recomendaciones	71
Bibliografía	73

RESUMEN

El 23 de junio de 2005, se publicó en el R.O. 45, la Ley Reformatoria al Código Penal Ecuatoriano, que tipifica los Delitos Sexuales, específicamente la violación, estupro, atentado contra el pudor y acoso sexual, tipos penales analizados en la presente Tesis Doctoral.

Las reformas han sido de mucha importancia, puesto que en cuanto a los conceptos estos se han ampliado para evitar la subjetividad a la hora de juzgar por parte de las autoridades competentes; así mismo en relación a las penas éstas se han endurecido, con el objeto de proteger de mejor manera a la víctima o sujeto pasivo del delito sexual.

ABSTRACT

On June 23, 2005 was publicised in the Official Register number 45 the Reformatory Law of the Penal Ecuadorian Code, in this book are the Norms of the Sexual crimes, in special the violation, "estupro", offence virtue and pursuit sexual", this themes are studied in the present work.

The reforms are very important because the concepts used in the new law, are so ample and eliminate de subjectivity in the time of judge for the authorities; also, the punishment is so hard for protect the victims of the sexual crimes.

INTRODUCCIÓN

La violencia sexual es una expresión inaceptable del maltrato en contra de mujeres, niñas, niños, adolescentes y ahora se incluye a los hombres en general. Como una muestra del ejercicio del poder y de las desigualdades a lo largo de la historia que afectan indiscutiblemente en la mayoría de los casos a mujeres y niñas.

Quebranta directamente la libertad, dignidad e integridad sexual de las personas afectadas, menoscabando sus derechos humanos fundamentales, reconocidos además en nuestra Constitución Política vigente, a través del uso de la fuerza, intimidación, amenaza, chantaje, coerción, soborno o cualquier otro mecanismo que anule o limite su voluntad.

En cuanto a la tipificación y penalización de estos delitos sexuales, el Estado Ecuatoriano al ratificar convenios internacionales y revisar la legislación interna ha efectuado notables cambios en el tema. Lo que ha significado que estas reformas sean el producto de la lucha de los movimientos de mujeres, organizaciones juveniles, y otros relacionados con el tema.

La investigación se plantea por la novedad que generó la reforma al Código Penal en cuanto a este contenido y el hecho de palpar la realidad que demuestra, un alto índice de personas que son afectadas con este tipo de delitos. A través de este trabajo de Tesis Doctoral poder aportar de alguna manera con la intención de que se profundice la información o a su vez las recomendaciones puedan ser tomadas en cuenta por las autoridades pertinentes.

LOS DELITOS SEXUALES EN EL SISTEMA PENAL VIGENTE

CAPÍTULO I

1.5. El derecho a la Libertad Sexual: Concepto y Reseña Histórica

Para dar inicio a la presente Tesis Doctoral, es necesario que se precisen los términos que serán utilizados a lo largo de la misma, por lo que comenzaré transcribiendo algunas acepciones de “libertad sexual”, con lo que el panorama será absolutamente claro y sencillo de entender, así:

Derechos Sexuales

“La facultad que a cada uno compete (naturalmente dentro de los límites del derecho y de las costumbres sociales) de disponer del propio cuerpo para fines sexuales”¹.

“Cada ser humano tiene derecho a elegir libremente cual será el objeto de su actividad sexual, o aún prescindir totalmente de ella si así lo prefiere.”²

“Es el derecho de la persona para disponer de su cuerpo en materia erótica como a bien tenga, y consecuentemente, para abstenerse de cumplir relaciones sexuales”³

Libertad:

“Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar por lo que es responsable de sus actos”⁴

Sexual:

¹ ANTOLISEI Francesco. MANUALE DI DIRITTO PENALE. T. 1 Milano. 1958

² OJEDA MARTÍNEZ Cristóbal. DELITOS SEXUALES. Babahoyo – Ecuador. 1999

³ BARRERA DOMÍNGUEZ Humberto. DELITOS SEXUALES. Bogotá. TEMIS. 1963

⁴ CABANELLAS Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Heliasta SRL. 1997

“Del lat. *Sexuālis*. Perteneciente o relativo al sexo. En lo relacionado a abusos, acoso, acto, agresión, carácter “⁵.

A partir de estas especificaciones, podemos colegir que la libertad sexual puede ser entendida como el bien jurídico protegido dentro de las diversas legislaciones a través de todos sus cuerpos legales, como la autonomía para la toma de decisiones en el ámbito de la libido, por lo que, su trasgresión acarrearía una serie de consecuencias tales como: **1.** Tomando en cuenta a la persona como víctima adquiere secuelas psicológicas, emocionales, físicas, sociales, etc. **2.** Por otro lado, el victimario a quien se le atribuye el acto delictivo en el aspecto sexual, se le imputarán penas como medio de sanción luego del proceso penal pertinente.

Los defensores de la libertad como fundamento de la característica penal han ubicado a los delitos sexuales en las distintas legislaciones como delitos contra la libertad sexual. A pesar de que los criterios de valoración no son coincidentes en cuanto a entender cuando se está coartando la libertad.

La **libertad sexual** debe ser enfocada desde el aspecto negativo mediante el cual no se puede obligar a nadie a tener relaciones sexuales o actos de tipo sexual contra su voluntad. De tal manera que debe ser protegida porque es parte de las más esenciales e íntimas noblezas y dignidades humanas, como lo es el acto de disposición del propio cuerpo.

Reseña Histórica

Las concepciones acerca de los derechos sexuales, la libertad sexual y los delitos en contra de los nombrados, han ido variando a lo largo de la historia según la concepción asignada al Derecho Penal y Procesal Penal que acoge cada sociedad, por ende han contribuido a la determinación de tipos penales a través de los que el Estado ejerce su control sobre sus ciudadanos.

⁵ Microsoft® Encarta® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation.

Los pensamientos y los sentimientos en relación a la sexualidad son el producto de una determinada concepción moral sobre el cuerpo, que a lo largo de la historia ha servido para justificar ciertas prácticas o para condenar otras.

Desde esta óptica, es evidente la estrecha relación que existe entre la moral y el derecho penal, por eso es preciso que se expliciten las valoraciones que fundamentan comportamientos sexuales de los individuos, convirtiéndose en tipos penales o por el contrario aceptan ciertas conductas como socialmente válidas.

A partir de la segunda mitad del siglo XX en algunos países occidentales y en ciertas clases sociales, ha surgido una ola de liberalidad respecto a las costumbres sexuales y de interés, a veces morboso y superfluo y en ocasiones científico hacia estos temas. Dichas costumbres sufren cambios: Épocas de dominante puritanismo, o solo de circunspección, frente a tiempos de relajación en los hábitos sexuales.

Por lo que en la historia los pueblos con trascendencia que serán analizados en la presente Tesis Doctoral, se hará constar lo referente a las conductas sexuales y su relación con los conceptos religiosos que se manejaban en aquellos espacios temporales, así tenemos:

- **Antiguo Oriente**

El sexo tuvo gran importancia pues pasó a ser forma de expresión del rito religioso, tanto es así, en Egipto, se propagó la adoración fálica, el dios Osiris era representado con genitales inmensos, lo cual simbolizaba un poder supremo; a más de ello, las figuras de los templos ostentaban la mayoría de las veces los órganos escandalosamente erectos, creando confusión entre religión y sexo.

El incesto en los egipcios, era considerado una respetable institución nacional, conservada durante años con el fin de perpetuar la pureza de la sangre real.

En Babilonia, la prostitución sagrada era un incentivo para atraer la gente al templo, las jovencitas ganaban su dote matrimonial de ese modo. Podría hacerse una comparación con la actualidad en donde algunos países conciben el servicio militar obligatorio; en Babilonia existía para todas las mujeres un similar "servicio sexual", debían una vez en su vida ir al Templo de Venus y tener comercio carnal con un extraño.

Por tanto, en el Antiguo Oriente las concepciones de sexo y religión influían en la aplicación de las normas penales sexuales; no obstante, la violencia carnal y el adulterio eran penados; era evidente el desequilibrio clasista y la sujeción absoluta de la mujer al hombre, pues los poderosos eran considerados omnipotentes en materia sexual.

El castigo que se imponía en caso de incurrir en adulterio, no buscaba proteger a la mujer como persona, su integridad, defender el hogar o la pureza de la sangre, sino que por el contrario tenía un tinte claramente identificado como machismo y materialismo puesto que la mujer estaba destinada a conservarse como bien del marido; a diferencia de la mujer soltera quien no se debía a nadie en particular, tenía gran libertad de acción en el ámbito sexual.

- **Grecia**

Al revisar la mitología Griega, podemos encontrar que las acciones atribuidas a las divinidades como hazañas serían delitos en la mayoría de legislaciones contemporáneas; Zeus o Júpiter se convierte en águila para mantener relaciones homosexuales con el menor de Ganímedes, en cisne para violar a Leda, en lluvia de oro para estuprar y en toro para raptar a Europa.

El incesto era consuetudinario en el Olimpo, los ritos religiosos tenían como principal aspecto la realización de las orgías más desenfundadas y tal manera de actuar de las divinidades era imitada y admirada por los humanos. El "Estado-Ciudad" se valió de la homosexualidad para fines estatales, por ejemplo para combatir la superpoblación o en el fondo tal vez era un pretexto para justificar la perversión dominante. Solo en Atenas se intentó combatir y desterrar con leyes la homosexualidad al privar de la ciudadanía a sus practicantes; también se castigaba el adulterio, pero los griegos no se preocupaban de hacer cumplir la norma, se contemplaba la posibilidad de que el marido engañado arregle a su criterio pues podía matar o hacer matar, golpear o hacer golpear al cómplice, o exigirle una cantidad de dinero. Las leyes draconianas consentían los matrimonios y el concubinato por partida doble a pesar de ser severas.

- **Roma**

En Roma, al advenimiento del Cristianismo presidía un desequilibrio sexual producto de la opresión o del poder sobre casi todo el mundo conocido por parte de los romanos, los esclavos eran destinados a ser objetos de goce sexual. En el ámbito de pareja, se le consideraba afortunado al marido cuya mujer tuviera relaciones sexuales con solamente dos amantes. Los varones a partir de los 18 años frecuentaban burdeles y no importaba si incurrían en homosexualidad en aquellos lugares.

La célebre *Lex Julia* de vis publica dictada por Augusto castigaba la violación y el adulterio, sin embargo la protección sexual o abarcaba todas las mujeres pues dicha ley se limitaba a defender a ciertas mujeres libres y no a todas como por ejemplo, las comediantes y quienes eran dueñas de lugares públicos podían ser susceptibles de atentados sexuales impunemente.

- **Hebreos**

No pueden ser considerados paganos pues su religión fue la encargada de dar las bases al Cristianismo, ellos consideraban la mezcla de sexo y religión a pesar de que existen episodios en la Biblia que muestran que la vida sexual entre los hebreos no era precisamente ejemplar como es el caso de los patriarcas, uno de ellos, Jacob quien hacía vida marital con dos hermanas entre si, incluso tenía relaciones con dos siervas.

En cuanto al homosexualismo, era el vicio frecuente entre los hebreos; al contrario del incesto pues según la Biblia todos descendemos de un incesto, la relación entre los hermanos, hijos de Adán y Eva; así como el episodio de Lot y su hija.

- **Judíos**

Los judíos, son miembros de una comunidad o asociación étnica independiente quienes han tenido que enfrentarse a terribles e incesantes persecuciones, han alcanzado mantener su identidad durante casi diecinueve siglos: desde la disolución final de la provincia romana de Judea en el 135 d.C., hasta el establecimiento del moderno Estado de Israel en 1948.

La historia de los judíos está unida de forma inseparable a su religión; ésta regula cada uno de los aspectos de la vida judía, guía la educación de los más jóvenes e incluye, dentro de sus doctrinas tradicionales, la fe y la esperanza para la fundación de un reino mesiánico.

A pesar de que durante el siglo XIX hubo movimientos reformistas que comenzaron a afectar al judaísmo tradicional, todas las comunidades se mantuvieron unidas y fieles a sus leyes; junto a esa devoción religiosa.

“Sin embargo, para la historia judía, el éxodo significó un hecho de grandes proporciones. El pueblo fue guiado por Moisés, el primer gran profeta, quien en el Sinaí, el monte sagrado, recibió los Diez Mandamientos de Yahvé y estableció con él una Alianza. Esta primera religión incorporó ciertos conceptos fundamentales muy ligados al nomadismo, y que llegaría al judaísmo posterior, como algunos referidos a la propiedad, a los derechos individuales, a la *moralidad sexual* y a la importancia de la igualdad entre todos los miembros de la comunidad.”⁶

En el caso de los pueblos precolombinos de América Latina como son los Aztecas, Mayas, Chibchas y Quechuas también existían leyes penales en el ámbito sexual, que tenía innegable relación con la religión que profesaban, por ejemplo los Chibchas tenían penas para la adúltera y los homosexuales por medio del tormento; en el caso de quienes cometieran incesto eran sometidos a castigos tales como depositarlos en hoyos angostos llenos de agua con alimañas para que perecieran de manera miserable. Cuando había violencia carnal era castigada con la muerte para el soltero, para el casado, que su esposa cohabitara con dos solteros para someterlo a una pública vergüenza. Las penas impuestas a los homosexuales, eran bastante crueles pues el tormento consistía en: empalarlos con una palma espinosa hasta que le salía por el cerebro.

