

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

El Stealthing Una Nueva Forma De Violencia Sexual En El Ecuador


Trabajo de titulación previo a la obtención del título de Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales

Autor:

Pablo Steven López Gómez

Director:

Santiago Patricio Piedra Jaramillo

ORCID:  0009-0009-9065-1897

Cuenca, Ecuador

2023-09-14

Resumen

Este trabajo de investigación tiene como objetivo general el analizar el Stealthing como un nuevo delito de naturaleza sexual y demostrar la necesidad de positivizar este delito dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano para una efectiva velación de derechos constitucionales.

La investigación se realizó desde una perspectiva cualitativa, para analizar, describir e interpretar al Stealthing en concordancia con la legislación ecuatoriana; utilizando un método de deductivo junto con el método de análisis-síntesis, debido a que primeramente se analiza de manera separa todas las cualidades que envuelven a los delitos sexuales en la legislación ecuatoriana, para ulteriormente estudiar al Stealthing positivado en las diferentes legislaciones alrededor del mundo, para implementar al Stealthing dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Se realizó una revisión integral de la normativa ecuatoriana pertinente, así como la de la extranjera y se usó el método dogmático, debido a que se hará una revisión doctrinaria en conjunto con las diversas leyes presentes, así como también se hace uso del método de derecho comparado, al examinar a las normas penales extranjeras.

El resultado de este estudio puede develar que el delito de Stealthing no es considerado dentro del Código Orgánico Integral Penal como un delito dentro de la categoría de los delitos sexuales, es por este motivo que, en nuestra legislación la protección de derechos sexuales no se puede considerar integra o completa, además que se puede considerar a este como un tipo penal de necesaria sanción dentro de la sociedad. Además, de la posibilidad de integrarlo en la normativa penal ecuatoriana.

Palabras clave: nuevo delito, garantía de derechos, acto sexual, consentimiento viciado, desarrollo del derecho



El contenido de esta obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no compromete el pensamiento institucional de la Universidad de Cuenca ni desata su responsabilidad frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por la propiedad intelectual y los derechos de autor.

Repositorio Institucional: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Abstract

This research work had the general objective of analyzing Stealthing as a new crime of a sexual nature and demonstrating the need to affirm this crime within the Ecuadorian legal system for an effective monitoring of constitutional rights.

The research was carried out from a qualitative perspective, to analyze, describe and interpret Stealthing in accordance with the legislation with Ecuadorian legislation; using a deductive method together with the analysis-synthesis method because it is first analyzed separately all the qualities that surround sexual crimes in Ecuadorian legislation to further study the Stealthing positive in the different legislations around the world, to implement Stealthing within the Ecuadorian legal system.

A comprehensive review of the relevant Ecuadorian regulations was carried out, as well as that of the foreign one, and the dogmatic method was used, Because a doctrinal review will be made in conjunction with the various laws present, as well as the comparative law method, when examining foreign criminal laws.

The result of this study may reveal that the crime of Stealthing is not considered within the Organic Integral Criminal Code as an offence within the category of sexual offences, it is for this reason that, in our legislation, the protection of sexual rights cannot be considered integral or complete, in addition, this can be considered as a criminal type of necessary sanction within society. In addition, the possibility of integrating it into Ecuadorian criminal legislation.

Keywords: new crime, guarantee of rights, intercourse, flawed consent, development of law



The content of this work corresponds to the right of expression of the authors and does not compromise the institutional thinking of the University of Cuenca, nor does it release its responsibility before third parties. The authors assume responsibility for the intellectual property and copyrights.

Institutional Repository: <https://dspace.ucuenca.edu.ec/>

Índice de contenido

Tabla de contenido

Dedicatoria	6
Agradecimientos	7
Introducción	8
CAPITULO I	9
LOS DELITOS SEXUALES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	9
Breve reseña histórica de los delitos sexuales	9
Clases de violencia: física y moral	12
Concepto de violencia sexual	13
Tipos de delito sexual	15
Causas de inculpabilidad	17
La importancia de la Constitucionalización de los derechos dentro del Estado ecuatoriano	18
CAPITULO II	19
EL STEALTHING Y EL CONSENTIMIENTO EN MATERIA PENAL	19
Stealthing	19
Relación del Stealthing con el delito de estupro, abuso sexual y violación	22
El consentimiento	33
Vicios del consentimiento	39
Teorías del consentimiento	47
CAPITULO III	52
EL STEALTHING, ANALISIS EN DERECHO COMPARADO Y SU INTEGRACIÓN AL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO	52
Análisis histórico alrededor del Stealthing	52
Análisis del desarrollo del Stealthing en la legislación española	53

