



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**DESCRIMINALIZACIÓN EN EL TIPO PENAL
DEL ESTUPRO EN LA LEGISLACIÓN
ECUATORIANA.**

Autor:

Gustavo Fernando Saquicela Reinoso.

Directora:

Dra. Julia Elena Vázquez

Cuenca – Ecuador

Año 2023

DEDICATORIA

La presente tesis la dedico a Dios,
a mis queridos padres y abuelos.

AGRADECIMIENTO

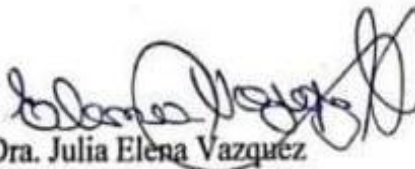
Agradezco a mi tutora de tesis Dra. Julia Elena Vázquez y a mis padres por el apoyo brindado.

RESUMEN:

En la presente tesis se determinó la necesidad de descriminalizar el tipo penal del estupro de la legislación ecuatoriana, debido a que el delito ha perdido relevancia, dentro de nuestra legislación, como consecuencia existen pocos casos, la mayoría no llegan a ser sancionados y quedan impunes. Además, no todas las conductas, que vulneren un bien jurídico deben ser criminalizadas, debido a que el derecho punitivo es de ultima ratio y nuestro sistema jurídico es de mínima intervención.

Como alternativa al delito se debe recurrir a la justicia restaurativa, es necesario implementarla en nuestro sistema jurídico en la Ley de Arbitraje y Mediación, para que no se vulneren los derechos de los adolescentes, ante la acción de tener relaciones sexuales mediante el engaño.

Palabras Clave: Estupro, tipo penal, Derecho Penal, bien jurídico, descriminalización, Justicia Restaurativa.



Dra. Julia Elena Vazquez

ABSTRACT

The present thesis determines the necessity to decriminalize the crime of statutory rape in the Ecuadorian legislation, due to the fact, that it has lost its relevance in our legislation. Therefore, there are few cases where this crime gets punished. Besides, not all conducts that can harm a right must be criminalized because penal law is the last resource and in our legal system; it has a minimal intervention. As an alternative to the crime, we must aim to the concept of restorative justice. It is necessary to implement it in our legal system through the "Ley de Arbitraje y Mediación" to protect the rights of teenagers in case they engage in sexual activities by deceiving them.

Keywords: Statutory rape, penal type, penal law, rights, decriminalization, restorative justice

Translated by:



Gustavo Fernando Saquicela



ÍNDICE

1. Introducción.
2. Capítulo I. Nociones Generales
 - 1.4. ¿Qué es el Derecho Penal?
 - 1.5. Derecho punitivo (ius puniendi)
 - 1.6. Principio de derecho penal de mínima intervención.
 - 1.7. Delito.
 - 1.8. Pena.
3. Capítulo II. Sobre el Estupro.
 - 2.1. Evolución del tipo penal.
 - 2.2. Evolución del tipo penal en la legislación ecuatoriana.
 - 2.3. Definiciones del estupro.
 - 2.4. Elementos.
 - A. Tipo Penal.
 - B. Sujeto activo y pasivo.
 - C. Conducta típica.
 - D. Consentimiento.
 - E. Verbo rector.
 - F. Bien jurídico protegido.
 - 2.5. Vía de persecución.
 - 2.6. Acción penal Privada.
 - 2.7. Procedimiento.
 - 2.8. El estupro en otras legislaciones.
 - 2.9. Cifras en el Estupro
4. Capítulo III. Justificación de la descriminalización e implementación de la justicia restaurativa.
 - 3.1. Análisis de casos.
 - 3.2. Concepto de Descriminalización.
 - 3.3. Justificación.
 - 3.4. Justicia Restaurativa.
 - 3.4.1. Antecedentes.
 - 3.4.2. Concepto.
 - 3.4.3. Principios Fundamentales.
 - 3.4.4. Tipos de sanciones
 - 3.5. Implementación de la J. Restaurativa en nuestro país, a través de la ley de mediación y arbitraje.

INTRODUCCIÓN.

No todas las conductas, que vulneren un bien jurídico deben ser criminalizadas, dado que el derecho punitivo es de ultima ratio y nuestro sistema jurídico es de mínima intervención, la pena no debe utilizarse para todas las conductas contrarias al derecho, “del mal no se deriva nunca un bien” (Fernández, 1990); el legislador consideró, que el delito de estupro, no tiene la magnitud de casos suficientes, para ser considerado un delito de acción penal pública, de la misma manera las leyes son cambiantes el derechos se renueva cada día, en virtud de las necesidades de las personas, como manifiesta Reinaldo Chico Peñaherrera, “estamos presenciando un cambio total de perspectiva de todos los valores de la Cultura, que incide incluso en la raíz misma y fundamento esencial del Derecho”.

El delito de estupro ha perdido relevancia en el sistema jurídico ecuatoriano, muestra de aquello, existen pocos casos, la mayoría de ellos no llegan a juicio, esto se debe a que no protege cabalmente el bien jurídico de la indemnidad sexual, sino busca proteger conceptos anacrónicos, que resultan ser contradictorias con la realidad actual de nuestro país y con los principios del Derecho Penal.

El objetivo general de la presente tesis es, determinar la necesidad de descriminalizar el tipo penal del estupro de la legislación ecuatoriana, debido a que no corresponde con realidad actual. El objetivito específico es justificar, que la mejor vía para la protección estatal de los adolescentes entre 14 y 18 años, frente a estos actos de carácter sexual, donde el consentimiento se encuentra viciado por el engaño, es por medio de la justicia restaurativa, a través de medios alternativos de resolución de conflictos

Con respecto a la metodología utilizada en la presente investigación, en primer lugar, se utilizó el método analítico descriptivo, para conocer los conceptos de derecho penal, ius puniendi, el principio de mínima intervención, pena, delito. Asimismo, se empleó el método histórico-lógico, para plasmar la historia del estupro, y mediante el método analítico sintético se conceptualizó con propiedad el estupro y se analizó sus elementos. No menos importante se pudo determinar que solo se ha presentado 7 causas los últimos cinco años, en la provincia del Azuay.

Finalmente, se empleará el método analítico-descriptivo, para justificar la necesidad de descriminalizar el tipo penal y emplear la justicia restaurativa, como medio alternativo para resolver este conflicto, también se analizó en profundidad el concepto de justicia restaurativa.

El tipo penal ha evolucionado desde su creación en Grecia y Roma, donde estaba estrechamente vinculado con la honestidad y condición de doncella de la mujer, la cual es contraria a los principios y derechos de los adolescentes, Efraín Torres, tratadista ecuatoriano manifestó que “El estupro es todavía uno de los delitos en donde la idea de pecado o inmoralidad sobrevive con fuerza”.

Al tratarse de un delito de acción penal privada, dificulta al sujeto pasivo, ejercer la acción, esto se debe a que la víctima es menor de edad y carece de recursos propios. Igualmente, el agraviado no acude a sus progenitores, por el estigma social existente, lo que ocasiona que muchos casos queden en la impunidad.

Por lo expuesto es necesario descriminalizar el tipo penal, debido a que el delito no cumple con su finalidad, y su naturaleza está arraigada en cuestiones morales y religiosas, y para no desamparar los derechos de los adolescentes mayores de 14 años a la integridad sexual y al libre desarrollo de la sexualidad, es necesario acudir a la justicia restaurativa, siendo un medio alternativo para la resolución de conflictos.

CAPITULO I.

1. NOCIONES GENERALES.

1.1. ¿Qué es el Derecho Penal?

Para comprender correctamente al derecho punitivo, el principio penal de mínima intervención, la criminalización y la pena, es menester conocer el concepto de Derecho Penal.

El Derecho Penal tiene tres enfoques, el primero fuera del marco jurídico, donde la sociedad considera al Derecho Penal como “mecanismo de control social y de represión” (Gómez 2015, pg. 3). También conocido como ejercicio del poder punitivo, el cual lo ejerce el Estado por medio de sus distintos organismos.