1.6. Su reconocimiento y vigencia en las Constituciones de Latinoamérica

Una vez que se ha hecho referencia al avance cronológico en la reseña histórica de los derechos sexuales, es importante que se plantee la legislación a nivel de Latinoamérica en torno a la defensa de los mismos; por lo que se hará constar en esta parte del presente Capítulo, los datos relevantes de las Constituciones Políticas de los países como: Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Perú, Costa Rica; análisis en el que se contemplan los artículos pertinentes de las mencionadas Cartas Magnas, en donde se

⁶ Microsoft ENCARTA 2006. Microsoft Corporation

hace referencia a los *derechos sexuales* o *libertad sexual*, según sea el caso; así:

Constitución: "Acto o decreto fundamental en que están determinados los derechos de una nación, la forma de su gobierno y la organización de los poderes públicos de que éste se compone" ⁷

La Constitución de cada Estado, es la ley fundamental que rige al mismo y lo ampara como un Estado soberano, siendo planteada como una guía para su gobernación; puesto que es el documento legal a través del cual se fijan los límites y define las relaciones entre las funciones legislativa, ejecutiva y judicial del Estado, estableciendo así las bases para su gobierno. Además, es el cuerpo legal en donde consta la garantía que tiene el pueblo por determinados derechos, que con el avance de los tiempos y el cambio de las sociedades, son normas que tienen que ir ajustándose para no quedar obsoletas frente a las distintas realidades que viven los diferentes pueblos.

Presentando así una definición de lo que se entiende por Constitución Política de un Estado, comenzaré haciendo el análisis de algunas de las Constituciones de Latinoamérica, en la parte pertinente a los Derechos Sexuales o Libertad Sexual de los ciudadanos.

- **Argentina**

La Constitución de la Nación Argentina, norma fundamental del Estado argentino, data de 1853, pero ha sido reformada en varias ocasiones. Las últimas reformas se produjeron en 1994. En lo que concierne al presente estudio, se incluye el artículo de constitucional que sirve como fundamento para la defensa de los derechos sexuales, o la llamada libertad sexual, que es el bien jurídico protegido cuando hablamos de los delitos sexuales.

⁷ CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Heliasta SRL, 1997

“Capítulo Primero

Declaraciones, Derechos y Garantías

Artículo 33. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.”

De la investigación se colige que el Estado Argentino, no hay contemplado dentro de su ordenamiento constitucional, ningún artículo en donde se haga específica referencia a los derechos sexuales, sino por el contrario, me he permitido transcribir aquel que plantea la posibilidad de que todo lo que no se haya contemplado en la Ley escrita, y que no afecten al orden público y ejercicio de la soberanía, **no** se entenderán como negados sino por el contrario están implícitos como garantías estatales.

- **Bolivia**

Otra de las Cartas Políticas que constan en la investigación es la Constitución Política de la República de Bolivia, la misma que data del año 1967, pero ha sido reformada en 1994; para la validez de la información en la presente Tesis Doctoral, se ha extraído la parte pertinente de la cual se colige su relación con los derechos sexuales.

“Título Primero

Derechos y Deberes fundamentales de la persona

Artículo 6. Todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídica, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías reconocidas por esta Constitución, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera.

La dignidad y la libertad de la persona son inviolables. Respetarlas y protegerlas es deber primordial del Estado”.

Es importante recalcar que, en la Constitución Boliviana, no se hace referencia específica a los términos de libertad sexual o derechos sexuales de los ciudadanos bolivianos o de quienes residan en el territorio del país, sino que se puede deducir del artículo constitucional transcrito, por su inequívoca relación con la dignidad y la libertad de los seres humanos, tal como se contempla en el precepto legal analizado. Si bien, se habla en términos generales es una forma de constancia dentro del ordenamiento jurídico principal del Estado Boliviano.

- **Chile**

En cuanto al Estado Chileno, la Constitución Política, como la norma fundamental que lo rige, data de 1980, pero ha sido modificada en 1989 y 1997; en la parte pertinente al estudio planteado se refiere en:

“Capítulo I

Bases de la Institucionalidad

Artículo 1. Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Al igual que el resto de ordenamientos jurídicos estatales, los derechos sexuales o la libertad sexual, no se encuentran individualizados sino por el contrario, se los entiende intrínsecamente incluidos dentro de los conceptos globales de libertad y dignidad, datos generalizados en las Constituciones Latinoamericanas.

- **Colombia**

La Constitución Política de Colombia, data de 1991, pero algunos de sus artículos han sido reformados; es el caso del artículo 35 sobre la extradición, modificado por acto legislativo en diciembre de 1997.

“Título I

De los principios fundamentales

Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”

Por deducción entendemos del precedente artículo, que el Estado Colombiano defiende la integridad sexual de sus ciudadanos como de los residentes en su territorio, así como también plantea la imposibilidad de relaciones homosexuales cuando contempla a la familia como institución básica de la sociedad.

- **Perú**

La norma fundamental del Estado peruano, su Constitución Política, rige desde 1993 ha sido incluida en la investigación realizada de las Cartas Magnas de Latinoamérica en lo referente a los derechos sexuales o la llamada libertad sexual de sus ciudadanos, por lo que se transcriben los artículos constitucionales pertinentes:

“Título I

De la Persona y la Sociedad

Capítulo I

Derechos fundamentales de la persona

Artículo 1. La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

Artículo 2. Toda persona tiene su derecho:

1. A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

Art. 2 num 24 literal h) Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes. Cualquiera puede pedir de inmediato el examen médico de la persona agraviada o de aquella imposibilitada de recurrir por sí misma a la autoridad. Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. Quien la emplea incurre en responsabilidad.”

Pese a que en la Constitución del Perú, no hay referencia específica a los derechos sexuales, podemos colegir que de manera intrínseca se los incluye al hablar de integridad moral, a la libertad en general o al impedimento explícito del uso de violencia en todos los aspectos.

- **Costa Rica**

En la Constitución Política de la República de Costa Rica, en vigencia desde 1949, con reformas posteriores, también se abarca en la investigación del tema planteado.

“Artículo 33. Todo hombre es igual ante la ley y no podrá hacerse discriminación alguna contraria a la dignidad humana. (Reformado por Ley N° 4123 de 31 de mayo de 1968).”

De igual manera, es evidente que los derechos sexuales o la libertad sexual, no son concebidos con esos términos específicos pero que a manera de deducción podemos considerar que están abarcados en la generalidad de la dignidad humana, y que como tal son bienes jurídicos protegidos por el Estado con sus respectivas sanciones tipificadas en caso de trasgresión.

En conclusión, del análisis realizado a las precedentes Cartas Políticas de Latinoamérica, puedo aseverar que los términos concretos de libertad sexual y derechos sexuales no se incluyen en ninguna de ellas, pero no obstante, la Constitución Política de nuestro país es mucho más concreta y directa en estos temas, lo que facilita el entendimiento y por ende respeto de estos bienes jurídicos protegidos.

1.7. Criterios y Doctrinas Religiosas en torno al tema

Con respecto al estudio de este punto en particular de la presente Tesis Doctoral, se indicarán los innegables aspectos de los criterios y doctrinas religiosas en su más amplia concepción. Es indiscutible que uno de los factores extrajurídicos que mayor influencia ha tenido sobre la conducta sexual humana es el religioso, ya sea regulando la conducta sexual de sus seguidores o el predominio del pensamiento religioso que en un

determinado país influiría en cierto grado sobre la normatividad penal en materia sexual.

Las Religiones respecto al sexo

a. Condenatorias de todo lo sexual.-

a.1. Religiones Orientales

a.2. Sectas Cristianas inspiradas en el Paulismo o reformadores protestantes.

Estas consideran la castidad como un ideal o como la virtud de las virtudes, califican como repudiable todo lo referente a la unión de los sexos, que la impureza sería el camino al averno. Incluso las relaciones monógamas eran criticables, llegando a extremos como que el cuerpo humano era origen de las tentaciones carnales por lo que se lo estimaba despreciable, es más se prohibía el sexo. Pero con esta extrema idea se acabaría con la forma más usual de conservar la especie humana, creyentes y la humanidad.

b. Reguladoras de la conducta sexual.-

Con esta posición se limita la licitud moral del acto sexual a una finalidad conservatoria de la humanidad y se estiman como pecaminosas las actividades sexuales que no conduzcan a ello. " La concepción Judeo-Cristiana es la que orienta el sexo hacia el cumplimiento del mandato bíblico < Crecer y multiplicarse como las arenas del desierto, como las estrellas del cielo, como las arenas del mar> " ⁸ En ella, además se condena al onanismo y homosexualismo por ser contraria a esos fines. Una típica posición es la regulación que el Cristianismo hace al matrimonio monógamo indisoluble.

⁸ MARTINEZ, Lisandro, DERECHO PENAL SEXUAL. Temis. Bogotá. 1993

c. Posiciones Tolerantes.-

Dentro de ellas, figura la religión musulmana, esta es una perspectiva que se aparta de la idealización de la monogamia son tolerantes en lo sexual no consideran la castidad como un ideal. En el caso de las leyes musulmanas, tienden a reducir la tentación fuera del matrimonio y aumentar las posibilidades dentro de él, imponiendo la moderación conyugal aceptando la poligamia limitando el número de esposas a cuatro.

d. Religiones Identificadoras del culto religioso y el sexo.-

Para esta el sexo es todo lo contrario de lo pecaminoso, se realizaban orgías sexuales en celebraciones religiosas así como también se adoraban con símbolos religiosos a los sexos, de igual forma se fomentaba la prostitución sagrada. En la actualidad, subsiste una secta llamada "los discípulos de Satanás" en California en donde llevan a cabo cultos sexuales. Entonces podemos visualizar el extremismo entre ésta corriente y las condenatorias a todo lo relacionado con el sexo.

En conclusión, no se puede negar que los códigos están en menor o en mayor grado influidos por los básicos postulados religiosos preponderantes en el respectivo país, la sabiduría del legislador reside siempre en no desconocer el ambiente y realidad para el cual legisla, "no toda la moral debe estar amparada por el derecho penal pero si todo el derecho penal debe estar amparado por la moral"⁹.

Hay que reconocer que la punibilidad penal tiene siempre la finalidad acorde con los ciclos culturales y la mentalidad de los pueblos respectivos.

⁹ Francisco González de la Vega

1.8. El derecho a la Libertad Sexual y su concepción en las sociedades actuales (2000-2005): Orientaciones Sexuales: Su ambigüedad y aceptación

El pensamiento liberal por su parte prioriza el ejercicio de la autonomía personal y la libertad como inherentes a su dignidad humana, el límite entre lo permitido y lo prohibido descansa en el consentimiento de las personas con capacidad para elegir y decidir, quedan excluidas las personas que por alguna circunstancia personal estén imposibilitados de manifestar su consentimiento.

En vista de lo cual, la legislación penal relativa a los delitos sexuales ha ido modificándose según el bien jurídico protegido, ya sea el honor, la moral pública o la libertad.

La preferencia y atracción sexual por personas del mismo sexo, en contraposición a heterosexualidad; así como la bisexualidad considerada como la atracción por ambos sexos. Son las principales conductas sexuales que se han destacado en las últimas épocas en las sociedades, por lo que el término 'gay' se viene aplicando a mujeres y hombres homosexuales.

Evidentemente los cambios en la sociedad se generan en todos los ámbitos de la vida, por lo que el aspecto sexual no puede ser dejado de lado y aunque es un tema extremadamente controversial, puesto que son influenciadas por el ambiente, la globalización, la información que está al alcance de todos sin restricciones de ningún tipo, siempre serán un factor que incida en las decisiones en las preferencias sexuales, que lastimosamente ahora también forman parte de la moda.

Homosexualidad

De estas nuevas orientaciones o llamadas preferencias sexuales, se plantea a la homosexualidad, orientación que ha variado a lo largo de las diferentes épocas de la humanidad y entre los diversos grupos y subgrupos culturales; fluctuando entre la antigua Grecia, en donde se fomentó y

aceptó abiertamente; por otro lado en el Imperio Romano, fue notable la tolerancia; mientras que en muchas otras sociedades orientales y occidentales ha sido condenada de manera absoluta.

Como primera hipótesis así como gran parte de la incomprensión y de los prejuicios existentes contra la homosexualidad proceden de su clasificación como enfermedad en el siglo XIX, se la consideró una "degeneración neuropática hereditaria" que supuestamente se agravaba por una excesiva masturbación.

Sigmund Freud por su parte, postuló la existencia de un motivo constitutivo, aunque también destacó el efecto determinante de experiencias durante la infancia; como, por ejemplo, la falta de un progenitor del mismo sexo con el cual poder identificarse; y la frecuencia de experiencias homosexuales masculinas durante la adolescencia, que consideró como desviación sexual.

Otra teoría aduce causas hormonales, concluyendo que los homosexuales podrían ser víctimas de un accidente biológico ya sea por exceso o por defecto de hormonas masculinas antes del nacimiento.

En la actualidad algunos investigadores atribuyen al entorno un peso significativo en la inclinación sexual de los individuos; es decir, que el medio en el cual se desenvuelven puede ser aquel que los influyan para acoger tal o cual preferencia en el ámbito sexual.

En el Ecuador, a partir de 1872, con nuestro segundo Código Penal, se viene incriminando la homosexualidad con el nombre de sodomía; en la actualidad a la luz de los nuevos conocimientos acerca del tema, las consideraciones jurídicas han variado notablemente enfocándolos en formas más realistas, justas y sensatas.