Análisis del desarrollo del Stealthing en la legislación Estado Unidense.....	56
Análisis del desarrollo del Stealthing en la legislación chilena.....	57
Análisis del desarrollo del Stealthing en la legislación colombiana	57
Análisis del desarrollo del Stealthing en la legislación mexicana.....	58
Análisis del desarrollo del Stealthing en la legislación costarricense	60
Implementación del Stealthing a la legislación australiana.	62
Implementación del Stealthing a la legislación ecuatoriana.....	65
Conclusiones	68
Recomendaciones	68
Referencias	70
Referencias Normativas.....	76
Sentencias Judiciales	76

Dedicatoria

A mis padres quienes me han ayudado a salir adelante, que me han brindado su apoyo en todos los sentidos, sin ellos no hubiese podido llegar a la meta, esto es para ustedes.

Agradecimientos

Le estoy eternamente agradecido a mi padre de los cielos, por haberme demostrado su amor,
misericordia y gracia en esta etapa de mi vida.

A mis padres Carlos y Margoth, por su apoyo a pesar de la lejanía, sobre todo en los días
grises y por su fe en mí.

Introducción

En la presente investigación se realiza un análisis sobre el desarrollo del derecho en los diferentes países alrededor de los delitos sexuales, especialmente se estudiará al Stealthing como ese nuevo delito sexual que ha surgido alrededor del mundo, tanto como objeto de estudio, y como una propuesta hacia el legislador ecuatoriano en adoptar este nuevo delito dentro de la legislación y así no caer un estancamiento normativo.

La Constitución de la Republica en su artículo 66 garantiza el derecho a la integridad tanto física, como psíquica, moral y sexual, de igual manera busca eliminar cualquier tipo de violencia en contra de las mujeres, por otro lado, protege la libertad de decisión que tienen las personas dentro del ámbito sexual, es por esto que es necesario el tener en cuenta a este nuevo delito tanto en cuanto para cumplir con los mandatos de la Constitución y con la tutela judicial efectiva.

El objetivo general del presente estudio, es demostrar la posibilidad de adaptación del nuevo delito dentro del ordenamiento jurídico, realizando un estudio comparativo con la legislación de otros países. Se utiliza el método deductivo, en concordancia de un enfoque cualitativo, con los cuales se realizará la recolección de información bibliográfica pertinente para el estudio.

El Capítulo I será realizará de manera descriptiva, puesto que se centrará en conceptualizar a los delitos sexuales, sus conceptos y su desarrollo histórico dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. El Capítulo II se va a desarrollar alrededor del Stealthing y su relación con los delitos sexuales más pertinentes, así como también sobre consentimiento y su análisis de manera doctrinaria y jurisprudencial. El Capítulo III se analizará al Stealthing, su origen, sus características, así como las legislaciones que decidieron recoger este delito dentro de sus ordenamientos jurídicos.

CAPITULO I

LOS DELITOS SEXUALES EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA**Breve reseña histórica de los delitos sexuales**

Al inicio los delitos sexuales no se encontraban vigentes para la humanidad pues regían leyes de la naturaleza, es decir la ley del más fuerte, la ley que imponía el jefe de la colonia, que no encontraba discusión alguna dentro de sus subordinados, es decir no existía ningún acercamiento a lo que actualmente llamamos Estado de derecho.

Es desde el año 1792 al año 1750, con el imperio babilónico cuando se expide el Código Hammurabi, que es uno de los primeras normativas conocidas realizadas por la humanidad, en donde ponemos observar una de las primeras penas respecto de los delitos sexuales, pues se menciona que sí un hombre violaba a una mujer virgen, su castigo era la muerte, más si la violación se realizaba en contra de una mujer casada, aquella debía compartir la pena en conjunto con su victimario, siendo la pena una muerte por ahogamiento, ya que los dos eran arrojados al río. Asimismo, este código también contempla al incesto, considera que quien cometía este delito debía ser desterrado fuera de las murallas de la ciudad.