El segundo enfoque, la reiteración de “conductas atentatorias” obligo a los Estados a crear normas para poder sancionar estas conductas mediante penas. Como lo expresa Gómez, en el libro Régimen Penal Ecuatoriano: “La evolución de las sociedades, la aparición y la consolidación del estado de derecho y la necesidad de regular cuidadosamente el conjunto de sanciones, para limitar la actividad represiva a los casos indispensables y represión se regularizará y formará un sistema de normas que se conoce como Derecho Penal.”. En otras palabras, el legislador es el único competente en crear normas, para poder regular el conjunto de conductas típicas, las cuales vulneran bienes jurídicos protegidos.

Para Francesco Antolisei, el Derecho Penal “es un grupo de normas jurídicas con las cuales el Estado prohíbe, mediante la amenaza de una pena, determinados comportamiento de humanos (acciones u omisiones)”

Reinhart Maurach, 1994, establece que el Derecho Penal, “Es aquel conjunto de normas jurídicas, que unen ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, una conducta humana determinada, la cual es el delito; la consecuencia jurídica de mayor trascendencia es la pena”.

Francisco Muñoz Conde, exteriorizo que el Derecho Penal, o derecho penal material es “El estudio de las normas, de las conductas que las infringen y de las sanciones aplicables a las mismas”.

Otro enfoque del derecho penal, como lo menciona Zaffaroni, es la doctrina penal, la cual consiste en una reflexión teórica, realizada por diferentes doctrinarios especializados en el Derecho Penal

El tratadista argentino Enrique Bacigalupo, en su libro Manual de Derecho Penal, manifiesta que el Derecho Penal tiene como finalidad declarar ciertos comportamientos, como indeseables y en consecuencia amenazar su realización con las sanciones más rigurosas conocidas, debido a que estos comportamientos, son los más intolerables por la sociedad.

De la misma manera el autor, determina que el Derecho Penal, no es el único instrumento de control social. Al mismo se lo considera como instrumento de control social primario, se diferencia con otros, por medio de la sanción aplicada a la violación de ciertas normas. Por el contrario, los instrumentos de control social secundarios, utilizan normas y modelos de comportamiento social adecuados, sin la necesidad de recurrir a la sanción penal, por ejemplo, el sistema educativo.

Eduardo Llor, afirma que el Derecho Penal, debe limitarse a castigar únicamente las acciones más nocivas en contra de los bienes jurídicos más importante, en palabras del autor “de ahí su carácter fragmentario”, debido a que toda la gama de acciones contrarias al ordenamiento jurídico y que vulneren bienes jurídicos, en definitiva, el derecho penal solo se encarga de regular una parte del ordenamiento jurídico.

En definitiva, desde un concepto integral del Derecho Penal, se puede decir que es una rama perteneciente al derecho público, que regula el poder punitivo del Estado, por medio de la creación de normas jurídicas, las cuales contienen conductas típicas, delitos, penas y medidas de seguridad, con la finalidad de proteger bienes jurídicos trascendentes como la vida, propiedad, la libertad sexual, entre otros.

1.3. Poder punitivo (ius puniendi).

El Ius Puniendi, es el “poder punitivo estatal”, es la facultad que tiene exclusivamente el Estado, derivado de la soberanía, con respecto a elevar ciertos actos típicos y castigarlos mediante la amenaza de una sanción penal.

En un sentido político, el poder punitivo proviene de la soberanía, y lo en primer lugar los legisladores, debido a que son los encargados de hacer las leyes, La criminalización es la consecuencia del Ius Puniendi.

Para Eugenio Zaffaroni, la criminalización primaria es “el acto y efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas”. Se trata de un “acto formal” el cual establece una conducta o acto la cual debe ser penada y se positiviza en un cuerpo normativo; el programa lo realiza la asamblea. Para Zaffaroni, es un programa totalmente irrealizable, el cual tiene una extensión inabarcable.

Por otro lado, la criminalización secundaria, es la acción punitiva ejercida por personas concretas como: jueces, fiscales, agentes de policía y agentes penitenciarios. En la práctica nos encontramos que la capacidad de los órganos mencionados, es limitada por los recursos del estado.

1.4. Principio de derecho penal de mínima intervención.

El principio de mínima intervención, se trata de la necesidad que tiene el Derecho Penal, de ser utilizado siempre y cuando no existan otros medios, menos nocivos.

Pablo Milanese estableció que es posible extraer los caracteres de: subsidiariedad, ultima ratio y fragmentariedad del Derecho Penal, los mismos representan una garantía para limitar el ius puniendi del Estado, que justifica la intervención por parte del Estado, exclusivamente cuando sea indispensable, para el mantenimiento de su organización política en un sistema democrático. El principio de mínima intervención forma parte de la herencia del liberalismo, y hasta el presente, debe ser considerada como uno de los parámetros que tiene que tomar en cuenta el legislador al momento de realizar la criminalización o la despenalización de una norma, dichos conceptos los profundizaremos en el tercer capítulo.

Carlos Alberto Elbert expresó que el principio de mínima intervención, significa que el Estado solamente debe utilizar al Derecho Penal, únicamente en los casos más graves, con la finalidad de proteger los bienes jurídicos más importantes, es decir el Derecho Penal es de ultima ratio, debe intervenir cuando ya han “fracasado todas las demás alternativas del derecho”.

Según la Real Academia Española de la lengua, en su diccionario Panhispánico del español jurídico, es el “principio que limita la utilización del Derecho Penal por parte del Estado, restringiendo su uso como instrumento protector de bienes jurídicos a los casos en que otros sectores del ordenamiento jurídico se han mostrado insuficientes para dicho fin”.

Eduardo Franco Loor, estableció que ya no es necesario utilizar el Derecho Penal, cuando es posible, recurrir a otros medios menos lesivos, para los derechos individuales. Por lo tanto, debe emplearse de ultima ratio, es decir como último recurso cuando los medios menos lesivos, no han funcionado para proteger determinado bien jurídico. Santiago Mir Puig, explicó, que se impondrán las sanciones no penales, las civiles, v.gr. la nulidad de negocios jurídicos, repetición de enriquecimiento injusto, reparación de daños y perjuicios, entre otras y solamente se recurrirá a las penas o las medidas de seguridad cuando estas sanciones no sean suficientes.

Con respecto a la fragmentación del Derecho Penal, el Dr. Juan Carlos Salazar, manifestó que lo fragmentario del Derecho Penal, nace dentro de un Estado de Derechos. El fin del Derecho Penal es proteger bienes jurídicos, que por su alta relevancia necesiten la tutela jurídico penal, si no la necesitan pueden ser protegidos dentro del ordenamiento jurídico, es decir fuera de la esfera del Derecho Penal; debe proteger valores que se vuelven elementales en la vida social, de tal manera que la lesión o simple puesta en peligro dependiendo del caso, permitirá la respuesta punitiva de parte del estado.

El Derecho Penal es de ultima ratio, esto se debe a que la intervención penal, posee legitimidad, siempre y cuando sea estrictamente necesario para proteger a las personas, como establece el autor antes referido: “Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”.

En síntesis, el principio de mínima intervención penal, sólo debe intervenir en los casos de agresiones graves a los bienes jurídicos más relevantes. En nuestra legislación se encuentra contemplado en el Art.3, del Código Orgánico Integral Penal: “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales.

1.5. Pena.

Cada rama del derecho, tiene su propia sanción impuesta a la violación de sus normas, la sanción que tiene la violación de las normas del Derecho Penal es la pena, Zaffaroni manifiesta que la pena es un hecho político no jurídico.

Desde un concepto formal, para Muñoz Conde, pena es “el mal, que impone el legislador por la comisión de un delito al culpable o culpables del mismo”.

Por otro lado, Zaffaroni, (1998), estableció que la pena, es la privación de la libertad que el Estado impone al autor de un delito “en la medida tolerada por el sentimiento social” y tiene como finalidad evitar que se vulnere de forma reiterada el bien jurídico.

Juan Fernández C. en su libro *Delito y Error, Perspectiva Político Criminal*, estableció que la eficacia de la pena es limitada y parcial, depende de ciertas condiciones, a las que los tratadistas denominan como “Carácter subsidiario del derecho penal” es decir que la pena debe utilizarse solamente de última ratio. Según el tratadista Muñoz Conde para entender de manera cabal el significado de la pena, deberemos referirnos a los tres aspectos de la pena “su justificación, su sentido y su fin”.