Lesbianismo

Conocida como la homosexualidad femenina o atracción sexual o emocional entre las mujeres; término que proviene del nombre de la isla griega de Lesbos, lugar en que vivió Safo, que escribió poemas de amor dirigidos a mujeres.

El lesbianismo se ha dado en todas las culturas a lo largo de la historia. En el mundo clásico era conocido que este tipo de relaciones existían en grupos de mujeres, como las que se reunían en torno a la poetisa clásica Safo. Durante siglos y en muy diversas culturas el lesbianismo no ha sido reconocido como tal, aunque se han aceptado las relaciones íntimas entre mujeres, incluida la cohabitación.

La atracción entre mujeres ha sido ignorada debido a que muchas culturas no aceptan en absoluto el concepto de sexualidad femenina u opinan que ésta sólo se debería practicar en las relaciones con el sexo masculino o con el único propósito de la reproducción. Por esa razón, el lesbianismo se ha salvado de ser perseguido y sancionado.

Aunque en algunos países como Dinamarca, Noruega, Suecia y los Países Bajos se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, las parejas de lesbianas no tienen los mismos derechos que las parejas heterosexuales, casadas o de hecho, en cuanto a herencia o custodia de los hijos. A pesar de que ningún país occidental tiene leyes específicas en contra de la crianza de los hijos, hay mujeres que sostienen que los jueces se oponen a concederles la custodia por su opción sexual y que determinados organismos de servicios sociales son contrarios también a permitirles adoptar niños o acogerlos para su crianza.

Asimismo, las parejas de lesbianas no tienen legalmente prohibido tener hijos por inseminación artificial, aunque es un tratamiento que se administra a discreción por los servicios sociales y estos pueden negarse a aplicarlo. La discriminación también se ha hecho patente en el terreno laboral y las lesbianas tienen posibilidades muy limitadas de obtener indemnizaciones

legales. En muchos países, entre los que se incluyen Estados Unidos y el Reino Unido, se les impide pertenecer a las Fuerzas Armadas.

Bisexualidad

Considerada como la atracción sexual por ambos sexos; las personas bisexuales son capaces de tener fantasías y disfrutar tanto de las relaciones físicas heterosexuales como de las homosexuales, aunque algunos muestren mayor preferencia por uno de esos dos tipos de relaciones. La bisexualidad no debe confundirse con el travestismo, que consiste en vestirse y actuar como una persona del sexo opuesto, ni con la transexualidad, que consiste en la identificación con los caracteres sexuales del sexo opuesto. Sin embargo, eso no quiere decir que los transexuales o los travestis no sean bisexuales. En general, los bisexuales están satisfechos con el sexo con el que han nacido y no poseen, tal como podría creerse, órganos sexuales de ambos sexos, como se da en los hermafroditas

La bisexualidad estaba admitida en la antigua Grecia y se aceptaba sobre todo en el caso de las relaciones entre jóvenes y entre hombres mayores, a menudo casados, como una forma de amistad o de relación iniciática y formativa. En la *Iliada* y la *Odisea* los héroes griegos mantienen relaciones sexuales con parejas de ambos sexos. Esta costumbre aún subsiste en algunas sociedades de la Polinesia.

Concluyendo se puede afirmar que las sociedades en el aspecto sexual tienden a basarse en los principios religiosos que los amparan, por lo que las condenas de otra opción sexual estarán ligadas a la moral y buenas costumbres en un espacio temporal y territorial.

La información y los cambios son puntales para que los individuos busquen explorar su sexualidad sin contemplar consecuencias en muchos de los casos como consecuencia de ello, persisten a lo largo de la historia la homosexualidad, lesbianismo y bisexualidad como nuevos conceptos en el ámbito legal, por lo que las legislaciones tendrán que ajustar sus sistemas

penales a estas realidades y proteger a los seres humanos sin importar su preferencia sexual, con ello se preservan los bienes jurídicos de libertad y dignidad que son contemplados en la Carta de los Derechos Humanos, así como en la mayoría de las Constituciones Estatales como derechos fundamentales de todas las personas.

CAPÍTULO II

Es importante que para comenzar a estudiar los Delitos Sexuales, primero se presente una explicación de la Teoría General del Delito, en donde se incluirán datos acerca de los conceptos de delito, conducta, antijuridicidad, culpabilidad, tipicidad, etc.; datos que nos esclarecerán el tema central de la presente Tesis Doctoral.

2.4. El delito: Las conductas penales antijurídicas

La Teoría General del Delito, está constituida a través de un ordenamiento jurídico determinado, el mismo que tiene especificidad tanto en las conductas antijurídicas, en los delitos como en las penas o sanciones que han de imponerse. En el Ecuador, la mayoría de estas regulaciones constan en el Código Penal vigente; de esta forma, nuestro ordenamiento jurídico penal es eminentemente positivista.

Este planteamiento está respaldado por los principios Constitucionales del Artículo 24 numerales 1 y 3, que a continuación se transcriben:

“Numeral 1: Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la Ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”

“Numeral 3: Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infracción y la reinserción social del sentenciado”

De conformidad con estos principios el Código Penal vigente, en su Artículo 10 reza:

“Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, se dividen en delitos y contravenciones según la naturaleza de la pena peculiar”

Por ello, nuestro sistema penal tiene una ordenación bipartita de acuerdo a la gravedad:

1. De los delitos se ocupa el Libro Segundo Art. 115 y siguientes
 2. De las contravenciones se ocupa el Libro Tercero Art. 603 y siguientes
- Mientras que según los tipos penales existe una múltiple clasificación, dependiendo de los variados elementos que los constituyen.

El sistema jurídico en el ámbito penal regulariza las conductas humanas y tiene por base la conducta humana que pretende regular, por lo que se colige que nuestro Derecho Penal es un derecho penal de acto y no de autor.

Para hablar de las conductas penales antijurídicas es imperioso que se distinga entre el actuar y el no actuar, situaciones que pueden configurar infracciones penales, al reunir todos los elementos que configuran al tipo penal específico.

Por ello, la ACCIÓN o autodeterminación “es todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Solo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una realidad, de ahí que la acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final”

¹⁰. Dicha acción puede darse en dos fases específicas:

- a) Interna:** El pensamiento del autor, anticipación mental de un fin;
- b) Externa:** El autor procede a la realización que se da en el tiempo real, tras la fase interna.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco. DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Edic. Cuarta

La acción penalmente relevante es aquella que se da en el mundo exterior y que consigue el resultado previsto; no obstante, no solo es el fin de esa acción el que interesa al Derecho Penal sino también los medios elegidos para conseguir el fin o los efectos concomitantes a la realización de ese fin. Por eso, los tipos legales son los que determinan que aspectos de la acción son o pueden ser penalmente relevantes.

Son sujetos de acción solamente la *persona individualmente considerada*, no las cosas, los animales, ni las personas jurídicas.

Existen casos especiales como la **ausencia de acción** entendida como la carencia de voluntad; como lo contempla el Artículo 32 de nuestro Código Penal: "Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y conciencia"

Dentro de este tema, se hace referencia a 3 tipos de ausencia de voluntad que son:

1. Fuerza irresistible: Es un acto de fuerza proveniente del exterior que actúa materialmente sobre la gente; observado dentro de nuestro ordenamiento en el Artículo 18 del Código Penal: "No hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente, o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir"
2. Movimientos Reflejos: Escapan del control de la voluntad como convulsiones epilépticas o movimientos instintivos de defensa
3. Estados de inconciencia: Tales como sueño, sonambulismo, embriaguez letárgica, etc. En estos casos, los actos que se realizan no dependen de la voluntad. Se puede anotar como ejemplo el Artículo 37 del Código Penal vigente que trata sobre la "embriaguez del sujeto activo de la infracción o de intoxicación por sustancias estupefacientes"

Por otra parte, constan los delitos por OMISIÓN, entendidos como formas de comportamiento o conducta, en donde, el no actuar es penalmente relevante, es decir, que violan normas imperativas de acción.

El delito omisivo consiste en la omisión de una determinada acción que el sujeto tenía obligación de realizar y que podía realizar, es siempre la infracción de un deber jurídico.

Artículo 12 del Código Penal: "No impedir un acontecimiento, cuando se tiene la obligación jurídica de impedirlo, equivale a ocasionarlo"

Artículo 249 del Código Penal: "El funcionario público a quien corresponda, como a tal, el cumplimiento y ejecución de una ley, reglamento u orden superior que legalmente se le comunique, no lo cumpla y ejecute, o no lo haga cumplir y ejecutar, en su caso, por morosidad, omisión o descuido..."

La acción y la omisión son dos clases independientes de comportamiento humano; pueden tener relación pero son distintos, aún cuando la omisión esté hipotéticamente relación con la acción.

En conclusión, desde el punto de vista positivista del Derecho Penal, "**delito** es toda conducta que el legislador sanciona con una pena, esto como consecuencia del principio *nullum crimen sine lege*"¹¹. Es fácil de reconocer que en este concepto no se incluyen las características necesarias del hecho delictivo para que dicha conducta configure un delito.

Por lo que, sus elementos constitutivos, serán analizados dentro del siguiente punto del presente Capítulo.

2.5. Características generales para que se configuren los delitos sexuales

La Teoría General del Delito se ocupa de las características que debe tener cualquier hecho para ser considerado delito, hay características que son comunes a todos los delitos y otras por las que se diferencian los tipos

¹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Edic. Cuarta

delictivos unos de otros; cada uno de estos delitos tienen peculiaridades distintas y por ende tiene asignadas penas de distinta gravedad.

“La Dogmática jurídico penal ha llegado a la conclusión de que el concepto de delito responde a una doble perspectiva: por un lado, es un juicio de desvalor que recae sobre un hecho o acto humano, llamado injusto o antijuridicidad; y, por otro, es un juicio de desvalor que se hace sobre el autor de ese hecho, llamado culpabilidad o responsabilidad”¹².

Los elementos constitutivos de los delitos son:

- Tipicidad
- Antijuridicidad
- Culpabilidad
- Punibilidad

Tipicidad:

“Descripción legal, desprovista de carácter valorativo, constituye la tipicidad. 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”¹³

“Es la adecuación de un hecho cometido a la descripción que de ese hecho se hace en la ley penal”¹⁴

Por lo tanto la tipicidad es una consecuencia inequívoca del principio de legalidad al que hice referencia en líneas anteriores, sustentados en la Constitución Política del Estado, en el Artículo 24 numerales 1 y 3; a la vez que se sustenta en el **Artículo 2** del Código Penal que ha continuación se anota:

¹² Obr. Cit.

¹³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Edit. Heliasta. 1997

¹⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Edic. Cuarta

“Nadie puede ser reprimido por un acto que no se halle expresamente declarado infracción por la ley penal, ni sufrir una pena que no esté en ella establecida.

La infracción ha de ser declarada, y la pena establecida, con anterioridad al acto.

Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones; y, si ha mediado ya sentencia condenatoria, quedará extinguida la pena, haya o no comenzado a cumplirse.

Si la pena establecida al tiempo de la sentencia difiere de la que regía cuando se cometió la infracción, se aplicará la menos rigurosa.

En general, todas las leyes posteriores sobre los efectos y extinción de las acciones y de las penas se aplicarán en lo que sean favorables a los infractores, aunque exista sentencia ejecutoriada”

Antijuridicidad:

“Es la desaprobación del acto, el injusto”¹⁵

“Elemento esencial del delito, cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal en contradicción con aquel otro garantizado por el Derecho”¹⁶

Es todo aquello contrario a derecho, que engloba las conductas de acción u omisión, las formas o medios en que estas se realizan, sus objetos y sujetos y su relación causal y psicológica con el resultado.

¹⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco. DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Edic. Cuarta

¹⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Edit. Heliasta. 1997

Culpabilidad:

“Imputación de delito o falta, a quien resulta agente de uno u otra, para exigir la correspondiente responsabilidad, tanto civil como penal”¹⁷

“La atribución de un acto a su autor para hacerle responsable del mismo”¹⁸

Se entiende entonces que esto incluye las facultades psíquicas del autor, el conocimiento por parte del autor del carácter prohibido de su actuar y el apremio de un comportamiento diferente.

Punibilidad:

“Merecedor de castigo. Penado por la ley”¹⁹

Entendido entonces, que todas las conductas contrarias a derecho que se encuadran en uno de los tipos penales y de probada culpabilidad acarrearán la pena que como sanción ha sido contemplada dentro de la ley penal. Que dentro de nuestro ordenamiento jurídico se contempla con el principio Constitucional de la proporcionalidad entre el delito y la sanción que ha de imponerse. (Art. 24 num. 3)

2.6. Los bienes jurídicos protegidos.- Análisis a cada uno de ellos: Libertad Sexual, Moral y Pudor

En cuanto a los Derechos Sexuales se ha tomado en cuenta los principios fundamentales de los Derechos Humanos, entre ellos la libertad así como el respeto y la igualdad, surgiendo así el derecho a la libertad sexual que contempla dentro de sí a los bienes jurídicos como son la moral y el pudor que ha continuación se analizan:

¹⁷ Obr. Cit.

¹⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco. DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Edic. Cuarta

¹⁹ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Edit. Heliasta, 1997

Libertad Sexual:

“Cada ser humano tiene derecho a elegir libremente cual será el objeto de su actividad sexual, o aún prescindir totalmente de ella si así lo prefiere.”²⁰

“Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar por lo que es responsable de sus actos”²¹

Consideraciones que han sido acogidas en diversos tratados internacionales y de forma particular en nuestra Constitución Política para reconocer y garantizar a las personas, así:

Artículo 23 numeral 25: “El derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual”

Sustento constitucional que ha servido de base para regular dentro del Código Penal todas las conductas que afectaren a los derechos sexuales de todos los ecuatorianos. Puesto que no solo la libertad del individuo en su integridad debe ser protegida sino que debe incluirse la libertad de la *voluntad* como facultad de determinarse y manifestarse, dicha facultad es un bien de la persona capaz de sufrir menoscabos.