Por otro lado, los españoles en el contexto de la colonia, pues como se señaló anteriormente las relaciones que mantenían los hombres y las mujeres de las sociedades nativas eran diferentes a los leyes morales y sociales de los conquistadores españoles, debido a que entre los colonizados constituía un canon el reunir mujeres bajo su dominio, puesto que esto representaba el prestigio y el poder de un hombre. Consiguientemente las mujeres en ese contexto carecían de valor u honor alguno (Navas, 2000, p. 3).

Sin embargo, por mandato de la Corona española, se procedió a aplicar a los pueblos conquistados el derecho de Castilla, que respetaba a la ley de Toro, se estableció en conformidad y de manera conjunta con las normas consuetudinarias indígenas, siempre y cuando no se contradigan. Con este avance normativo se pudo aclarar y completar varios vacíos legales que no contemplaban las costumbres que mantenían la colonia, aun así, no se pudo dar el salto necesario para reconocer los derechos de las mujeres por lo cual ningún acto cometido en contra de este sexo era reconocido.

Es en el año de 1859 cuando en España se desarrolla el proyecto Vidaurre y el Proyecto Oficial, que surgen a consecuencia de las guerras de liberación, inspiradas en las ideas de igualdad. Es con el Código Penal de Lorenzo Vidaurre llamado "Violencias hechas a las mujeres" cuando las concepciones sociales y morales comenzaron a influenciar en el sistema de control social, ya que prevé diversos tipos de delitos sexuales, puesto que se reconoce a

la virginidad de la mujer como una virtud. Establece ciertas “penas” para los que violenten el honor de una mujer, pues castiga a quien violenta a una mujer que es virgen y lo reprime obligándolo a casarse con la mujer y en el caso de que la mujer no lo acepte y el victimario no tenga dinero, se lo condenara a realizar obras públicas por todo el tiempo en que la mujer siga soltera luego de haberla violentado (Navas, 2000, p. 5). Este “delito” como causa novedosa tiene consigo atenuantes o agravantes, atenuante cuando la mujer es viuda, soltera o que no sea virgen y agravante en el caso de que está casada.

Otro ejemplo lo podemos ver cuando refiere que "El tutor o curador que corrompe a la pupila, la dotará en la mitad de sus bienes; si no tiene hijos, en la tercera parte; si los tiene, careciendo de bienes, será destinado a obras públicas, y el producto de su trabajo cederá en favor de la ofendida. Si el seductor es el hijo del tutor o curador, o casará con la pupila, o le cederá la mitad de su haber" (Navas, 2000, p. 7).

A posteriori en 1859 se redacta y elabora el primero proyecto legislativo en España, que consistía en un Código Penal, que para la época conllevó un gran avance de derechos para las mujeres, puesto que en el título VII, en la parte especial de los delitos contra la honestidad, se llevó a tipificar al adulterio, a la violación y el estupro. En donde a este último se le da un acercamiento, aunque no tan preciso, a lo que actualmente conocemos como estupro puesto que en sus elementos constitutivos se rescata al acto carnal, en contra de la mujer virgen, dentro de un rango de catorce, diez y ocho años, haciendo referencia nuevamente a la virginidad de la mujer lo que da a entender que los legisladores de ese momento querían proteger la honestidad o la pureza de las relaciones sexuales. Confirmando de esta manera el control de la sexualidad sobre la mujer, pues implícitamente prohíbe las relaciones sexuales fuera del matrimonio (Navas, 2000, p. 7).

Por otro lado, este mismo cuerpo normativo, comienza a regular a la violación, ya que la define como el acto carnal en contra de una mujer a quien se la violenta, es decir vencer su resistencia para poder exteriorizar sus deseos sobre la mujer. También considera a la violación como el acto carnal con mujer menor de catorce años aunque sea con su consentimiento, así como también el acto carnal en contra de una mujer que se halle privada del uso de sus sentidos, por último tipifica al estupro pero con otras variables y definiéndolo como violación pues se refiere a aquel tipo como el acto carnal con mujer honesta a quien se engaña bajo fingidas promesas de matrimonio, pues hay engaño pero mujer honesta se traduce a la actualidad como mayor de edad.

Cambiando de escenario y volviendo a nuestro continente es necesario y pertinente para la presente investigación el analizar la evolución y reconocimiento de los derechos sexuales,

así como de los delitos consagrados en la república del Ecuador, por lo cual se realizará un breve recorrido por las constituciones que se han dictado alrededor de los años, así como también los códigos penales emanados del legislativo.