Ernesto Albán, manifestó que para que la pena se constituya como tal, es necesario que cumpla con ciertos requisitos:

1. Debe estar contemplada en la ley.
2. El delito debe estar contemplado en la misma ley.
3. Debe haber impuesto una sentencia condenatoria.
4. La sentencia debe haberse interpuesto, luego de un juicio penal.

Se puede concluir que la pena es una la privación de la libertad, interpuesta por el estado, a una persona que ha sido sentenciada por el cometimiento de un delito.

1.6. Delito.

Establecer una definición sobre el Delito es complejo, debido a que la dogmática ha aportado con supuestos que provienen de la realidad social, política, psicológica, ética, en fin, provenientes de ramas extrajurídicas. Juan Carlos Salazar en su libro *Derecho Penal Parte General*, manifestó que los doctrinarios del siglo XX, llegaron a un consenso sobre la definición del delito, determinando al Delito como un acto típico, antijurídico y culpable, determinando tres elementos dentro de la teoría de lo injusto.

Ernesto Albán, concibe al delito como, el acto que la ley tipifica y sanciona con una pena determinada.

Por otro lado, Muñoz Conde señala, que el delito “es toda conducta que el legislador sanciona con una pena”. Para muchos penalistas, esta concepción es incompleta, debido a que es estrictamente formal, lo que dificulta tener la posibilidad de conocer la naturaleza y penetrar en el fondo del hecho delictivo.

Maurach (1994), manifestó que el delito es “una acción típica, antijurídica y atribuible”, es antijurídica, debido a que lesiona una norma positivizada en un ordenamiento jurídico, establecido por la comunidad; es típica porque existe homogeneidad entre la acción y la norma y es atribuible, debido a que se atribuye determinada acción a una persona determinada.

En suma, el delito constituye una acción, la cual es típica, antijurídica y atribuible a una persona.

CAPITULO II.

2. SOBRE EL ESTUPRO.

2.1. Evolución del tipo penal.

Como expresan los doctrinarios ecuatorianos José Cornejo y Jorge Torres en su libro “Código Orgánico Integral Penal Comentado”, en la antigüedad se utilizaba el término estupro, que proviene del latín stuprum, para abarcar conductas como el adulterio y la violación; el término se deriva del griego strophe que significa “engaño”, que el mismo vocablo del que proviene la palabra estafa.

En otras palabras, el término stuprare o stuprum, se traducía como corromper o deshonar y se configuraba después que un hombre tenía relaciones con una doncella ¹, si las mujeres estaban casadas se les castigaba por el delito de adulterio.

En la antigua Roma, los actos relacionados con el stuprum, en algunas situaciones se les trataba en el ámbito privado y de familia, la persona encargada a la observancia de la obligación moral de rectitud, con respecto al ejercicio de la moralidad, le correspondía al pater familias², este sistema servía de auxiliar al Derecho Penal, siempre y cuando los sujetos sean personas sometidas a este poder.

La ley Julia (Lex Iulia de Adulteris Coercendis, 18.A.C.) expedida durante el Imperio Romano, tipificó por separado los delitos de adulterio y estupro, lo más destacable de esta ley, es que se retiró de la esfera de lo privado el crimen para hacerlo público y se estableció tres elementos para que se pueda configurar el delito:

- a) Las personas que intervienen en el acto sexual no han contraído matrimonio.
- b) El bien jurídico protegido era la honestidad y castidad de la mujer libre.
- c) Si la mujer transgredida, era esclava, liberta, prostituta o consideraba de baja clase social, no se configuraba el crimen.

¹ Se les llamaba doncellas a las mujeres que eran vírgenes.

² Pater familias. “Es pater familias toda persona de sexo masculino, que no se encuentra sometida a potestad ajena, independientemente del hecho que tenga o no hijos o de la edad que posea. Usualmente era el miembro más anciano de la familia.” (Amunátegui Perell, 2006).

El Digesto de Justiniano (533 D.C.) modificó el crimen, aplicando el concepto de estupro, manifestando que el sujeto pasivo puede ser cualquier persona. Posteriormente Francesco Carrara, tratadista italiano en el siglo XIX, definió al estupro como “El acceso carnal a una mujer libre y honesta, precedido de seducción verdadera o presunta y no acompañada de violencia”. Como se puede observar el concepto de estupro está arraigado con la honestidad y la condición de doncellez de la mujer.

2.2. Evolución del delito de estupro en la legislación ecuatoriana.

En nuestro país el Código Penal de 1837, en la sección III, en los artículos 494, 495. 496, contemplaba que el estupro se constituía en tres circunstancias:

1. Cuando un hombre ha “violado la virginidad de alguna mujer”, sin ejercer fuerza ni violencia alguna, sino por medio de la seducción o halagos, la sanción consistía en el destierro por dos a cinco años del domicilio de la víctima, y “cincuenta leguas en contorno” lo cual equivale a 241 kilómetros. En otros casos los jueces ordenaban pagar una multa, desde cincuenta hasta dos mil pesos. El artículo 494, también contemplaba, que “los reos estarán exentos de estas penas”, si contraen matrimonio con el agraviado. Como se puede observar el estupro desde el primer Código Penal de nuestro país, está estrechamente vinculado con la noción de matrimonio, es decir contraer nupcias subsanaba el daño causado.
2. En el artículo 495, establecía que “los que violaren la virginidad de alguna persona que no haya llegado a la edad de la pubertad”, se les sancionará con la pena de diez años de prisión, y después de haber cumplido privación de la libertad, debían ser desterrados por diez años del lugar del domicilio de la persona violada, y cincuenta leguas en contorno. En este artículo no se menciona el engaño, sino bastaba que el acto sexual se realice en contra del sujeto pasivo y el mismo ostente la condición de doncellez y la calidad de impúber³, En la actualidad la conducta contemplada en este artículo, se equipara al numeral 3 del Art. 171 del Código Orgánico Integral Penal.

³ Impúber. Es la persona que no ha llegado a la pubertad, en la actualidad, el código civil considera impúber el varón que no ha cumplido los 14 años y la mujer que no ha cumplido los doce años.

3. En el supuesto que un hombre tenga relaciones sexuales deshonestamente con una “mujer recogida”, engañándola, contrayendo “un matrimonio fingido”, se castigaba con cuatro a ocho años de obras públicas, y de la misma manera se tenía que indemnizar a la ofendida con una cantidad de cincuenta a dos mil pesos, dependiendo del poder adquisitivo del infractor.

En el Código Penal, del año de 1906, el estupro se incorpora a la violación, se lo tipifica de la siguiente manera: “el que por seducción o halago violare a una mujer mayor de catorce años y menor de veintiuno”.

El Código penal de 1938, reincorpora al estupro como una figura independiente de otros tipos penales, no obstante, sigue limitando a la mujer como sujeto pasivo y establece la condición de doncella, el verbo rector consistía en “la cópula con una mujer honesta, empleando la seducción o engaño, para alcanzar su consentimiento”.

El antecesor del COIP, el Código Penal de 1971 conservó los mismos términos que su predecesor, sin embargo, la modificación por la Ley reformativa al Código Penal que Tipifica los Delitos de Explotación Sexual de los Menores de Edad, se cambió la expresión de mujer honesta por “con una persona” eliminando la condición de doncella y estableciendo que el hombre también podía ser víctima del estupro, además en el 2012 se modificó la edad de las víctimas por estupro, siendo el sujeto pasivo de 14 a 18 años, anteriormente el sujeto activo constituía de 16 a 18 años.

En el año del 2014 entró en vigencia en Código Orgánico Integral Penal, integrando en un solo cuerpo penal, todo lo respecto a la parte sustantiva, adjetiva y de ejecución de las penas, dejando sin vigencia al Código Penal y al Código de Procedimiento Penal; se estableció el tipo penal en el artículo 167, el mismo sigue vigente hasta la actualidad, el cual expresa: “La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

2.3. Definiciones del estupro.

Es complicado dar un concepto generalizado sobre el estupro, esto se debe a que su definición es distinta dependiendo de la época y la región donde provenga el autor. Por tal motivo expondré algunas definiciones:

Guillermo de Cabanellas en su diccionario jurídico, define al estupro, conforme al Art. 120 del Código Penal argentino de su época:

“El acceso carnal con mujer honesta, mayor de doce años y menor de quince, siempre que no se use fuerza o intimidación o no se halle privada de razón o de sentido, o cuando no pudiera resistir, por cualquier causa”.