Moral:

“La moral considera los actos humanos en relación con el sujeto mismo que los cumple, selecciona entre las posibilidades del comportamiento aquellas que son debidas o lícitas y se oponen a otros comportamientos posibles pero indebidos”.²²

“Pertenece al fuero interno o a impulsos sociales; por contraposición a lo jurídico. Relativo a la percepción o valoración

²⁰ OJEDA MARTÍNEZ, Cristóbal, DELITOS SEXUALES, Babahoyo – Ecuador. 1999

²¹ CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Heliasta SRL, 1997

²² OMEBA

del entendimiento o de la conciencia, como la convicción o prueba moral" ²³

La moral prescribe una cierta conducta en materia sexual, el derecho se limita a prohibir determinados actos, tales como: violación, abusos deshonestos, etc.

Pudor:

"El natural sentido de reserva que ha de circundar las cosas del sexo" ²⁴

"El pudor se trata de un sentimiento social útil, en cuanto constituye un freno a la satisfacción de los instintos de la libido, freno sin el cual el instinto mismo podría llevar a excesos perjudiciales para la vida individual y colectiva" ²⁵

Bien jurídico que implica la posibilidad de proteger las formas en que se pueden abordar los temas relacionados al sexo para establecer los límites aceptables a través de la tutela penal que ha de darse.

Concluyendo, el bien jurídico superior que se protege por medio de la normativa penal de los delitos sexuales, es la libertad, dentro de esta se incluye el bien supeditado de la libertad sexual, en donde se contemplan los valores como la moral y el pudor.

Todos estos conceptos nos permitirán entender con mayor facilidad los delitos sexuales que en forma individual serán analizados en la presente Tesis Doctoral, a partir del siguiente Capítulo a desarrollarse.

²³ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Edit. Heliasta. 1997

²⁴ MARTINEZ, Lisandro, DERECHO PENAL SEXUAL. Temis. Bogotá. 1993

²⁵ Obr. Cit.

CAPÍTULO III

3.8 El delito de la violación: Conceptos

En el tercer Capítulo de la presente Tesis Doctoral, se especificarán todos los detalles concernientes al delito de violación, amparados en nuestro ordenamiento jurídico, para de esta manera presentar en forma individual cada uno de los delitos sexuales.

En el Código Penal vigente en el Ecuador, la violación se encuentra definida en el Artículo 512, que reza:

“Es violación el acceso carnal, con la 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 al miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

1. Cuando la víctima fuere menor de catorce años;
2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse;
3. Cuando se usare de violencia, amenazada o de intimidación”²⁶

“El delito de violación consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo; se entiende que es ejecutado mediante violencia real o presunta.”²⁷

“Delito contra la honestidad y contra la libertad que se comete yaciendo carnalmente con mujer contra su voluntad expresa, por emplear fuerza o grave intimidación; contra su voluntad presunta, por encontrarse privada temporal o permanentemente de sentido, por

²⁶ Código Penal Ecuatoriano, RO-S 147: 22-ENE-1971

²⁷ OJEDA MARTÍNEZ, Cristóbal, DELITOS SEXUALES, Babahoyo – Ecuador. 1999

enajenación mental, anestesia, desmayo o sueño; o por faltarle madurez a su voluntad para consentir..."²⁸

El delito de violación ha tenido una evolución en cuanto su concepto, elementos constitutivos y los sujetos tanto activos como pasivos; puesto que, en los ordenamientos jurídicos anteriores, se preveía que el delito de violación podía suscitarse solo en las mujeres, dicho esto, la introducción debía ser del miembro viril en la cavidad vaginal, así, algunas legislaciones consideraban que la violación era "el uso tiránico del cuerpo de una mujer para satisfacción sexual de un hombre".

Lo que implicaba que toda agresión sexual a un hombre no podía ser tipificada como violación, lo que generó un vacío legal que debió ser subsanado por los legisladores y modificar al tipo penal, incluyendo a los dos sexos como sujetos pasivos y activos del delito de violación.

En vista de que la sociedad actual está experimentando un enfoque negativo en la vivencia de los valores y la moral, influenciada por la era de la información que está siendo mal utilizada a través de los diferentes medios, ya que se presentan imágenes que incitan a la violencia sexual, por lo que, las agresiones de este tipo están a la orden del día.

En la actualidad, en los ordenamientos jurídicos de lo penal, se considera violación a toda acción que con identificación subjetiva y objetiva, tiene contenido sexual que puede vulnerar la libre autodeterminación del sujeto pasivo si se obtienen o realizan mediante violencia a cualquier persona sin distinción de su sexo.

Sin duda, los delitos de violencia sexual, afectan mayoritariamente a mujeres, niños, niñas y adolescentes; pero sin descartar la posibilidad latente de que los hombres puedan ser violados.

²⁸ CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Heliasta SRL, 1997

Otra realidad actual, es la de la violación a los homosexuales y travestis, quienes están debidamente protegidos por el amplio concepto de violación que ampara el artículo 512 del Código Penal vigente en el país.

El delito de violación entonces es el más grave dentro de las agresiones de tipo sexual, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de los Estados.

3.9 Bienes jurídicos protegidos: Libertad, Elección y la Honra

Para configurar el delito de violación, se deben haber menoscabado los bienes jurídicos que el asisten al sujeto pasivo, tales como: la libertad, el derecho a la elección y la honra.

Dichos bienes jurídicos tienen protección desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su Artículo 12 contempla: "Nadie será objeto de **ingerencias arbitrarias** en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de **ataques a su honra** o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la **protección de la ley** contra tales ingerencias o ataques"²⁹

La **libertad** como bien jurídico tiene su fundamento constitucional, en donde el Estado reconocerá y garantizará lo planteado en el Artículo 23 numeral 25, que reza: "El derecho a tomar decisiones libres y responsables sobre su vida sexual"

Este concepto ha sido tratado y estudiado en líneas anteriores de la presente Tesis Doctoral.

Otro de los bienes jurídicos protegidos, es el de la **elección**, que contempla, el hecho de que cada sujeto tiene derecho a elegir voluntariamente cuál será el objeto de su actividad sexual aún a prescindir totalmente de ella si así lo prefiere.

²⁹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Aprobada y Proclamada por la Asamblea de la ONU, 10-dic-1948.

Protección que implica que cada individuo pueda optar por la actividad sexual que esté de acuerdo a su forma de pensar, valores, moral, a la manera de vivir y de expresar su sexualidad, es decir; de actuar o no actuar y de decidir con quién se lo hace.

La **honra** es uno más de los bienes que se protegen, y de igual manera tiene sustento la Constitución del Estado, en el Artículo 23 numeral 8: "El derecho a la honra, la buena reputación y a la integridad personal y familiar..."

La doctrina ha definido a la misma desde dos puntos de vista diferentes, el primero, que es el del honor, como un sentimiento de estimación y respeto por la propia dignidad; y, a la honra que se identifica como la buena fama y reputación de que goza una persona ante los demás.

Ambos criterios han servido de base para salvaguardar a los individuos en el ámbito sexual, puesto que no se puede menoscabar, con la utilización de la violencia, su dignidad como seres humanos; así como también se busca precautelar a la estimación dentro de la sociedad o el hecho mismo de que tal información sea mantenida en reserva y no ser divulgada con ningún tipo de fin. Con ello se protege el buen nombre de cada persona y su derecho a que su intimidad no sea expuesta bajo ninguna circunstancia.

La moderna doctrina plantea que hoy el bien jurídico de los niños, niñas, adolescentes, hombres y mujeres, sale de la esfera del honor o la honestidad de la víctima pues se protegen sus derechos afectados, entre ellos el sano desarrollo a la sexualidad, una vida digna libre de violencia sexual y el derecho a la integridad sexual. Integrando de esta manera los derechos que afectados y los traumas que estos acarrear.

Otra óptica con respecto a los bienes jurídicos protegidos dentro del delito de violación la esboza Rodríguez Muñoz quien manifiesta que "honestidad equivale a pudor, recato, compostura, decencia y moderación, todo lo que es protegido por la ley, aunque no lo único, pues también se protege la libertad, el honor sexual, el orden de la familia, sin poder determinarse cuál es el atentado más grave, si el que se comete contra el pudor o el que se

infiere contra esos derechos o la institución de la familia e incluso la ofensa a toda la sociedad" ³⁰.

3.10 **Sujetos penales del delito: Activo y Pasivo**

Los sujetos penales en el delito de violación van a ser estudiados en forma individual para su correcto entendimiento, de esta manera:

Sujeto Pasivo:

En la mayoría de legislaciones se reconocen a los sujetos pasivos del delito de violación como los titulares de los bienes jurídicos protegidos, de esta manera, tanto un hombre como una mujer, dato que se colige del concepto amparado en el Artículo 512 anotado anteriormente; independientemente de la edad, basta que no haya dado su consentimiento para el acceso carnal y pese a ello, este se ha producido. Por lo tanto, el sujeto pasivo es quien sufre en su persona el ultraje físico y soporta toda la agresividad y violencia de quién lo posee.

"Pero además de la total carencia de distinción por género, nuestro ordenamiento hace caso omiso de cualquier diferenciación de índole sexual, moral, cultural, racial, religiosa, económica o social, porque puede ser sujeto pasivo del delito quién vive en estado de celibato, castidad, tanto como la persona de vida sexual promiscua y agitada, de acuerdo con los subjetivos patrones de ética y moralidad; el sujeto pasivo puede ser "vida honesta" o ser considerado "foco de vicios" y de "mal vivir"; todos por igual tienen, con la misma intensidad de protección, el atributo de la libertad sexual; se incriminan con el mismo peso tutelar absoluto tanto la violación de una monja de clausura o de un monje contemplativo, como la de una prostituta; de igual manera el sujeto pasivo, hombre

³⁰ Diario La Hora. Quito – Ecuador. Dra. ANDRADE, Ximena

o mujer, puede ser soltero, viudo, casado, divorciado, en unión libre de hecho o concubinal" ³¹

Sujeto Activo:

Tradicionalmente se arguyó que el acceso carnal violento, es decir el delito de violación, implicaba la *intromisión viril* por cualquiera de los esfínteres de la víctima, por lo que únicamente el varón podía ser sujeto activo de este ilícito punible.

Situación que ha generado que la doctrina establezca sus diferentes puntos de vista con respecto a la posibilidad de que la mujer pueda ser sujeto activo en un delito de violación; el artículo 512 de nuestro Código Penal, reconoce que el acto de penetración vaginal, anal o de cualquier otra parte del cuerpo humano o de cualquier otro objeto es de sujeto activo indeterminado, hombre o mujer.

Es indudable que el acceso carnal siempre es realizado por ambos sujetos intervinientes; el coito, el acceso y la copula es verificada también por la mujer puesto que la acción es bilateral por naturaleza, lo que configura el delito es la utilización de violencia contra el otro sujeto.

Cabe la necesidad de hacer la diferenciación en cuanto al sujeto activo ya que fisiológicamente es imposible que la mujer pueda realizar la introducción del miembro viril al sujeto pasivo, por lo que sólo el hombre se encuentra en condiciones y aptitud biológica para la penetración viril directa. Así, en los casos de penetración de objetos extraños, dedos, incluso del la propia introducción del clítoris (cuando existe hiperclitorismo – hipertrofia clitoriana), “el sujeto activo es indeterminado y singular, cualquier hombre o mujer,

³¹ PABON PARRA, Pedro Alfonso. DELITOS SEXUALES. Ediciones Doctrina y Ley. Colombia 2005

independientemente de sus condiciones personales puede ser agente del delito."³²

3.11 Elementos constitutivos del Delito de Violación

Para que la conducta se considere delictiva y por lo tanto se configure el ilícito de la violación, es necesario que confluyan los siguientes elementos:

A continuación se realizara el estudio detallado de todos los componentes constitutivos del delito de violación, así:

3.4.1. Tipo Objetivo. Conducta o hecho típico.

Entendida la conducta como el primer elemento básico del delito, y se define como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito.

Este elemento constitutivo tiene dos puntos de vista para su estudio, puesto que la conducta puede ser observada desde el sujeto activo y pasivo de la acción, de esta manera, se entiende que la conducta de sujeto activo, es la consumación de la acción lo que acarrea el cometimiento del delito de violación.

Por otro lado, el sujeto pasivo tiene una conducta de negación frente al acto sexual violento al que puede ser sometido o sometida que conlleva que el delito de violación sea ejecutado. Se presenta como casos de ausencia de conducta del sujeto pasivo, el hipnotismo o cuando se encuentra bajo los efectos de la anestesia, es decir, cuando el agente del hecho típico es colocado en un estado de letargo, quedando su voluntad sujeta al albedrío de un tercero, quien le indica ejecutar la violación de alguna persona. No debemos olvidar que esta situación debe ser plenamente probada científicamente.