Comenzando por la constitución de 1830, en donde después de una lectura y revisión de la norma se pudo observar que aun para ese tiempo no se comenzó a desarrollar la parte dogmática que actualmente encontramos en nuestra constitución, si no solamente se había progresado e iniciado a dar una estructura al Estado. Sin embargo, en 1837 se emitió el código penal, con el cual se comenzó a reconocer y a tipificar una serie de delitos entre ellos los delitos sexuales que están recogidos en la parte segunda, título primero, sección segunda, pues en el artículo 455 se habla sobre la castración que en la actualidad está tipificado en el artículo 165 como la privación forzada de capacidad de reproducción, siguiendo con esta idea comparativa en el capítulo quinto, en su artículo 478 encontramos que se tipifica como una conducta antijurídica el abusar de una persona, también cabe recalcar al artículo 480, pues es un símil al abuso sexual, ya que lo describe como el acto de forzar a una persona para que ejecute actos en contra de su voluntad con el fin de abusar de ella, por último hay que mencionar al artículo 482 pues hace una clara referencia a la violación, ya que habla de la persona que use fuerza o violencia con el fin de abusar de la víctima, por otro lado el artículo 495 en conjunto con el 496 formarían lo que hoy tenemos tipificado como estupro pues hablan de la violación de la virginidad de una mujer que aún no ha llegado a la pubertad por mecanismos de seducción o halagos, o lo que hoy entenderíamos como engaño

Siguiendo esta línea de análisis es idóneo analizar la constitución del Ecuador de 1869, para poder estudiar el avance normativo en cuanto a los derechos, necesarios para establecer una conducta antijurídica. Una vez analizada, revisa y leída el cuerpo jurídico antes dicho se puede observar que no tiene mayor avance que su versión anterior, es decir solamente contempla la parte orgánica del Estado. A pesar de este estancamiento normativo en el código penal promulgado en 1872 en su capítulo quinto, si se defienden los derechos sexuales ya que en el artículo 395 contempla a un delito semejante al estupro porque trata sobre el acto de violar la virginidad de una mujer mayor de catorce años y menor de veintiuno, sin utilizar fuerza ni violencia si no por seducción. El abuso sexual se menciona en el artículo 396 ya que habla de actos en contra del pudor ejecutados con violencia o amenazas, así mismo el artículo 398 se refiere a la violación debido a que habla de la persona que hubiese cometido tal delito, ya sea por amenazas o violencia.

Es en la constitución de 1998 en su capítulo segundo cuando se comienza a proteger la integridad personal de los ciudadanos, prohibiendo cualquier trato en contra de la persona que sea denigrante o que conlleve violencia física, psicológica, sexual o coacción moral.

Por otro lado, el código penal de 1938 da un salto en relación a los delitos sexuales ya que se dedica un capítulo entero a estos delitos, teniendo un total de 17 artículos, algo que en los códigos anteriores no ocurría. Es en este código en donde se empieza a tocar lo que es el acoso sexual en la actualidad, así como también se tiene la definición de lo que es el estupro en la actualidad y los causales cuando un acto sexual es considerado violación, causales que en el presente están más desarrolladas.

Es así como la manera de legislar ha evolucionado en el tiempo, cada vez más ampliando la tipificación del delito para abarcar conductas que antes no habían cabido dentro del delito y hoy en día sí, pues vale la pena recordar que en materia penal la interpretación o hermenéutica que se utiliza es cerrada, es decir solamente cabe dentro del tipo la conducta descrita, ni más ni menos. Se ha avanzado el derecho hasta llegar a la normativa actual, que no sería pertinente analizarla al ser de conocimiento público.

Clases de violencia: física y moral.