Amado Ezaine Chávez define al estupro como un delito que violenta la libertad y honor sexuales, se trata de las relaciones sexuales, que tiene una persona mayor de edad, con una mujer menor, libre y honesta, donde existió seducción verdadera o presunta, el autor menciona que “”la honestidad es un estado moral” mientras que “La virginidad es un estado físico”.

Carrara lo define diciendo que es "el conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, precedida de seducción verdadera o presunta, y no acompañada de violencia".

Para Edgardo Dona, (2015), doctrinario argentino exteriorizo:

“El estupro comprende conductas que giran sobre dos ejes: primero, la seducción de la víctima menor de 16 años, que debido a su inmadurez sexual presta consentimiento para el acto. Y, en segundo lugar, la mayoría de edad del autor, aclarando que por tal vamos a entender mayoría de edad legal, o sea 21 años, y no mayoría de edad con respecto a la víctima (...), por ende, estamos en el ámbito del estupro con seducción real”. P.p.616.

Efraín Torres, en el año de 1997, definió estupro, conforme al Código Penal ecuatoriano, vigente en aquel año “se entiende como estupro a la cúpula de un hombre mayor de edad con una mujer honesta empleando la seducción o engaño para alcanzar su consentimiento”.

2.4. Elementos.

A. Tipo penal.

Se encuentra regulado en el Art. 167, del Código Orgánico Integral Penal, el mismo sigue vigente hasta la actualidad, el cual expresa:

“La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, mayor de catorce y menor de dieciocho años, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

B. Sujeto activo y pasivo.

Antes de analizar el sujeto activo en el delito de estupro es importante mencionar el significado de sujeto activo, según Harold Vega Arrieta “Es aquel sujeto que dentro de la oración gramatical llamada tipo realiza la conducta activa u omisiva.” (p.57). H. Vega manifiesta que el sujeto activo, desde el punto de vista cuantitativo, se clasifica en “tipo penal mono subjetivo” y “tipo penal plurisubjetivo”. El primero se requiere de un sujeto para que se configure el tipo, por otro lado, el tipo penal plurisubjetivo, requiere de manera obligatoria dos o más sujetos.

En el delito de estupro, el sujeto activo, es mono subjetivo (Congreso Nacional, 1837) y calificado⁴, debido a que el tipo penal exige que el sujeto activo sea una persona mayor de 18 años, sin importar su género, si el sujeto no está revestido de esta calidad, no se configurara el tipo penal, esto se debe a que no califica como estupro las relaciones sexuales entre adolescentes, aun cuando sea por medio del engaño por parte de uno de los intervinientes. Según varios doctrinarios, en los códigos que anteceden al Código Orgánico Integral Penal, ostentaba la calidad de sujeto activo exclusivamente el varón, para ellos solo el hombre podía acceder carnalmente a la víctima.

El tratadista español Francisco Muñoz Conde en su libro *Derecho Penal General*, exteriorizó que el titular del bien jurídico es el sujeto pasivo, no siempre coincide el titular del bien jurídico protegido en el tipo penal, con el sujeto sobre el que recae la acción típica, esto se debe a que la víctima es menor de 18 años y no puede interponer la querrela, por tal motivo el ofendido tiene que acudir a sus progenitores o a su representante legal, para interponer la acción.

Al igual que el sujeto activo, el agraviado, también es un sujeto calificado, debido a que tiene que ser una persona en el rango de edad de 14 a 18 años, antiguamente el sujeto pasivo, ostentaba la calidad de mujer, la cual la investía una condición de doncella y honestidad.

C. Conducta típica.

La conducta típica, en el estupro es tener relaciones sexuales por medio del engaño. Es decir, para que se configure el tipo penal es indispensable el acto sexual. El concepto de acceso carnal fue discutido, debido a que algunos tratadistas se limitaban a manifestar

⁴ Sujeto Calificado. Pare Arrieta (2015), es s aquel sujeto que sí requiere una característica o calificación”

que el acceso solo se da por vía vaginal, sin embargo, para otros el acceso se puede dar por vía anal u oral sin embargo en la actualidad existe un consenso por los doctrinarios, con respecto a que el estupro se puede dar por vía anal, vaginal u oral.

D. Consentimiento.

Es necesario que exista consentimiento por parte del sujeto pasivo, por el contrario, si no existe consentimiento, podría tratarse de una violación⁵, tipificada en el artículo 171 del COIP. Guillermo Cabanellas define al consentimiento como: “Acción y efecto de consentir; del latín consentire, de cum, con, y sentire, sentir; compartir el sentimiento, el parecer. Permitir una cosa o condescender a que se haga. Es la manifestación de la voluntad conforme entre la oferta y la aceptación, y uno de los requisitos esenciales exigidos por los códigos para los contratos”.

En el artículo 175, numeral 5 del COIP establecía: “En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante, excepto en los casos de personas mayores de catorce años que se encuentren en capacidad de consentir en una relación sexual.”

El año del 2018, un juez presento una consulta a la Corte Constitucional, sobre el artículo que antecede, debido a que violentaba con los derechos de los adolescentes “La CC resuelve que la norma consultada no es compatible con los derechos de los adolescentes al libre desarrollo de la personalidad, a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, vida y orientación sexual, y a la privacidad, reconocidos en el artículo 66 numerales 5,9,20 de la Constitución, respectivamente”, señaló el fallo, la corte en el caso 13-18-CN.

E. Verbo rector.

El verbo rector en el estupro es recurrir al engaño para tener relaciones con otra persona. Algunos tratadistas equiparan al engaño con la seducción, a continuación, presentare algunos conceptos:

Francisco Pavón Vasconcelos (1997) tratadista mexicano, define al engaño como “la actitud mentirosa, apta para producir el error en la víctima (...) Cualquier actividad

⁵ Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años (...).

revestida de simulación, fingimiento o disimulación aptos para sorprender la buena fe de otro a fin de obtener lo que se intenta”.

Para Donna “seducir proviene del latín seducere, entre cuyas varias acepciones figura la de atraerse, llevarse, llevar consigo o con uno”. En español, se entiende como seducir, “a engañar con maña y viveza, o como el conjunto de artificios y halagos desplegados por el seductor que hacen que la víctima, a través de su propia inexperiencia, ceda al acto sexual”

En síntesis, se podría entender a la seducción como “el arte de inducir o persuadir”, al momento de interactuar con otros, con la finalidad de conseguir algo de la persona que se pretende seducir.

Para Ricardo Núñez (1966) en su libro *Derecho Penal Argentino Parte Especial*, la seducción se clasifica, en seducción real y presunta:

- **Seducción Real.** El autor debe lograr el acceso engaño o persuadiendo a la víctima, debiendo probarse el engaño o la persuasión.
- **Seducción Presunta.** La ley presume iure et de iure que la víctima, por su inexperiencia, cede seducción por la propia naturaleza del acto.

El tribunal de la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito, de la Corte Nacional de Justicia, en resolución No. 163-2014, definió a la seducción como:

“El acto o conjunto de estos dados por una persona sobre otra con la finalidad de obtener de ella la adopción de una opinión o de una conducta, teniendo esta última usualmente una naturaleza sexual, por lo que dicha seducción se realiza por medio del uso de mana y viveza, que tiene como finalidad la consecución sexual de una persona”

Con respecto al engaño, el tribunal, manifestó que “Consiste en el causar ilusión, el inducir a alguien a creer que determinado hecho o argumento es cierto cuando en realidad no lo es”

F. Bien jurídico protegido.

Constituye bienes jurídicos “todos aquellos valores fundamentales imprescindibles, tanto para el individuo como para la comunidad, necesarios para el desarrollo de su personalidad y para garantizar el proceso participativo de los individuos en los diversos procesos sociales” (R., 2013)

Cristina García, 2022 establece que “el bien jurídico posee naturaleza social, y exclusivamente se puede considerarse bien jurídico (como objeto merecedor de protección jurídico penal) aquello que sea necesario para la subsistencia en ciertas condiciones de la sociedad, dado que la calificación como bien jurídico no depende de la efectiva tutela por parte del derecho positivo, sino del interés social que se proteja”.