³² PABON PARRA, Pedro Alfonso. DELITOS SEXUALES. Ediciones Doctrina y Ley. Colombia 2005

a) Empleo de violencia física o moral (ACCION)

VALENCIA MARTÍNEZ define a la violencia física como "la energía física aplicada por el hombre para vencer de manera absoluta la voluntad del sujeto pasivo"³³

MUÑOZ CONDE considera que "hay violación por fuerza cuando se aplica *vis absoluta* o cuando se emplea violencia física con la amenaza de que a mayor resistencia que oponga la víctima, mayor será la energía física que aplicará el delincuente. Habrá violencia con fuerza cuando se aplica *vis absoluta*, en directa referencia a la aptitud de anulación total de la voluntad de la víctima"³⁴, lo cual produce un resultado no consentido.

La violencia física ha de ser directa y corporal lo cual significa que se ha de orientar sobre el sujeto pasivo de manera manifiesta y siempre debe recaer sobre su cuerpo. Dichas aplicaciones de fuerza pueden ser: golpes, empujones, subyugamiento, amarramiento, encadenamiento, etc.

Dentro de la violencia que se puede aplicar para el cometimiento del delito de violación, se considera también a la violencia moral entendida como la "proyección de un mal futuro cuyo sucederse depende de la voluntad de la gente."³⁵ Hecho que podría producir algún tipo de consentimiento pero el mismo estaría viciado porque la libertad ha sido coartada al momento de expresar la aceptación de dicho acto.

Una de las formas de coacción de la voluntad es la amenaza que tiene como fin crear un estado psicológico que influye directamente sobre el raciocinio, la capacidad de elegir y la serenidad del sujeto

³³ PABON PARRA, Pedro Alfonso. DELITOS SEXUALES. Ediciones Doctrina y Ley. Colombia 2005

³⁴ Obra Citada

³⁵ MARTINEZ, Lisandro. DERECHO PENAL SEXUAL. Editorial Temis. Bogotá. 1993

pasivo, el individuo objeto de la amenaza obra generalmente por constrictión psicológica, temor o miedo.

La amenaza ciertamente es una forma de violencia moral pero no es la única puesto que la intimidación puede ser utilizada para viciar el consentimiento pero sin necesidad de llegar a la amenaza. Estas formas de violencia moral son conocidas como *vis compulsiva* la misma que deja un margen de actuación o de escogencia entre el padecimiento del mal propuesto por el agente y la satisfacción del acto requerido u obligado.

Los elementos de la *vis compulsiva* son: gravedad, injusticia, actualidad, idoneidad y variabilidad o concreción, es decir que el acto sea posible o realizable.

Situación que demuestra que los bienes jurídicos protegidos que constan en líneas anteriores de estudio, que son derecho a la libertad, elección son menoscabados con la imposición de la violencia, tanto física como moral.

En el delito de violación, la violencia es un medio para buscar un fin, que es el acceso.

b) Acceso carnal (RESULTADO)

El acceso carnal **directo o propio** hace referencia a la penetración, pero va más allá: es unión, ayuntamiento, compenetración; en donde los intervinientes han de tornarse uno, en perfecta unión carnal, es decir, es el acto meramente fisiológico sexual o genital.

Otra forma de entenderlo sería cuando el órgano genital masculino es introducido en el aparato genital femenino o también en el orificio de persona del mismo sexo o de diferente sexo, esto es siempre y cuando exista acoplamiento con penetración física.

El acceso carnal **indirecto o impropio** se produce cuando el delito de violación es ejecutado con la introducción de cualquier tipo de objeto por las cavidades del sujeto pasivo; esta situación ha sido considerada por el legislador ecuatoriano, en el artículo 512, que deja la posibilidad de que la introducción pueda darse de diversas maneras y con los materiales más insospechados pero que producen lesión a los bienes jurídicos protegidos, libertad, elección y honra; puesto que la penetración instrumental o corporal no peneal, es tanto o mayor que la perpetrada mediante el acceso carnal propio ejecutado con violencia; siendo así que el daño físico y psíquico potencial sobre la víctima sin duda se incrementa.

c) Relación de causalidad entre la violencia y el acceso

Para que la relación de causalidad aparezca es importante un presupuesto cronológico que haya sido previamente conocido, esto es, que la violencia debe ser anterior o coetánea en el tiempo al acceso, jamás posterior.

La causalidad en la violencia física puede ser material cuando la voluntad del sujeto pasivo es anulada o suprimida de manera absoluta. La causalidad psíquica en cambio, surge cuando la amenaza o intimidación son los medios comisivos.

3.4.2. Tipo Subjetivo. Culpabilidad (DOLO)

Definida según Guillermo Cabanellas como "Calidad de culpable, de responsable de un mal o de un daño. Imputación de delito o falta, a quien resulta agente de uno u otra, para exigir correspondiente responsabilidad, tanto civil como penal"

Es el nexo intelectual y emocional que une al sujeto con su acto. El ilícito de violación es doloso, debido a que para su ejecución se requiere de la plena voluntad del agente; por consiguiente, no cabe la

realización culposa, porque el sujeto activo coacciona a la víctima, utilizando la violencia física o moral, para lograr su fin funesto. Únicamente se presenta por dolo directo.

Por lo tanto, la conducta del sujeto activo en el delito de violación implica necesariamente una satisfacción libidinosa o sexual, por lo mismo utiliza la violencia como medio de consecución de sus deseos.

De esta manera la infracción es esencialmente dolosa no admite la imprudencia en cuanto a su estructura fáctica o material, con ello, el elemento violento aquí considerado es estrictamente intencional; por lo que es imposible la consagración normativa de modalidades culposas o preterintencionales. Así, los medios de utilizados para el cometimiento del delito son: violencia, intimidación o amenaza, con las que se ejerce coerción sobre el sujeto pasivo de una forma voluntaria y consciente por parte del sujeto activo.

3.4.3. Ausencia de consentimiento y no existencia de la posibilidad de ejercicio de un derecho. ANTIJURIDICIDAD

La antijuridicidad se define como el "elemento esencial del delito cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por una acción criminal en contradicción con aquel otro garantizado por el Derecho"³⁶

El delito de violación, es un acto antijurídico de acción, porque el agente activo efectúa conductas exteriores encaminadas a la producción de un resultado, modificando el mundo exterior, al violentar a una persona en su libertad sexual, obligándola a realizar el coito.

³⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL. Edit. Heliasta. 1997

De esta forma, el acceso carnal violento es un tipo de lesión, por cuanto los bienes jurídicos tutelados, como la libertad, elección y honra aparecen vulnerados con la ejecución de la acción; el comportamiento del sujeto activo que genera el acceso carnal con violencia, presenta la eliminación de la voluntad de la víctima, lo que implica la supresión del atributo del sujeto pasivo de disponer de su cuerpo para los fines sexuales que este eligiera.

Todo delito debe ser un hecho antijurídico, es decir, contrario a derecho, sin que se encuentre bajo el amparo de alguna causa de justificación; en este caso el hecho antijurídico está tipificado en el artículo 512 del Código Penal Vigente.

3.12 **Formas en las que puede suscitarse el delito de Violación:**

a) Empleo de la fuerza;

Con respecto a este punto en concreto, se ha realizado el estudio respectivo en líneas anteriores de este mismo Capítulo por lo que no se repetirá la información propuesta.

b) Víctima privada de la razón o sentido;

Según la tipificación que consta del artículo 512 del Código Penal vigente, en su numeral 2 reza: "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."

Opción que ha de ser entendida, como la acción del sujeto activo que somete a la víctima, sujeto pasivo, de alguna manera a un estado de no conciencia que le obliga a una de privación de la razón, que le impide discernir, comprender o autorregular su respuesta sexual, por encontrarse afectado de alguna manera su orden físico o psíquico; mediante el cual no puede oponer ningún

tipo de resistencia frente a la actividad sexual que el sujeto activo realiza.

De igual manera, el artículo propone la posibilidad de que la víctima pudiera estar físicamente imposibilitada de defenderse, por algún medio, a causa de cualquier enfermedad que como consecuencia tenga esos efectos. Así, el sujeto activo viola a la persona sin necesidad de la violencia pero se cumple con el requisito de que la víctima no ha prestado su consentimiento y mucho menos su voluntad para realizar el acto sexual.

La frase técnica 'persona privada de razón' es empleada en sentido vulgar indicando que el sujeto pasivo padece enajenación mental, sea en forma patológica de insuficiencia de sus facultades volitivas, o de alteración morbosa de las mismas, o de estado psiquiátrico de inconsciencia. La demencia en sus variadas formas debe ser: de las que impiden darse cuenta o conocer el acto mismo que realiza en el cuerpo del sujeto, como en ciertas formas de absoluto cretinismo; o de las que, al menos, vedan al paciente proporcionar consentimiento esclarecido y consciente para la presentación sexual; o de las que manifiestan como síntoma imposibilidad de movimientos de oposición, como en ciertos estados mentales de grave catatonia.

Desde el punto de vista de la integración del delito, no interesa que el enfermo mental preste o no su insana voluntad para el coito, porque, aún en el caso de consentimiento, éste se estima como no apto jurídicamente y, también, porque, además se protege de este modo la seguridad de los incapacitados.³⁷

El autor colombiano Pedro Alfonso Pabón Parra, en su libro *Delitos Sexuales*, plantea como formas de consecución del estado de privación de la razón a:

³⁷ Tomado de WWW.lawyer.com

- Estado de inconsciencia: Pérdida o suspensión del ejercicio de las facultades cognitiva y volitiva de la víctima. Que puede darse a través del estado de coma reversible o irreversible, permanente o momentáneo.
- Provocación del estado de inconsciencia mediante el uso de sustancias idóneas
- Afrodisíacos: Por ser sustancias que incrementan el libido, puesto que la provocación de gran excitación sexual en la que se coloca la víctima, condiciona su voluntad de realizar el acto sexual.
- La ebriedad: El estado absoluto de ebriedad, sujeción total del sujeto ante la ingestión de licor, produce el estado de inconsciencia denominado "sueño alcohólico". Estado que es aprovechado por el sujeto activo para satisfacer sus deseos sexuales frente al sujeto pasivo.
- El electrochoque: Procedimiento médico terapéutico y de reactivación que puede llevar al estado de inconsciencia temporal.
- Los anestésicos: Se caracterizan por suprimir la sensibilidad y con ello pleno ejercicio de las potencias volitivas y cognitivas del sujeto a quien se suministran.
- La escopolamina: Sustancia utilizada en nuestro medio para eliminar la voluntad del sujeto.
- El hipnotismo: Puesto que genera un estado de inconsciencia en el sujeto pasivo.

c) Cuando la víctima fuere menor de 14 años

En el artículo 512 del Código Penal ecuatoriano, en su numeral 1 expresa: "1.- Cuando la víctima fuere menor de catorce años".

De igual manera, el delito de violación que se comete es de resultado, en donde la acción que se realiza, es el acto sexual, y el sujeto pasivo es un o una menor de catorce años, utilizando la

inducción para la práctica sexual, por lo que el sujeto activo puede ser hombre o mujer, en relación heterosexual u homosexual.

Por lo tanto, el objeto de protección recae sobre la consideración de que los o las menores de catorce años no puedan discernir en la toma de decisiones que respectan al ámbito meramente sexual. De ahí que el legislador ecuatoriano protege al menor con este artículo concretamente, con respecto a la seguridad sexual del menor y la adecuada culminación de su proceso de maduración en este campo.

El actuar del sujeto activo puede estar acompañado de convencimiento, persuasión, sugerencia, inculcación, fascinación; por medio de los cuales el sujeto pasivo accede a tener relaciones sexuales con el sujeto activo.

La premisa en este caso es que el consentimiento del sujeto pasivo está viciado y se entiende no favorable; por el hecho mismo de que su madurez tanto física como psicológica no está completa, lo que impide que pueda estar absolutamente consciente de las consecuencias que puede acarrear el acto sexual.

En definitiva, la tipificación del delito se refiere a la falta de consentimiento y la voluntad intelectual en los menores de catorce años; ya que ellos se encuentran únicamente en vías de desarrollo, es decir, que no puedan profesar consentimiento ni desde el punto de vista jurídico, ni psicológico ni funcional.

3.13 Tentativa del Delito de Violación

Es erróneamente considerado que el delito de violación no pueda admitir la tentativa del mismo, planteamiento sostenido por ser un delito eminentemente de acción.

Para explicar este asunto, es imprescindible hablar de los momentos en que se ejecuta el delito, puesto que existen los actos idóneos e inequívocos que son previos a la penetración, cuando el sujeto activo ejecuta actos de violencia dirigidos en forma inequívoca al coito, coartando la libertad de la víctima y aprestándose para el acceso, pero este acceso, no se efectúa por circunstancias ajenas a su voluntad, como agresor, es en ese instante cuando se configura la estructura de la tentativa.

La violación está descrita mediante un tipo penal que necesita de varios factores para su subsistencia, tales como: el tracto sucesivo u orden cronológico de los hechos; de esta manera, los actos se inician desde el ejercicio del medio violento sobre la víctima, dando comienzo a la cadena causal; así, entre el ejercicio de la causa y la obtención del resultado pretendido, que es la penetración sexual, debe suceder algún imprevisto para el sujeto activo que impida la consumación del hecho.

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 16 del Código Penal, en su inciso primero, hace referencia a: "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".

3.14 Trámite amparado en la Ley Ecuatoriana: Análisis al Art. 514 del Código Penal vigente: Agravantes del Delito y penas aplicables

En este punto, se analizará el trámite que la ley ecuatoriana establece para este tipo de delito; la violación es un delito de acción pública de instancia oficial, lo que implica que no importa la forma en la que la autoridad competente, en este caso, el agente fiscal tenga conocimiento del hecho, se debe iniciar inmediatamente la investigación ya que este tipo de delito afecta a la sociedad toda y el Estado a través del Ministerio Público es quien acusa en nombre y en representación de la sociedad.