En los delitos sexuales el bien jurídico protegido es la libertad sexual, para Muñoz Conde es “ Aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo” entendido como libertad sexual en general y por excepción en los delitos, como excepción en los delitos que se violente el bien jurídico de menores de edad, no es la libertad sexual, debido a que ellos por su edad, carecen de libertad, de forma provisional, los doctrinarios, hablan de indemnidad sexual o intangibilidad.

Para Donna, el bien jurídico protegido, en el C. Penal Argentino de 1922, era la honestidad sexual de la mujer, en otras palabras, se pretendía salvaguardar la reserva sexual de la doncella, por su inexperiencia sexual, sin embargo, en el fondo se pretendía proteger la libertad sexual de la En el Código Penal de 1971, pretendía salvaguardar la honestidad sexual, o en palabras de Donna (2005) “reserva sexual, basada en la inexperiencia de la mujer”, la inocencia e inexperiencia eran las condiciones que se requería para determinar el concepto de honestidad. En la actualidad el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de los adolescentes, conforme al numeral 3 del Art, 66 de la Constitución.

De la misma manera el tratadista sostiene que “En el delito de estupro se protege la libertad, la autonomía del sujeto, especializada a la conformación sexual de la víctima, ya que el consentimiento es una demostración de la autonomía de la voluntad de la persona, aparece oscureciendo, y de esta falta de claridad, tanto material como emocional, que sustancialmente sigue estando en la inexperiencia sexual, el autor se aprovecha”. Donna se refería que el bien jurídico protegido en el estupro es la indemnidad sexual.

Por lo expuesto la indemnidad sexual, es el bien jurídico que poseen los menores de edad sobre su formación sexual, sin que exista interferencias por parte de terceros. El tipo penal del estupro como se encuentra positivizado en nuestra legislación no protege cabalmente el bien jurídico referido, debido a que la pena, no garantiza a que se pueda reparar el daño psicológico causado a las víctimas.

2.6. Vía de persecución.

2.6.1. Acción penal Privada.

Como lo he mencionado con anterioridad, en el estupro el ejercicio de la acción es de carácter privada, por ende, es menester definir la acusación privada o querrela, según Jorge Zavala Baquerizo en su libro “Tratado de Derecho Penal Procesal Tomo XI”, la acusación privada se trata de una declaración de conocimientos y voluntad del agredido por medio de una querrela, que tiene por objeto una infracción. La finalidad de la acción privada es estimular el funcionamiento del órgano jurisdiccional penal, para que inicie el proceso.

En el artículo 415 del Código Orgánico Integral Penal, establecen los delitos de acción penal privada los cuales son:

1. Calumnia.
2. Usurpación.
3. Estupro.
4. Lesiones que generen incapacidad o enfermedad de hasta treinta días, con excepción de los casos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y delitos de tránsito.
5. Delitos contra animales que forman parte del ámbito para el manejo de la fauna urbana.

2.7. Procedimiento.

En el proceso penal ordinario, tiene lugar cuando el fiscal detecta a una persona la cual se le atribuye de la realización de un delito, en primer lugar, se investiga (indagación previa). En el supuesto de encontrar elementos de convicción suficientes, el fiscal, solicita al juez, que se celebre la audiencia de formulación de cargos. En la cual el juez puede establecer la medida de protección como la prisión preventiva, cuando existan los elementos de convicción vinculados con el acusado y cuando sea la única medida para que el acusado pueda comparecer a las demás etapas del proceso.

Luego se realiza la instrucción fiscal, la cual en general tiene un término hasta de noventa días, en la misma el fiscal se encarga de seguir investigando y de recabar elementos de convicción suficientes para establecer su dictamen acusatorio. Terminada la instrucción fiscal se celebra la audiencia de Evaluación y Preparatoria de Juicio, la cual

se pretende subsanar el proceso y anunciar la prueba obtenida, concluida la audiencia el juez puede dictar un auto de llamamiento a juicio o un auto de sobreseimiento.

En el supuesto de llegar a juicio el tribunal, en base a los alegatos y la prueba, establece una resolución la cual puede ser condenatoria o absolver al acusado. En el caso que se le condene al procesado, será la agencia penitenciaria, la pertinente de ejecutar la pena.

Con respecto al tipo penal analizado en el presente trabajo, el procedimiento es distinto, en primer lugar, se presenta una querrela ante el juez de Violencia Contra la Mujer y Miembros del Núcleo Familiar. Si el juez a su criterio considera que se ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 647, admitirá a trámite la querrela y se deberá notificar al querrellado.

Una vez, citado el juez otorgará un plazo de diez días para que se presente y soliciten la prueba, en la audiencia de conciliación y juzgamiento el juez, se podrá llegar a un acuerdo, en el supuesto que las partes no concilien se llevara a cabo la audiencia, conforme al artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal. Finalmente, el juez establecerá su sentencia, la misma tendrá que estar debidamente motivada.

2.8. El estupro en otras legislaciones.

En Argentina desde el año de 1999, no se utiliza el termino estupro para denominar la acción típica de tener relaciones con una menor de edad por medio del engaño, no obstante, se puede observar en el código penal argentino, no se refiere a engaño expresamente, ni tampoco denomina al delito como estupro.

Por otro lado, en Colombia no existe el tipo penal del estupro como tal, debido a que el mismo se derogo en el 2000, por la ley 599, el delito no estaba titulado como estupro, sino como “Acto sexual mediante engaño”.

Actualmente en el código Penal Colombiano, el tipo penal más próximo se denomina como “Acceso carnal abusivo con una menor de 14 años”; el delito mencionado no contiene los elementos principales del estupro, debido a que no está establecido que la relación sexual se debe dar por medio del engaño, asimismo se refiere a una menor de 14 años, mientras que en el estupro se establece un rango de 13 a 18 años, entendiéndose que los jóvenes de este rango de edad tienen la libertad sexual para consentir una relación sexual.

En otras legislaciones como en el Perú, se denomina al estupro como “violación sexual”, la pena ronda entre los 6 y nueve años. En el país de Bolivia el estupro se encuentra contenido en el artículo 309 de la Ley de 29 de octubre de 1999, el cual establece “Quien, mediante seducción o engaño, tuviera acceso carnal con una persona de otro sexo, mayor de catorce años y menor de dieciocho, será sancionado con privación de libertad de dos a seis años. “.

En España, no se encuentra tipificado el delito de estupro, desde el 6 de septiembre del presente año, la Jefatura de estado español expidió la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, en la cual se modificó al artículo 182 del Código Penal, el mismo en el numeral primero, manifestaba:

“El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de dieciséis años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años “.

Actualmente la legislación española en el artículo 182, expresa:

1. El que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de dieciséis años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.
2. Si los actos de carácter sexual que se hacen presenciar al menor de dieciséis años constituyeran un delito contra la libertad sexual, la pena será de prisión de uno a tres años.

Como podemos evidenciar la legislación española ha descriminalizado el tipo penal del estupro, pese a que no estaba definido expresamente como tal, contenía el verbo rector el cual tener relaciones con una persona menor de 18 años por medio del engaño.

1.7. Cifras en el Delito.

Antes de mencionar las cifras del delito de estupro, es menester mencionar las cifras del delito de violación. Algunos doctrinarios consideran a la violación como el robo sexual y al estupro como la estafa sexual, como presentare en el siguiente capítulo ambos delitos siempre han estado estrechamente vinculados, en lo largo de la historia, incluso en el código penal de 1906, el estupro formo parte de la violación, esto se debe a que en ambos delitos prevalece el acceso carnal.

En el Título VII sobre la Rufianería y corrupción de Menores, del Código Penal de 1971, en el capítulo II (Del atentado contra el pudor, de la violación y del estupro) estaba contemplada la violación y el estupro, entre otros delitos de la misma naturaleza, desde el año 2008, hasta el 2014, se presentaron un total de 205 casos en la Provincia del Azuay.

Desde el 2014 la violación dentro del Código Orgánico Integral Penal, se encuentra consagrado en el Art. 171, todos los casos o circunstancias en los que se puede presentar este delito. Se presentaron un total 921 casos hasta el 2022, solamente en los últimos cinco años fueron presentados 405 casos.

Con respecto al delito examinado en la presente tesis las siguientes cifras fueron obtenidas, por medio de un oficio al Consejo de la Judicatura, así desde el 2008 hasta el 2011, se presentaron un total de 6 casos en la Provincia del Azuay, cabe destacar que ostentaba la calidad de sujeto pasivo los jóvenes de 16 a 18 años. Desde la expedición del código Orgánico Integral Penal, en la Unidad Penal, del cantón Cuenca, se han presentado un total de 12 casos. Con respecto a la unidad de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar, se han presentados 2 casos, en el 2021 y 2022.

Por otro lado, desde el 2014, hasta el 2022, solamente se han presentado 2 causas en la Sala Especializada De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito De La Corte Provincial De Justicia De Azuay, en el 2015 y en el 2017.

En síntesis, en la provincia del Azuay, se han presentado un total de 22 desde el 2014 hasta el 2022. Solamente se han presentado 7 casos en los últimos 5 años.

CAPITULO III. JUSTIFICACIÓN DE LA DESCRIMINALIZACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.

3.1. Análisis de casos.

En la ciudad de Latacunga, el 3 de Julio del 2011, la adolescente L. A., se dirigía a la tienda de su prima Joanna, a realizar una práctica de belleza, en esas circunstancias, fue interceptada por W.C, quien le tomo del brazo y la ha llevo al domicilio de su madre, para luego abusar sexualmente de ella, hecho que fue denunciado por los padres de la ofendida, por el presunto delito de violación; luego de realizarse las investigaciones pertinentes, fiscalía considero que por medio de manipulaciones y engaños, la víctima accedió a tener relaciones con él.

En consecuencia W.C. fue procesado por el delito de estupro, según se desprende del auto de llamamiento a juicio, dictado el 28 de noviembre de 2011, por el Juez Tercero de Garantías Penales de Cotopaxi, en contra de W. C., por existir presunciones graves y fundadas sobre la existencia del delito, en esa época tipificado en el artículo 509 y sancionado por el artículo 510, en calidad de presunto autor de este delito.

El 5 de abril del 2012, el Tribunal de Garantías Penales de Cotopaxi, dictó sentencia condenatoria en contra de W. C, por considerarle autor del delito de estupro, imponiéndole la pena modificada de cuarenta y cinco días de prisión. En consecuencia, la Dra. Marcia Mata Andino, Fiscal de Cotopaxi interpuso un recurso de apelación.

Por medio de sentencia dictada el 31 de mayo de 2012, la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, reformó el fallo subido en grado, en lo que respecta a la pena impuesta por el tribunal de instancia, por considerar que no es equitativa al daño causado, por lo que impuso a W. C. la pena de tres meses de prisión correccional.

En el presente caso no existieron los elementos de convicción necesarios para determinar la existencia de uno de los elementos objetivos, como es el engaño, por lo tanto, en el presente caso no se configuro el delito de estupro, pese que la corte provincial de Cotopaxi resolvió en contra del W.C.

Otro de los casos estudiados, se desarrolló en la ciudad de Cuenca, los hechos fueron; un hombre de 19 años mantuvo relaciones sexuales con una adolescente de 15 años, en una fiesta de 15 años , según varios testigos de la víctima, el querellado le había manipulado a la joven, con falsas promesas de contraer matrimonio, al día siguiente después de tener relaciones sexuales, la joven visualizo una publicación en la red social

Facebook, en la cual el querellado le comento a su ex pareja “Te amo ”, como consecuencia tuvieron una discusión, luego de unas horas la victima acepto las disculpas del querellado.

Posteriormente la joven subió una foto con él a sus redes sociales; el padre de la víctima le reclamo, porque conoce al querellado, consecuentemente la joven tomo la decisión de fugarse con su novio a la ciudad de Loja. Después de unos días viviendo juntos, la joven descubrió que su novio era infiel con su ex enamorada, por ende, decidió regresarse a la ciudad de Cuenca, donde le esperaban sus padres, los mismos tomaron la decisión de accionar en contra del joven por el delito de estupro.

El juez resolvió que se cometi6 con “la infracción” del estupro, sancionando al querellado con un año de privación de la libertad, puesto que se configur6 los elementos objetivos y subjetivos; los sujetos cumplen con el rango de edad, el querellado no ha desmentido el acto sexual, las pruebas testimoniales y documentales, demuestran que el joven le manipulo a la víctima utilizando engaños y falsas promesas para tener relaciones sexuales con la menor.

En la ciudad de Quito en el 2012, la madre de una joven de 15 años de edad, realizo una querrela en contra del señor Cristian Quimbita quien tenía 22 años de edad, por el delito de estupro. Según los hechos relatados por la menor, el querellado había tenido una relación una su prima, tiempo después comenzó a conversar con la victima por la red social Facebook, pidiéndole que tengan una relación. El 11 de julio del 2010, había entrado a la habitación de la joven con la excusa de escuchar música, posteriormente le ha comenzado a besar y tuvieron relaciones sexuales. Producto de las relaciones sexuales, la victima adquirió una enfermedad de transmisión sexual. Según el testimonio de la psic6loga Dra. Martha Ortega, la victima ha manifestado que tenia una relación de cinco años con su enamorado, Chistean Quimbita.

El Tribunal Séptimo de Garantías Penales de Pichincha, declaro la culpabilidad y responsabilidad del Cristian Quimbita, imponiéndole dos años de privación de la libertad. Posteriormente la Segunda Sala de Garantías Penales de la Corte Provincial de justicia de Pichincha, rechazo la impugnación realizada por el querellado.

El 30 de enero del 2014 la Sala Especializada de lo Penal, Pena Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional, declaro improcedente el recurso de casación. En este caso es eminente el delito de estupro, debido a la existencia de todos los elementos

objetivos, como es el engaño y el acto sexual. Sin embargo, no se determinó una compensación por el daño causado, lo cual recae en un craso error, debido a que la víctima como consecuencia del delito, contrajo una enfermedad sexual (gonorrea), la cual requiere de un tratamiento, asimismo la víctima se le causó un daño psicológico. Como se puede evidenciar el delito de estupro no protege íntegramente a la víctima.

3.2. Concepto de Descriminalización y despenalización.

Es importante distinguir los términos de descriminalización, despenalización y desjudicialización, con respecto a la descriminalización el instituto vasco Eguzkilore instituto vasco especializado en criminología define a la descriminalización, como todo proceso o decisión legislativa en las cuales se extra, elimina, deroga del Código Penal, una conducta, extinguiendo la posibilidad, que se asocie dicha conducta, con una tipificada en una ley penal. En definitiva, se trata de un fenómeno contrario a la tipificación o criminalización.

Amado Ezaine Chávez en su diccionario de derecho penal, establece que se trata de un instituto de Derecho Penal, que nace en consecuencia de la actividad legislativa de un estado, donde se suprime una conducta, o se modifican los elementos de tipo, edad de la víctima o eliminación de las circunstancias agravantes entre otras.

El proceso de la descriminalización se ha realizado varias veces en nuestra legislación, v.gr. anteriormente se consideraban delitos, el adulterio, homosexualismo, el legislador consideró que estos delitos eran anacrónicos y contrarios a los fines del derecho penal.

Por el contrario, la despenalización, según el instituto referido consiste en una reducción cualitativa y cuantitativa de la pena. En definitiva, se suprimen disposiciones legales, que pretenden lograr un descongestionamiento en el sistema de justicia. Por último, la desjudicialización, consiste en sustituir los tribunales o jueces penales, que juzgan a través de un proceso penal, puede darse por su naturaleza no penal o por otros factores.

3.3. Justicia Restaurativa.

3.3.1. Antecedentes:

La justicia restaurativa tuvo su origen en 1970, comenzó como una mediación entre víctimas y delincuentes, posteriormente han surgido diferentes programas alrededor del mundo, Zehr menciona que, en el año de 1989 en Nueva Zelanda, la justicia restaurativa se convirtió en el eje central de todo su sistema a nivel nacional de justicia juvenil. Desde la década de los noventa, hasta la actualidad, también están incluidas las comunidades, familiares y amigos de las víctimas y los agresores, invitándoles al diálogo.