Son pasos esenciales para el trámite del mismo, los siguientes:

- **Denuncia:** La misma que puede ser verbal o escrita y se presenta en la Policía Judicial, la Fiscalía, la Corporación Mujer a Mujer, el SIREPANM. Es competente para realizar la denuncia, cualquier persona que tenga conocimiento de lo sucedido, incluyendo a los profesionales de la salud, maestros, psicólogos, etc.; no necesariamente deberá ser la víctima. Está contemplada en el artículo 42 del Código de Procedimiento Penal: "La persona que conociere que se ha cometido un delito de acción pública, excepto aquella a quien la ley se lo prohíbe, puede presentar su denuncia ante el fiscal competente o ante la policía judicial." Al igual que su contenido, que consta del artículo 50 del mismo cuerpo legal:

- Datos del denunciante
- Nexo causal
- Lugar y tiempo en que fue cometido
- Datos de autores, cómplices y encubridores (en caso de ser posible)
- Datos de personas que han presenciado o conozcan del delito
- Nombres y apellidos de la víctima
- Determinación de daños causados

- **Examen Médico:** Es recomendable que el examen de reconociendo médico legal ginecológico, se lo realice dentro de las 24 horas de sucedido el delito, es preferible que la víctima no se duche a fin de conservar evidencias; el que será efectuado por el perito médico legista correspondiente.

- **Proceso Penal:** En el que constan las etapas:

A) Indagación Previa: Como primera parte del proceso, en donde el fiscal con el apoyo de la Policía Judicial, recoge todas las evidencias que creyere convenientes a fin de lograr investigar completamente el

delito, se realizan exámenes médicos, pericias psicológicas, recepción de versión de la víctima, testigos, todas las diligencias pertinentes.

B) Instrucción Fiscal: El fiscal una vez que ha reunido los elementos de convicción necesarios, abre la etapa de instrucción, que tiene una duración de hasta 90 días, luego de ellos, debe emitir su dictamen acusatorio o absolutorio respecto del imputado.

C) Audiencia Preliminar: Se practica ante el Juez penal, es una audiencia oral, que revisa las evidencias y un procedimiento que permite resolver sobre algún vicio o faltas al debido proceso, lo importante es que se resolverá si el imputado pasa a convertirse en acusado o llamado a juicio y por tanto se emite una orden de detención en firme hasta la etapa del juicio.

D) Juicio: Consiste en una audiencia oral, frente al Tribunal Penal, participan en ella, el fiscal, el acusador particular y el abogado defensor, quienes emiten sus tesis frente al hecho que permitirán al Tribunal resolver sobre la culpabilidad o no del acusado, mediante la sentencia que puede ser absolutoria o condenatoria del delito de violación. En ella, es necesaria la presencia de todos quienes han formado parte del proceso para esclarecer el hecho denunciado, entre ellas se encuentran los profesionales médicos, psicólogos, criminalística, etc.

En cualquier etapa, en caso de ser identificado e individualizado el sujeto activo del delito de violación, el fiscal puede solicitar al juez penal competente, que emita la orden de prisión preventiva para las investigaciones correspondientes.

Agravantes del Delito de Violación

Las que se encuentran tipificadas en el Artículo 515 del Código Penal vigente: "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 Arts. 507 (1) y 512, el culpado, quienquiera que sea, ha sido auxiliado en la ejecución del delito por una o muchas personas".

Penas Aplicables al Delito de Violación

Amparadas en el Artículo 513 del Código Penal en vigencia que reza: "El delito de violación será reprimido con reclusión mayor especial de 16 a 25 años, en el número uno del artículo anterior; y, con reclusión mayor extraordinaria de 12 a 16 años en los números 2 y 3 del mismo artículo.

CAPÍTULO IV

4.6 El Estupro: Generalidades.- Conceptos

Este cuarto Capítulo de la presente Tesis Doctoral, el estudio detallado se hará acerca del delito de Estupro, planteados en nuestro ordenamiento jurídico, luego de las reformas al Código Penal.

Según el Diccionario de Guillermo Cabanellas el Estupro se define: "Es el conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, precedida de seducción verdadera o presunta, y no acompañada de violencia".

"Etimológicamente proviene del latín *stuprum*, que significa indistintamente violar o deshonorar a una doncella"³⁸

Es importante recalcar que no se ha generalizado un concepto de *estupro*, en las diferentes legislaciones el delito está tipificado a base de conceptos diversos, el más utilizado es el de 'mujer honesta', términos que son en realidad equívocos y demasiado subjetivos para su utilización, puesto que lo que se entiende por el mismo, puede variar según el tiempo y el espacio por concepto de orden público.

En el anterior Código penal ecuatoriano, se consideraba como '**Estupro**', **Artículo 509 del Código Penal**, "*Llamase estupro, con copula con una mujer honesta³⁹ empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento*".

La reforma realizada al Código correspondiente lo plantea como:

Artículo 509: "*Llámase estupro la cópula con una persona empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento*".

³⁸ OJEDA MARTÍNEZ, Cristóbal, DELITOS SEXUALES, Babahoyo-Ecuador. 1999.Pág. 183

³⁹ El subrayado es mío

Otra de las definiciones que se establecen en este tipo penal es la de seducción, entendida como "quien con artes y mañas, engaña o persuade con fines lícito o ilícitos a otra persona a hacer o no hacer una cosa; en particular, la persona que, aprovechándose de la inexperiencia o debilidad de una mujer obtiene de ella favores"⁴⁰

El Doctor Cristóbal Ojeda Martínez, en su libro Delitos Sexuales, plantea que seducción puede ser entendida como la hábil y sutil persuasión a la víctima para que acceda a la cópula carnal o como el convencimiento sistemático y poderoso para que la menor se entregue carnalmente al agente.

Por otra parte, el engaño entendido como "la inmutación de la verdad en donde lo falso se presenta como lo verdadero, entonces se trata de una verdadera estafa sexual, de tal manera que la víctima se entrega sexualmente al estuprador."⁴¹

4.7 Elementos constitutivos del delito de Estupro.

Para el delito de estupro se han considerado tres elementos constitutivos que son: a) La cópula; b) Seducción o engaño; y, c) Consentimiento.

Estos elementos, en forma individual son entendidos como:

a) La cópula: Es el acceso carnal, la relación sexual en sí; unión, penetración.

b) Seducción: Al ser una forma de persuasión que permite obtener el consentimiento del sujeto pasivo para el acceso carnal.

Engaño: Por tratarse de una alteración a la verdad.

En estos casos, para el delito de estupro, la víctima se entrega al estuprador voluntariamente, sin fuerza ni intimidación pero esta voluntad se encuentra viciada por los medios ilícitos de los que se vale el agente para obtener su consentimiento, es decir, la seducción y el engaño.

⁴⁰ CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Heliasta SRL, 1997

⁴¹ OJEDA MARTÍNEZ, Cristóbal, DELITOS SEXUALES, Babahoyo-Ecuador. 1999. Pág. 195-196

c) Consentimiento: Manifestación de la voluntad conforme entre la oferta que realiza el estuprador y la aceptación de la víctima.

Es necesario diferenciar entre los delitos de violación y estupro, puesto que sus elementos esenciales son distintos. En el delito de violación, el sujeto activo para llegar al acceso carnal, utiliza la fuerza, amenaza o intimidación que son los elementos constitutivos del tipo, conocidos como violencia. En el estupro, por otra parte, el sujeto activo del delito, domina la voluntad de la víctima por medio de artimañas (seducción o engaño) que consiguen viciar el consentimiento para que la entrega sexual sea en forma voluntaria, pero a la vez ilícita por configurar dicho delito.

4.8 **Sujetos penales del delito de Estupro**

Para determinar el tipo objetivo de este delito de estupro, es imprescindible que se estudien tanto el sujeto activo como el pasivo del mismo.

SUJETO ACTIVO: Estuprador

Para nuestro Código Penal Ecuatoriano, es la persona quien realiza⁴² el acto sexual con un o una mayor de catorce años y menor de dieciocho años, de esta manera, la acción del delito puede ser llevada a cabo por hombre o mujer, en relación heterosexual u homosexual.

SUJETO PASIVO: Víctima

Nuestra legislación ampara al menor de de dieciocho y mayor de catorce, hombre o mujer, pues el menor es titular de los bienes jurídicos de la integridad y formación sexuales, libertad y honra; tutelados por el artículo 509 Código Penal, el mismo que es efectivamente lesionado mediante la acción del sujeto activo.

⁴² El subrayado es mío

En el Artículo 509, la reforma ha sido realizada en cuanto al sujeto pasivo, puesto que consta en él, *una persona*, en donde se da cabida a hombres y mujeres indistintamente, dado que los delitos sexuales ya no son exclusivos del denominado sexo débil, sino que los varones también pueden ser engañados o seducidos para obtener relaciones sexuales a cambio.

4.9 Trámite previsto en las Leyes Penales Ecuatorianas.

El trámite que ha de darse al delito de estupro, es necesario que se analicen algunos artículos del Código de Procedimiento Penal vigente, que concuerdan con el tema; así:

Se lo establece como Delito de Acción privada, en el Artículo 36 literal a) El estupro perpetrado en una mujer mayor de dieciséis años y menor de dieciocho.

Es evidente la contradicción que se genera entre la norma penal objetiva y adjetiva con respecto al estupro, pues en el Código Penal, acertadamente se amplía el término del sujeto pasivo a hombre o mujer, al decir *una persona*, mientras que en el código de Procedimiento Penal, solamente se hace referencia de la mujer como víctima y las edades también están en contraposición.

Al ser un delito de acción privada, su trámite es el siguiente, de acuerdo al Código de Procedimiento Penal en vigencia.

- **Querella:** Señalada en el Artículo 371, que reza: "Quien pretenda acusar por un delito de acción privada, debe proponer la querella por sí o mediante apoderado especial directamente ante el Juez. La querella constará por escrito" Los requisitos de la misma son:
 - Datos del acusador
 - Datos del acusado
 - Nexo causal
 - Declaración de formalizar la acusación luego de la prueba
 - Firma

- **Proceso Penal:** En el que constan las etapas:
 - A. Conciliación: En busca de un acuerdo de voluntades que propicie la terminación del proceso penal, la misma que inexorablemente deberá ser cumplida, según lo establecido en la conciliación.
 - B. Prueba: Cuando las partes no han acordado en la audiencia establecida para tal efecto, el Juez de lo penal, deberá abrir el período de prueba por plazo de 15 días, en las que se llevará cabo la práctica de todas aquellas solicitadas por las partes oportunamente. De ser necesario y una vez que la parte haya solicitado, el Juez penal puede requerir la participación de la Policía Judicial para la práctica de alguna prueba.
 - C. Formalización de la Acusación: Concluido el término probatorio, del Juez ordenará que el acusador formalice su acusación en el plazo de 3 días. En cumplimiento al principio de inmediación, se corre traslado de la formalización al acusado para que conteste en igual plazo.
 - D. Declaración de Desierta: En caso de que el acusador particular no ha formalizado la acusación de oficio el juez declarará desierta a la misma, con los efectos del abandono, pudiendo ser declarada como maliciosa o temeraria de ser el caso.
 - E. Sentencia: Deberá ser dictada en los cuatro días posteriores al traslado.

Luego del trámite normal, se puede dar paso a los medios de impugnación establecidos en la ley penal vigente.

4.10 **Penas contempladas para este delito**

El artículo 510 del Código Penal vigente establece: "El estupro se reprimirá con prisión de tres meses a tres años, si la víctima fuere mayor de catorce años y menor de dieciocho"

La pena que nuestro ordenamiento jurídico plantea, deja en entre dicho, si el delito puede ser sancionado solo si la víctima estuviera en estos rangos de edad, mientras que el artículo 509 no hace ninguna precisión con respecto a las edades.

Así, el funcionario judicial que decide sobre el caso en particular, es el juez penal, por ser el sujeto procesal que deberá dilucidar la validez de la prueba y de esta manera determinar las responsabilidades que genera este delito, toda vez que se basa en pruebas altamente subjetivas que pueden ser valoradas desde diversos puntos de vista. Para lo cual, será imprescindible que las partes hagan uso del principio de inmediación y dar paso a la actuación de las pruebas pertinentes, pues son quienes impulsan el proceso penal, por ser un delito de acción privada.

CAPÍTULO V

5.6 Atentado contra el pudor: Generalidades. Conceptos

El delito que se analizará en el presente Capítulo es el del atentado contra el pudor, el mismo que consta en la legislación penal vigente.

Tomando la recopilación de datos realizada por el Doctor Reinaldo Chico Peñaherrera, flamante doctrinario ecuatoriano, en una de sus obras, se refiere a que en la legislación ecuatoriana, se hace constar este delito a partir del segundo Código Penal en el año 1872, el mismo que tenía su origen en las legislaciones belga y francesa; pero el problema se suscitó porque pese a que fue incluido en el código, no se hizo una definición del delito, es decir, especificar en qué consistía. Asunto que subsistió en la codificación de 1906, en donde se castigaba el delito pero sin precisarlo. Ya en la reforma del Código Penal de 1938 se hace constar una definición del atentado al pudor, delito para el cuál ya existía la sanción en nuestro código penal. La última reforma al Código, que se efectuó en el 2005, hace una referencia de la enunciación del delito y la pena que se ha de dar al mismo.