3.3.2. Concepto:

Antes de conocer con claridad el concepto de justicia restaurativa, es menester mencionar lo que no constituye como justicia restaurativa según lo que relata Howard Zehr, el principal exponente de la justicia restaurativa a nivel mundial:

- A. La justicia restaurativa no está exclusivamente enfocada en el perdón y en la reconciliación. Prevalece la idea errónea que este programa obliga a la víctima a perdonarle a su agresor. Lo que resulta en un craso error, como veremos a continuación. Ni el perdón ni la reconciliación constituyen principios fundamentales de la justicia restaurativa. Esto depende de la voluntad de las partes según exteriorizo el autor “en ese espacio se alcanza un cierto grado de perdón o aun de reconciliación con más frecuencia que dentro del contexto confrontacional del sistema de justicia penal”.
- B. La justicia restaurativa no constituye una mediación. Es irrefutable el hecho que la justicia restaurativa surgió como una forma de mediación entre las partes, en la actualidad muchos programas se realizan alrededor de un encuentro donde participan las víctimas, sus agresores y la comunidad, sin embargo, en algunas ocasiones un encuentro no es lo más apropiado por la naturaleza de la vulneración de un bien jurídico, por ende, las prácticas restaurativas no se limitan a solo la realización de un encuentro con fines conciliatorios.
- C. La justicia restaurativa no tiene la finalidad de reducir las tasas de residencia delictiva. Con la finalidad de lograr una mayor aceptación, es frecuente que se promueva la justicia restaurativa como una solución para reducir la residencia delictiva, esto se debe a que la justicia restaurativa está enfocada en satisfacer las necesidades de las víctimas. La reducción de la reincidencia delictiva es un

subproducto, el cual ha demostrado según varias investigaciones ser eficaz para tratar dicho problema.

- D. La justicia restaurativa no constituye únicamente un programa ni un proyecto específico. Muchos proyectos que han incorporado a la justicia restaurativa, han generado resultados positivos, sin embargo, no existe un programa universal, debido a que la justicia restaurativa debe constituirse desde la base hacia su seno, es decir las comunidades son las encargadas a evaluar desde sus principios y necesidades.

Howard Zehr, (2010), estableció:

“La justicia restaurativa es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los danos, necesidades y obligaciones derivaos de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los danos de la mejor manera posible”

Álvaro E. Márquez, definió a la justicia restaurativa, como una nueva propuesta para considerar la justicia penal, en la cual está centrada en reparar el daño. Es decir, la justicia restaurativa está enfocada en las víctimas y no solo en castigar al agresor.

En Colombia la justicia restaurativa esta positivizada en el ordenamiento jurídico y está estrechamente vinculada con el Derecho Penal. Según la fiscalía general de la Nación de Colombia, constituye:

“Un nuevo movimiento en el campo de la victimología y la criminología, que parte del reconocimiento de que el delito causa daños a las personas y a la comunidades y que, por lo tanto, debe ser creado un escenario donde se reduzcan los índices de impunidad, intolerancia, congestión y mora en la administración de justicia, y que a la vez logre el justo reconocimiento del perjuicio causado a la víctima y la resocialización del infractor a la comunidad” (Manual Fiscalia General de la Nación, 2008).

Fernando Diaz Colorado, tratadista colombiano (2013) en su libro Conflicto, Mediación y Conciliación desde una mirada restaurativa y psico-jurídica, como el proceso en el cual las partes (víctima y el victimario), o sus representantes legales ayudan con la ayuda de un conciliador llegan a un consenso en el cual establecen una solución por medio de la reparación, restitución, reintegración de los perjuicios causados por el delito.

Es importante mencionar que, para fines de la presente tesis, los conceptos de Howard Zehr y Álvaro E. Márquez son más acertados, debido a que los mismos se orientan más a los medios alternativos de conflicto y no a la justicia penal. Por otro los conceptos de la fiscalía general de Colombia y de Fernando Díaz, sirven para darnos cuenta de la importancia de la Justicia Restaurativa en otros países, como en este caso Colombia, y que puede ser implementada en el sistema jurídico.

Como expreso Howard, la justicia restaurativa ha demostrado ser eficaz con respecto a los delitos más graves como es el asesinato y la violación, además manifestó que “las practicas restaurativas pueden tener su mayor impacto en los casos más graves”, sin embargo considero que la manera más idónea de aplicar la justicia restaurativa en el Ecuador, es fuera del ámbito de lo penal, respetando su naturaleza, como manifestó el autor “si se toma en serio la justicia restaurativa, no deberíamos depender tanto de las prisiones y se modificaría de manera considerable la naturaleza del encarcelamiento ”, sin embargo es posible aplicar algunas sanciones interpuestas por la Fiscalía de la Nación de Colombia, sin vulnerar su naturaleza asilada de la esfera de lo penal.

3.4.3. Principios Fundamentales.

Howard Zehr y Harry Mika, establecieron los siguientes principios fundamentales de la Justicia Restaurativa:

- A. No solamente las víctimas son las que han sufrido daño y necesitan una restauración, sino también lo son los familiares de la víctima y los miembros de la comunidad afectada.
- B. Las ofensas dan origen a obligaciones y responsabilidades. Los ofensores están obligados a enmendar el daño a la medida de lo posible. Es importante que el estado brinde el apoyo a los ofensores para que puedan comprender el daño causado a las víctimas.
- C. La finalidad de la justicia restaurativa es de subsanar y enmendar los daños causados, ante la vulneración de un derecho.

3.4.4. Tipos de Sanciones.

Es menester mencionar las sanciones existentes en Colombia, desde la óptica del Derecho Penal, para Álvaro E. Márquez, la justicia restaurativa, no se limita a que la solución del conflicto sea una pena. Por el contrario, está orientada en encontrar una forma alternativa, útil, eficaz y pacífica de solucionar un conflicto originado la comisión

de un delito o por la vulneración de una norma. Estas son los tipos de sanciones reconocida por la doctrina:

1. La restitución: Se trata en el pago de dinero por parte del infractor, para compensar a la víctima, por pérdidas económicas, causadas por el cometimiento de un delito. Esta sanción debe establecerse mediante resolución por un juez.
2. El servicio a la comunidad: Constituye una acción del delincuente para reparar el daño causado a la sociedad. Por medio de trabajo realizado por el infractor para brindar un beneficio a la comunidad.
3. Reparación.
 - A. Reparación Individual: Se da cuando una persona acude ante un juez, y ese juez emite una condena al responsable de un crimen y el mismo obliga a indemnizar únicamente a la víctima.
 - B. Reparación Colectiva: Busca la reconstrucción psicosocial de las poblaciones afectadas por la violencia. Esta sanción previene a la comunidad de la reiteración de un acto nocivo.
 - C. Reparación Simbólica: Constituye toda prestación realizada a favor de las víctimas o de la comunidad, de forma general, con la finalidad de asegurar la preservación de la memoria histórica, que no se repitan los hechos y sobre todo la aceptación pública de los hechos por parte del victimario, buscando el perdón de la comunidad y el restablecimiento de la dignidad de las víctimas.
 - D. Reparación material: Comprende en todos los actos relacionados con la indemnización.
 - E. Reparación Integral: Consiste en las acciones que estén destinadas a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción; y las garantías de no repetición de las conductas.

3.4. Implementación de la J. Restaurativa en nuestro país, a través de la ley de mediación y arbitraje.

En palabras de Howard Zehr, “La verdadera justicia requiere que nos preguntemos: ¿Quién ha sido dañado? ¿Qué necesita? ¿Quién tiene la obligación y la responsabilidad de responder a estas necesidades? ¿Qué proceso puede involucrar a todas las partes en la búsqueda de una solución?”

El fin de la justicia restaurativa es de que las partes lleguen a un acuerdo conciliatorio, para restaurar a la manera de lo posible, las necesidades de las víctimas, Howard Zehr, menciona, que la justicia restaurativa surgió para resolver delitos considerados como de menor gravedad, sin embargo, en la actualidad cuenta con alternativas más eficaces, para tratar, delitos más graves, como asaltos, homicidio, incluso violaciones.