De hecho, el atentado al pudor nace como una nueva forma de protección hacia los sujetos, sean mujeres u hombres a quienes se les pueda afectar en su libertad sexual, por medio de la realización de actos, caricias, acercamientos de tipo sexual que no desembocan en el acceso carnal concretamente. Esta es entonces una evolución acertada de nuestra legislación en donde se amplía el ámbito de protección de la libertad sexual, por ser el bien jurídico primordial que se tutela en este Capítulo específico de la Ley Penal Ecuatoriana, vigente en la actualidad.

De esta manera, es oportuno, anotar los conceptos que nos permitan entender con toda claridad el tema delimitado, así:

Atentado al Pudor: "Ejecución de actos eróticos sexuales diversos del acceso carnal, varios tocamientos en sus partes pudendas"⁴³

Es la realización de actos atentatorios contra la libertad sexual de una persona sin violencia o intimidación y con el consentimiento viciado de la víctima. El agente activo debe mantener contactos corporales, realizar caricias o manipular sobre zonas erógenas con fines sexuales en contra de ley, en el artículo 504.1 del Código Penal vigente.

Pudor: "En el ámbito penal designa la integridad, la honestidad y la libertad sexuales"⁴⁴

Integridad Sexual: "Derecho de la persona a gozar de la protección y seguridad en la esfera sexual, para desarrollarse normalmente sin que nadie interfiera en la asimilación de los valores éticos, sociales y culturales que se traducen en la moralidad sexual objetivamente considerada."⁴⁵

Honestidad Sexual: "La moral sexual subjetivamente considerada como el derecho de la persona a ser respetada en su conciencia ética sexual, a no ser ofendida con actos desviados e inmorales desde el punto de vista de la moralidad sexual."⁴⁶

Libertad Sexual: "Derecho de la persona a no ser obligada en contra de su voluntad o ser objeto de un acto impúdico o erótico sexual"⁴⁷

A partir de estos conceptos la doctrina plantea que cualquier forma de vulneración en donde confluyan los tres elementos descritos (integridad, honestidad y libertad sexuales) se constituye una ofensa al pudor tal como se encuentra tipificada en nuestro ordenamiento jurídico penal.

⁴³ MARTINEZ, Lisandro, DERECHO PENAL SEXUAL. Temis. Bogotá. 1993

⁴⁴ ABARCA GALEAS, Dr. Luis Humberto. EL ACOSO SEXUAL. Edit. Jurídica del Ecuador. 2006

⁴⁵ Obr. Cit.

⁴⁶ Obr. Cit.

⁴⁷ Obr. Cit.

En varias de las legislaciones latinoamericanas, este delito se conoce con nombres tales como: abuso deshonesto, abuso contra la honestidad, actos de lubricidad no violenta, de donde se rescata que la tipificación de la legislación ecuatoriana de *atentado al pudor*, es la más acertada.

En el Código Penal vigente, se contempla a este delito en el artículo **504.1** que reza: "Será reprimido con reclusión mayor ordinaria de cuatro a ocho años, quien someta a una persona menor de dieciocho años de edad o con discapacidad, para obligarla a realizar actos de naturaleza sexual sin que exista acceso carnal."⁴⁸

El atentado al pudor comprende la utilización indebida de un estado de cosas, de un derecho, atribución, circunstancia o posibilidad, significa entonces el aprovechamiento indebido de las condiciones y circunstancias especiales en que se encuentra la víctima que manifiesta su imposibilidad o incapacidad para dar el consentimiento sexual o para la comprensión cabal del acto. Lo que demuestra que la posición de inferioridad del sujeto pasivo ante el agresor, quien se aprovecha de la situación para perpetrar las agresiones de tipo sexual. El agente recurre como medio de comisión a la edad, el estado de inconciencia o discapacidad de la víctima para efectuar acto tipificado.

5.7 Sujetos penales del delito de Atentado al Pudor

De igual manera que para el resto de los delitos sexuales que han sido previamente estudiados, para el delito del atentado al pudor, también deben confluir tanto el sujeto activo como el pasivo del delito, de esta manera:

Sujeto Pasivo: Es la persona que asume la calidad de ofendida frente a los actos sexualmente atentatorios que recibe; sea hombre o mujer, como acertadamente contempla nuestro ordenamiento vigente;

⁴⁸ CÓDIGO PENAL, RO. 45: 23-JUN-2005

puesto que este bien jurídico no es exclusivo de la mujer como antes se consideraba en la ley penal ecuatoriana.

Sujeto Activo: Es el ofensor, la persona que ejecuta el acto impúdico o maniobra lúbrica, de la cual será objeto el ofendido. De igual manera, la ley no hace referencia a ningún sexo en especial puesto que cualquier persona hombre o mujer puede ser quien ofenda el pudor ajeno.

Para entender mejor al sujeto activo, analizaremos la conducta como fuente del delito del atentado al pudor, de esta forma, este delito, como los anteriores es de acción, es decir, se debe exteriorizar la conducta y realizar actos conducentes al cometimiento del delito con contenido sexual para que pueda ser sancionado; tal como lo contempla el Artículo 508 De la Existencia del Delito: "El atentado existe desde que hay principio de ejecución"⁴⁹

5.8 Formas en que puede suscitarse el delito del Atentado al Pudor

La conducta del sujeto activo, generalmente es agresiva de contenido sexual la misma que se exterioriza sobre la víctima o sujeto pasivo, que es un individuo menor de edad o que ha sido sometido a cualquier estado de incapacidad en la que se encuentre imposibilitado de defenderse o evitar las acciones que no son dirigidas a conseguir el acceso carnal, sino que por el contrario pueden manifestarse como acto lúbrico, gesto obsceno y como frase obscena. Los mismos que pueden ser entendidos como:

a) Acto Lúbrico: Entendido como maniobra erótica sexual que comprende desde el manoseo hasta el acceso carnal.

b) Gesto Obsceno: Consiste en la insinuación de contenido sexual que se expresa en contra de una persona determinada y en forma de agresión de índole sexual. Que comprende desde alusión a la

⁴⁹ Obr. Cit.

vida sexual del ofendido hasta la sollicitación de tipo sexual, sin que se requiera que la actividad del agente se ejecute sobre el cuerpo del ofendido, pero la expresión de contenido sexual ya configura el delito, y eso se considera como la acción constitutiva del mismo.

c) Frase Obscena: O de contenido sexual, se dirige en contra de una persona determinada y comprende desde el piropo obsceno hasta la proposición de favores sexuales, por lo cual el atentado se configura sin que el ofensor tenga contacto físico con el ofendido.

Estas tres formas de ofensa al pudor pueden combinarse o manifestarse de manera conjunta en contra del ofendido, como sujeto pasivo, lo cual no quiere decir que la ofensa sea múltiple sino que se la planteará como única.

5.9 Características esenciales y constitutivas del delito

Para que el delito de atentado al pudor pueda considerarse como tal, es necesario que confluyan las siguientes características constitutivas del mismo, que son:

a) Agresión Sexual Actual: Los actos de índole sexual deben manifestarse en un mismo espacio temporal en donde el sujeto activo los realiza en contra del sujeto activo. En ese momento se configura la actualidad.

b) Agresión Ilegítima: Se refiere a que el agresor o sujeto activo no tiene derecho a acceder sexualmente al ofendido como sujeto activo, por ello es que la protección legal se refiere a los menores de edad y a las personas que han sido sometidas a algún tipo de incapacidad para sobre ellos ejercer tales actos de contenido sexual, que no desembocan en relaciones sexuales, sino caricias desmedidas o tocamientos. La ilegitimidad se configura puesto que dicha acción se contrapone a lo previsto en el Artículo 504.1 del Código Penal en vigencia.

- c) Causal:** Que se manifiesta cuando existe relación directa entre el sujeto activo, el sujeto pasivo y los actos impúdicos y libidinosos. Solo así con la concurrencia de ellos se puede hablar de un delito de atentado al pudor.

5.10 Trámite legal del delito de Atentado al Pudor.

El delito del atentado al pudor es un delito de acción privada, contemplado en el Artículo 36 del Código de Procedimiento Penal en el literal g); por lo tanto su trámite como todos los delitos de acción privada, están sujetos a las normas del código adjetivo penal, en donde el proceso se lleva de la misma forma que en delito de estupro que fue estudiado en el Capítulo anterior.

Se inicia con la Querrela que constará por escrito, con los siguientes requisitos:

- o Datos del acusador
- o Datos del acusado
- o Nexo causal
- o Declaración de formalizar la acusación luego de la prueba
- o Firma

Con ella se inicia el proceso penal que por su característica esencial debe ser tramitado ante el Juez competente, quién tramitará las etapas correspondientes las que se especificaron en Capítulo anterior por lo que me permitiré en este caso solo enumerarlas:

1. Conciliación:
2. Prueba:
3. Formalización de la Acusación:
4. Declaración de Desierta
5. Sentencia:
6. Medios de impugnación

CAPITULO VI

6.6 El delito de Acoso Sexual: Conceptos

Evidentemente la tipificación de este delito, obedece a una protección que se busca dar al sujeto pasivo o víctima en sus bienes jurídicos protegidos como son la libertad sexual, el derecho a la integridad sexual, la libertad de elección; todo ello a partir del principio de que el sujeto activo puede aprovechar de su estado de superioridad para abusar de la posible autoridad tanto laboral como religiosa o de cualquier índole, orientado a la insinuación o solicitud de tipo sexual, las cuales menoscaban tales bienes y configuran el delito de acoso sexual.

Delito que forma parte de nuestra legislación ecuatoriana tipificado en el artículo 511.1 del Código Penal vigente que reza: "Quien solicitare favores de naturaleza sexual, para si o para un tercero, prevaleciéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima, o a su familia un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación..."

De esta manera, para esta figura delictiva se requiere que haya una solicitud de carácter sexual por parte de quien ocupa una posición de superioridad en el ámbito laboral, docente o análogo y enunciando causar un mal al sujeto pasivo relacionado con sus legítimas expectativas en el ámbito que vincula a ambos. Es indiferente que la solicitud a satisfacer lo sea a favor del propio sujeto activo o de un tercero.

Así, el acoso sexual, es un delito de acción que se consuma al momento mismo de hacer la solicitud de carácter sexual, dentro del cual no se admite la tentativa.

6.7 Sujetos penales del delito de Acoso Sexual

El delito de acoso sexual tiene por principio dos sujetos penales, pero el artículo 511.1, no descarta la posibilidad de que la solicitud de tipo sexual pueda ser cumplida con un tercero.

Acosador Sexual: Sujeto Activo

En el artículo 511.1 que es el pertinente en este delito, no se hace referencia a ningún sexo al momento de hablar del acosador o sujeto activo, colegimos entonces que el acto delictivo puede ser cometido por cualquier persona no importa si es hombre o mujer. La particularidad en este caso se da, de que el sujeto activo debe tener una suerte de jerarquía frente al acosado. Y es la persona quien hace la solicitud de carácter sexual para que sea cumplida consigo o con un tercero.

Por lo tanto, el sujeto activo puede proponer que el acto de tipo sexual pueda ser cumplido entre personas del mismo sexo, lo que nos conduce a hablar de las relaciones homosexuales o lésbicas; que por las situaciones que se viven en la actualidad, éstas son opciones dables.

Víctima: Sujeto Pasivo

De igual manera, el sujeto pasivo a lo largo de la historia ha sido considerada la mujer como regla general y excepcionalmente se planteaba al hombre como víctima del mismo. Pero el artículo precedente no se limita en este sentido por lo que es factible el acoso sexual a cualquier persona, incluso el homosexual o lésbico.

6.8 Características constitutivas del delito

Para que el delito de acoso sexual se entienda constituido, es imprescindible que confluyan las siguientes circunstancias:

- a) Elemento OBJETIVO: Que es susceptible de ser apreciado por los sentidos, tienen como base el acto lúbrico o impúdico, son parte de la estructura del tipo, los mismos que se identifican como:

Relación de superioridad jurídica: "Debe necesariamente existir una relación social de dependencia entre el agresor sexual con la persona agredida, mediante la cual esta debe recibir alguna prestación de importancia de aquel, que se encuentra obligado a prestarla o a resolver algún asunto de interés en el desempeño de sus funciones."⁵⁰

Solicitud de carácter sexual al sujeto pasivo: En ella consta el requerimiento que realiza el sujeto activo frente a la víctima, en donde se pone de manifiesto el hecho de que se deban cumplir favores sexuales al mismo o a persona diferente, pero con la amenaza de que en caso de no cumplirlas acarrearán conflictos en el área que se desempeñan (estudio, trabajo, religión).

Dichas manifestaciones pueden ser expresadas de diferentes maneras, entre ellas: contactos o palpamientos lúbricos en el cuerpo de la víctima, agresión verbal con frases de contenido lúbrico que insinúan el acto carnal y la pretensión como objeto sexual; otra pueden ser los gestos o actitudes obscenas.

- b) Elemento SUBJETIVO: Consiste en la intención positiva de ofender sexualmente a la víctima o sujeto pasivo, lo que se desprende de la conducta que realiza el agente sobre la víctima.

6.9 Tipos de Acoso Sexual y Penas Aplicables a los mismos

En este delito existen cuatro tipos del mismo, que se encuentran contemplados en el artículo 511.1 del Código Penal vigente.

⁵⁰ ABARCA GALEAS. Luis Humberto. EL ACOSO SEXUAL. Edit. Jurídica del Ecuador. I Edición. 2006

“Quien solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente, religiosa o similar, con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima, o a su familia, un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación, será sancionado con pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena será reprimido quien, de conformidad con lo previsto en el inciso anterior, actúe prevaliéndose del hecho de tener a su cargo trámites o resoluciones de cualquier índole.

El que solicitare favores o realizare insinuaciones maliciosas de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona, y que no se halle previsto en los incisos anteriores, será reprimido con pena de prisión de tres meses a un año.

Las sanciones previstas en este artículo, incluyen necesariamente la prohibición permanente de realizar actividades que impliquen contacto con la víctima.

Si el acoso sexual se cometiere en contra de personas menores de edad, será sancionado con prisión de dos a cuatro años⁵¹.

De esta manera, se entiende que en el actual sistema punitivo constan 4 tipos de acoso sexual, los cuales se encuentran interrelacionados puesto que comprende un tipo básico y tres tipos derivados de este, los cuales no pueden ser aplicados independientemente del tipo básico.

En el inciso primero del artículo precedente, hace referencia al **tipo básico**, ya que contiene todos los elementos objetivos como subjetivos que son necesarios para configurar cualquiera de las formas de acoso sexual.

⁵¹ Código Penal RO. 45 23-jun-2005

En el inciso segundo, contempla el segundo caso de acoso sexual y característica esencial es que el sujeto activo se beneficie para la realización de la solicitud de favores de índole sexual a la víctima; que ésta o su familia tiene un asunto pendiente de resolución⁵² a cargo de aquel.

El tercer tipo de acoso, está previsto en el inciso tercero del artículo mencionado en líneas anteriores, el mismo que es de carácter común puesto que no requiere de calidad alguna tanto en el agresor sexual como en la víctima, es decir que puede cometerlo cualquier persona.

El cuarto tipo de acoso, planteado en el inciso final del artículo referido, que protege a los menores de edad y por ende la punición en mayor.

6.10 Trámite legal

Es importante recalcar que en el Código de Procedimiento Penal no existe ninguna norma procesal específica prevista para el acoso sexual, aunque en forma general se la contempla en relación a los delitos de naturaleza sexual que conllevan al acceso carnal, norma general que no es aplicable a ninguna de las formas de acoso sexual, ya que estas jamás llegan al acceso carnal.

No todas las formas de acoso sexual son de acción penal pública lo cual es de considerar para los efectos de su denuncia ante la autoridad competente.

Formas de Acoso Sexual de Acción Penal Privada

- a) El acoso sexual mediante la injuria o acciones alusivas de naturaleza sexual, las mismas que se persiguen mediante querrela por configurar

⁵² El subrayado es mío

injurias calumniosa y no calumniosa grave; el ejercicio de esta acción le corresponde exclusivamente al ofendido o sujeto pasivo.

- b) El acoso sexual de hecho perpetrado en una persona mayor de edad, en caso de que no existiera relación de dependencia entre ellos, se considera como injurias y debe ser presentada la denuncia en alusión a esta.

Ambas situaciones se contemplan en el inciso tercero del artículo 511.1 del Código Penal vigente.

Para el trámite de estas denuncias, se han de efectuar todos los pasos correspondientes a los delitos de acción privada que han sido explicados en los Capítulos del Estupro y Atentado al Pudor.

6.5.1. Formas de Acoso Sexual de Acción Penal Pública

Los delitos de acoso sexual que hayan sido denunciados ante el Ministerio Público, en la persona del Agente Fiscal, tendrán la calidad de públicos cuando se configuren los elementos subjetivo y objetivo, así como se rescate de la investigación planteada por el Fiscal, una serie de circunstancias que permitan corroborar los hechos narrados en la denuncia correspondiente; a partir de lo cual se iniciará el proceso penal, que en el Capítulo de la Violación fue explicado con detenimiento pero que aquí se enlistan las etapas del mismo.

- **Proceso Penal:**
 - A) Indagación Previa
 - B) Instrucción Fiscal
 - C) Audiencia Preliminar
 - D) Juicio

Se ha visto pertinente incluir en este Capítulo, las circunstancias agravantes y atenuantes en los delitos sexuales, es decir, éstas funcionan para todos ellos en el cálculo respectivo de las penas al momento de establecer las

responsabilidades penales correspondientes, y se encuentran considerados en los Artículos **29.1** y **30.1** del Código Penal en vigencia.

6.5.2 Circunstancias Atenuantes y Agravantes de los Delitos Sexuales

“Art. (29.1).- Circunstancias atenuantes en delitos sexuales y de trata de personas.- Para los delitos de trata de personas y delitos sexuales, no se considerarán circunstancias atenuantes, excepto las siguientes:

1. La contemplada en el numeral 5 del artículo 29; y,
2. Que el sospechoso, imputado o acusado colabore eficazmente con las autoridades en la investigación del delito.”

“Art. (30.1).- Circunstancias agravantes en delitos sexuales y de trata de personas.- En el caso de delitos sexuales y de trata de personas, se considerarán como circunstancias agravantes, cuando no fueren constitutivas o modificatorias de la infracción y se aplicarán sin perjuicio de las circunstancias agravantes generales señaladas en el artículo anterior, las siguientes:

1. Si la víctima es una persona mayor de sesenta años o menor de dieciocho años de edad, persona con discapacidad o de aquellas que el Código Civil considera incapaces;
2. Encontrarse la víctima, al momento de la comisión del delito, en establecimientos públicos o privados, tales como los de salud, educación, culto, investigación, asistencia o refugio, en centros de rehabilitación social o en recintos policiales o militares, u otros similares;
3. Aprovecharse de que la víctima atraviesa por una situación de vulnerabilidad, extrema necesidad económica o de abandono;
4. Haber contagiado a la víctima con una enfermedad grave, incurable o mortal, o haberle producido lesiones que causen incapacidad permanente, mutilaciones, pérdida o inutilización de órganos, discapacidad física, perturbación emocional, trastorno psicológico o mental;
5. Si la víctima estuviere o resultare embarazada, o si estuviere en

- puerperio, o si abortare como consecuencia de la comisión del delito;
- 6.** Si la víctima estuviere incapacitada física o mentalmente;
 - 7.** Tener el infractor algún tipo de relación de poder o autoridad sobre la víctima, o si es adoptante, tutor, curador o si tiene bajo su cuidado, por cualquier motivo, a la víctima;
 - 8.** Compartir con la víctima el ámbito familiar;
 - 9.** Conocer a la víctima con anterioridad a la comisión del delito;
 - 10.** Si el delito sexual ha sido cometido como una forma de tortura, o con fines de intimidación, degradación, humillación, discriminación, venganza o castigo;
 - 11.** Si el delito ha sido cometido por funcionarios públicos, docentes o ministros de algún culto, que han abusado de su posición para cometerlo, por profesionales de la salud y personas responsables en la atención del cuidado del paciente; o cualquier otra clase de profesional o persona que hubiere abusado de su función o cargo para cometer el delito; y,
 - 12.** Haber utilizado para cometer el delito, alguna sustancia que altere el conocimiento o la voluntad de la víctima."

De esta manera, se ha terminado el estudio de los delitos sexuales en la legislación penal que se encuentra vigente en el país; con lo que se concluye la presente Tesis Doctoral."

Conclusiones

- La Constitución Política de la República del Ecuador, hace referencia explícita a los derechos sexuales, situación que la diferencia positivamente de las legislaciones latinoamericanas que han sido consultadas para la presente Tesis Doctoral, en donde no existe regencia concreta frente a estos derechos.
- Es evidente que las sociedades han ido cambiando en lo relacionado a las preferencias sexuales, por lo que el Derecho debe ajustarse a estas nuevas tendencias y regular las conductas para evitar el menoscabo de los derechos sexuales de estos sectores vulnerables.
- Cabe recalcar que el bien jurídico protegido esencialmente, dentro de los delitos sexuales, sin lugar a duda es el derecho a la libertad sexual.
- En cuanto al delito de violación, es acertada la reforma del artículo correspondiente, al establecer las formas en las que puede suscitarse el delito, así como lo concerniente a la edad, puesto que ya no existe la indefensión de adolescentes entre los 14 y 18 años; incluyendo una protección más amplia al considerar al hombre como sujeto pasivo del delito.
- A partir de estas reformas, cabe recalcar que el comportamiento público o privado de la víctima, anterior a la comisión del delito sexual, no será considerado dentro del proceso.
- El endurecimiento de las penas para los delitos sexuales, con el ánimo de proteger de mejor manera a la sociedad, ha sido uno de los puntos a favor de la reforma.

- o En el delito de estupro la nueva concepción protege tanto a mujeres u hombres sin importar situaciones personales previas al cometimiento sino por el contrario, al momento de la acción en lo relacionado a sus elementos constitutivos.
- o La reforma a la ley en el delito de atentado contra el pudor, no fue del todo acertada, puesto que al considerar que la edad para la protección máximo hasta los 18 años, deja un vacío legal en donde las personas mayores a ésta, no podrán denunciar dicho delito con esta figura jurídica sino acudir ante la autoridad correspondiente para a través de ella, resarcir los daños por medio de otro tipo penal, de injurias no calumniosas grave.
- o En el acoso sexual, la codificación ahora es más específica en lo que se relaciona a las penas, así como la ampliación que se hace al termino de superioridad, en donde se abarcan más situaciones en las que pueda producirse el delito. En este punto es importante recalcar que estas condiciones y calidades personales del sujeto activo, son parte de las agravantes tipificadas para todos los delitos sexuales.

Recomendaciones:

- Me permito recomendar luego de la investigación realizada, que en el Ministerio Público del Azuay, se implemente la Unidad de Delitos Sexuales, tomando como ejemplo la que funciona en la ciudad de Quito; de esta forma, al ser una dependencia especializada, permitirá que los procesos sean más ágiles, confiables, y con ello se cumplan los presupuestos procesales amparados en la Constitución. En donde las pruebas serían mucho más fiables puesto que las personas a cargo de recolectarlas, por el hecho de pertenecer a un departamento específico, tendrían una mayor preparación para tal efecto.
- Otra manera de contribuir con la investigación de las denuncias relacionadas con delitos sexuales, sería la capacitación de los profesionales que están ligados al trato directo con las víctimas, tales como: peritos, médicos legistas, policía judicial; para que su interrelación genere un ambiente de confiabilidad que favorezca a los procesos.
- Sería oportuno también procurar una cultura de denuncia de los delitos sexuales, a través de la difusión de la información correspondiente por medio del trabajo mancomunado de las instituciones que protegen los derechos en general, entre ellos los sexuales, en donde las más importantes serían: Defensoría del Pueblo, Comisión de Derechos Humanos, INNFA, SIREPAM; con el fin de conseguir que el sistema legal sea confiable y a través de ellos receptor las denuncias para hacer el seguimiento correspondiente encaminado a la terminación del proceso penal.
- En lo relacionado al lado humano del sujeto pasivo, no basta solo con castigar al culpable sino que se busquen alternativas de reinserción social de las víctimas, por medio del apoyo psicológico que debería ser sugerido desde las primeras instancias por las

autoridades que conozcan el hecho; de esta manera minimizar los traumas y secuelas que acarrea este delito como una manera efectiva de que nuestro Estado garantice la protección real de las personas a quienes se les han menoscabado sus derechos sexuales.

- o Para finalizar, sugiero que en caso de una posible reforma a dichos delitos, los legisladores revisen y rectifiquen la omisión contemplada en el delito de atentado al pudor.

BIBLIOGRAFÍA

- o ABARCA GALEAS, Dr. Luis Humberto. EL ACOSO SEXUAL. Edit. Jurídica del Ecuador. 2006
- o ANTOLISEI Francesco. MANUALE DI DIRITTO PENALE. T. 1 Milano. 1958
- o BARRERA DOMÍNGUEZ Humberto. DELITOS SEXUALES. Bogotá. TEMIS. 1963
- o CABANELLAS Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Heliasta SRL, 1997
- o CHICO PEÑAHERRERA, Reinaldo, Dr. ESTUDIOS DE DERECHO PENAL, Tomos I y II, 2004, Cuenca – Ecuador.
- o CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL, 2004, Corporación de Estudios y Publicaciones
- o Código Penal Ecuatoriano, RO-S 147: 22-ENE-1971
- o Código Penal RO. 45 23-jun-2005
- o CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, 2004, Corporación de Estudios y Publicaciones
- o Declaración Universal de los Derechos Humanos, Aprobada y Proclamada por la Asamblea de la ONU, 10-dic-1948.
- o Diario La Hora. Quito – Ecuador. Dra. ANDRADE, Ximena
- o ENCICLOPEDIA JURÍDICA AMEBA, 1982, Editorial Driskill. S.A
- o Francisco González de la Vega
- o MARTINEZ, Lisandro. DERECHO PENAL SEXUAL. Editorial Temis. Bogotá. 1993
- o Microsoft® Encarta® 2006. © 1993-2005 Microsoft Corporation.
- o MUÑOZ CONDE, Francisco. DERECHO PENAL PARTE GENERAL. Edic. Cuarta
- o OJEDA MARTÍNEZ, Cristóbal, DELITOS SEXUALES, Babahoyo – Ecuador. 1999
- o PABON PARRA, Pedro Alfonso. DELITOS SEXUALES. Ediciones Doctrina y Ley. Colombia 2005
- o RED Interinstitucional de Atención y Prevención de la Violencia Intrafamiliar. Boletín 2005

- www.dlh.lahora.com.ec
- www.fiscalia.gov.ec
- www.juecesyfiscales.org
- www.lawyer.com