La justicia restaurativa busca la satisfacción de las víctimas, la cual, dependiendo del caso, va a ser necesario recurrir a la reparación simbólica, material incluso la reparación integral. Debido a que a la víctima se le ha vulnerado un bien jurídico el cual es la indemnidad sexual, el Estado tiene que garantizar que exista la reparación a la medida de lo posible. Como se ha demostrado el delito en los casos de que una persona mayor de edad tenga relaciones con una menor de 18 años, es ineficiente porque no logra satisfacer las necesidades de la víctima.

La justicia restaurativa, no es el único medio alternativo a la resolución de conflictos, dado que existe la conciliación, la mediación y en algunos países ha surgido la llamada Justicia Terapéutica. Como lo he indicado anteriormente en los programas de la justicia restaurativa, puede darse un espacio para el diálogo y se pueden acordar ciertos puntos, para subsanar el daño, sin embargo, la justicia restaurativa va más allá, involucrando a la comunidad, para que participe constantemente en los programas y determine la sanción más idónea fuera del ámbito penal. ‘

La ley de arbitraje y mediación fue introducida en nuestra legislación en el año del 2006, y ha tenido varias reformas, la más reciente en el 2016, es compatible con la justicia restaurativa, debido a que la misma está enfocada a los medios alternativos a la resolución de conflictos, siendo la justicia restaurativa uno de ellos.

Con respecto a la sugerencia que realizo en la presente tesis, es indispensable que si se implemente la justicia restaurativa en nuestro país, se la positivice dentro de la ley de mediación y arbitraje, como un medio de resolución de conflicto, aislado a la mediación ya arbitraje.

3.5. Conclusiones.

El Derecho Penal es de ultima ratio, la prohibición, por parte del Estado solamente debe darse cuando sea extremadamente necesario en virtud del derecho a la libertad de las personas. De la misma manera el Art.3 del Código Orgánico Integral Penal, establece que la protección penal está legitimada, solamente cuando sea estrictamente necesario, y

según lo manifestado por varios tratadistas, solamente se debe utilizar el Derecho Penal, cuando no exista otro medio menos nocivo para regular dicha conducta contraria a la norma.

En la presente tesis se ha determinado la necesidad de descriminalizar el tipo penal del estupro de nuestra legislación, como se ha observado desde su historia el Delito de estupro, ha estado estrechamente vinculado con calidad de doncellez de la mujer y no menos importante con las falsas promesas de matrimonio, la cual es contraria con la realidad actual, debido a que los jóvenes en la actualidad no tienen en sus metas casarse;

Se ha justificado mejor vía para la protección por parte del Estado para los adolescentes entre 14 y 18 años, frente a estos actos de carácter sexual, donde el consentimiento se encuentra viciado por el engaño, es mediante la justicia restaurativa, por medio de su regulación en la ley de mediación y arbitraje, debido a que la justicia restaurativa esta especialmente enfocada en satisfacer las necesidades de la víctima.

4. Referencias.

- (2008). En F. G. Colombia, *Manual Fiscalia General de la Nación* (pág. 201). Bogota.
- Amunátegui Perell, C. F. (2006). *El origen de los poderes del "Paterfamilias"*. Obtenido de Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso de Chile: <https://www.redalyc.org/pdf/1738/173814170002.pdf>
- Arrieta, H. V. (2015). *El análisis gramatical del tipo penal* . Obtenido de <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n29/n29a05.pdf>
- Arroyo, C. G. (2022). Sobre el concepto de bien jurídico. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología de la Universidad de Sevilla*.
- Asamblea Nacional. (1906). *Codigo Penal de la Republica del Ecuador*. Quito.
- Asamblea Nacional. (1938). *Codigo Penal de la Republica del Ecuador*.
- Asamblea Nacional. (2014). *CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL, COIP*.
- Bacigalupo, E. (1989). *Manual de Derecho Penal* . Bogota: Temis.
- C., J. F. (1990). *Delito y error, perspectiva politico criminal*. Bogota: Editorial Temis.
- CABANELLAS, G. (1979). *DICCIONARIO JURIDICO ELEMENTAL*.
- Carrara, F. (1973). *Programa de Derecho Criminal* . Bogota: TEMIS.
- Caso 13-18-CN (Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador 15 de Diciembre de 2021).
- Chaves, E. T. (1997). *El incesto y la violacion de niños*. Loja : Ediciones Universidad Tecnica Particular de Loja.

- Chavez, A. E. (1994). *Diccionario de Derecho Penal*. Madrid: A.F.A. Editores Importadores S.A. .
- Conde, F. M. (2010). *Derecho Penal General*. Valencia : Tirant lo Blanch Libros .
- Conde, F. M. (2010). *Derecho Penal General*. Barcelona: Universidad Autonoma de Barcelona.
- Congreso de la Nación Argentina. (2020). *Codigo Penal de la Republica de Argentina*. Buenos Aires, Argentina : Erreius .
- Congreso Nacional. (1837). *Codigo Penal 1837*. Quito: Lexis.
- Cuenca, A. M. (2007). Los principios limitativos del ius puniendi y las alternativas a las penas privativas de libertad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.,* 31.
- Donna, E. (2000). *DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL Tomo I* . Rubinzal Culzoni Editores.
- El Congreso de Colombia. (200). *LEY 599 DE 2000* . Bogota: Diario Oficial No. 44097 del 24/07/2000.
- ELBERT, C. A. (1998). *Manual Basico de Criminologia*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires .
- Estupro, 649-2012 (Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Cotopaxi 6 de Julio de 2013).
- Estupro, 163-2014 (Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Transito de la Corte Nacional 30 de Enero de 2014).
- Estupro, 01283-2015-0415 (Unidad de lo Penal de Cuenca 17 de Noviembre de 2015).
- GOMEZ, D. E. (2015). *MANUAL DE DERECHO PENAL ECUATORIANO PARTE GENERAL* . En E. LEGALES, *REGIMEN PENAL ECUATORIANO TOMO II*. Quito: EDICIONES LEGALES.
- Gomez, E. A. (2015). *Regimen Penal Ecuatoriano*. Quito: Ediciones Legales.
- Icaza, J. C. (2021). *Derecho Penal Parte General*. Guayaquil: Edino.
- Kessigers Legacy Reprints. (1837). *Codigo penal de la Republica del Ecuador sancionado por la Lejislatura*. En la imprenta del Gobierno .
- Loor, E. F. (2011). *Fundamentos del Derecho Penal Moderno*. Quito: CEP.
- Loor, E. F. (2011). *Fundamentos del Derecho Penal Moderno*. Quito: CEP.
- M., J. S. (2020). *Codigo Organico Integral Penal Comentado*. Quito : CEP.

- Márquez, Á. (2017). La justicia restaurativa versus la justicia retributiva en el contexto del sistema procesal de tendencia. En U. M. Granada, *Derechos y Valores, Volumen X* (págs. pp. 201-212). Bogota: Prolegómenos. .
- MAURACH, R. (1994). *DERECHO PENAL* . BUENOS AIRES: EDITORIAL ASTREA.
- Milanese, P. (2005). *El moderno derecho penal y la quiebra del principio de mínima intervención*. Obtenido de <https://bohemiaguerrera.wordpress.com/perspectivas-del-derecho-penal/el-moderno-derecho-penal-y-la-quiebra-del-principio-de-intervencion-minima.com>
- Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal Parte General*. Valencia: tirant lo blanch.
- NUÑEZ, R. C. (1966). *Derecho Penal Argentino Parte Especial*. Buenos Aires: Bibliografía Argentina .
- Peñaherrera, R. C. (2004). *Estudios de Derecho Penal*. Cuenca: Fundacion Chico Peñaherrera.
- Puig, S. M. (1985). *Derecho Penal General*. Barcelona: Reppertor.
- R., A. (2013). *Derecho Penal General*. Lima: Idemsa.
- Real Academia Española. (2022). *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Obtenido de <https://dpej.rae.es/lema/principio-de-intervenci%C3%B3n-m%C3%ADnima>
- Torres, J. S. (s.f.). *Codigo Organico Integral Penal Comentado*. CEP.
- Vasconcelos, F. H. (1997). *Diccionario de Derecho Penal: Analitico-Sistematico* . Mexico: Editorial Porrúa.
- Zaffaroni, E. (1988). *Tratado de Derecho Penal PARTE GENERAL TOMO I* . Mexico: Cardenas Editor y Distribuidor .