Luis Rodríguez dice que

Se entiende por fuerza la violencia material ejercida sobre el cuerpo de la víctima, con el propósito de anular o vencer la voluntad contraria de esta última a la realización del acceso carnal. Dicha violencia puede asumir la forma de vis absoluta o fuerza física irresistible, cuando el sujeto pasivo, reducido a la condición de simple objeto, ve anulada completamente su voluntad y su capacidad defensiva; o bien la forma de simples vías de hecho, es decir actos de violencia que sin llegar a suprimir totalmente las facultades volitivas y defensivas de la víctima, se ejercen con la amenaza de que, a mayor resistencia que oponga, mayor será la energía física que el delincuente aplicará en su contra. (Collao, 2001, p. 147)

El autor Cristóbal Ojeda dice que:

La violencia física se caracteriza por la forma en que los medios empleados obran directamente en el cuerpo de la víctima y que son suficientes para neutralizar la resistencia que ésta debe oponer, resistencia que debe ser seria y constante como lo exige Carrara, es decir, que se mantenga desde que se inician los actos violentos hasta su terminación. (Ojeda, 1999, p. 47)

Por otro lado, la violencia moral es la que se ejerce mediante la amenaza en contra del sujeto pasivo. La ciencia de la psicología ha sabido explicar que la violencia moral es un simple medio de naturaleza objetiva, y la intimidación es un estado por el cual se construye el ánimo del sujeto pasivo, por lo tanto, es subjetiva.

Es por eso que el doctor Machuca explica que “la violencia moral por sí sola, no es elemento constitutivo del delito, sino que únicamente alcanza esta condición en el caso que intimide” (Carpio, 2011, p. 43).

En la fuerza es cuando también existe un alto grado de convenio sobre esta modalidad de ejecución, ya que la amenaza puede concretarse en palabras o acciones; que el bien jurídico amenazado debe ser inmediato o inminente, que debe ser serio y grave, así como ilegítimo, puede conducirse en contra de la víctima o de terceros, y que en consecuencia debe haber un nexo causal entre la amenaza o intimidación y el objetivo que persigue el delincuente (Carpio, 2011).

Este tipo de violencia influye de igual manera que la violencia física, puesto que, a través de intimidaciones, es capaz de obligar a la persona al acto sexual deseado, puesto que anula la voluntad de la víctima. La intimidación a diferencia de la violencia física que se proyecta de una manera tangible y material, tiene que ver con la psiquis del sujeto pasivo, con su ánimo o libertad psíquica en donde, tal es el nivel de afectación que se llega a constreñir por la amenaza de un acto malvado, con lo cual se borra todo signo de autodeterminación, y deja libre su consentimiento cayendo en manos de su victimario.

Concepto de violencia sexual

Iniciando por conceptualizar la violencia la OMS lo define como:

El uso deliberado de la fuerza física o el poder ya sea en grado de amenaza o efectivo, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones. (Organización Mundial de la Salud, 2011)

Completando el concepto de violencia sexual, esta es definida por la OMS como:

Todo acto sexual, la tentativa de consumar un acto sexual, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar o utilizar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra persona, independientemente de la relación de esta con la víctima, en cualquier

ámbito, incluidos el hogar y el lugar de trabajo. (Organización Mundial de la Salud, 2011)

Este tipo de delitos por su connotación delicada son los que más realzan a la indignación de la sociedad como conjunto y también afecta en el individuo al escuchar este tipo de crímenes.

La violencia sexual es una conducta antijurídica, que se lleva a cabo sin el consentimiento de la víctima, ya sea por medio de presión social, intimidación de cualquier tipo o utilizando la fuerza física para el cometimiento del delito sexual en contra de aquella. Esta se puede manifestar de varias maneras, así sea por la agresión física o psíquica, estos actos ocurren en contra del consentimiento del sujeto pasivo. Este tipo de violencia es considerada como perjudicante a nivel físico, psicológico y social.

Se da en mayor concurrencia en contra del género femenino, es decir niñas, adolescentes y mujeres, por tal motivo y de manera consecuente esta violencia también engloba a la violencia de género, pues se aprovecha de la desigualdad que existe del género masculino al femenino (Collaguazo Toapanta y Echeverría Jácome, 2021).

Los actos de abuso, violencia y los delitos contra la libertad sexual se encuentran catalogados como experiencias devastadoras para las personas que las han experimentado, y por consecuencia, para sus familiares; los niños, niñas y adolescentes forman parte de los llamados grupos de atención prioritaria; es decir, por sus condiciones son los más vulnerables en la sociedad, por cuanto el espacio en el que se desenvuelven no les brinda la seguridad suficiente, ni la orientación, protección para prevenir y remediar estos hechos que marcaran su existencia. (Pérez Yauli et al., 2022, p. 2)

Por otro lado se considera que estos delitos o tipos de violencia, pasan principalmente cuando alguien ocupa algún medio de fuerza o engaño sobre la persona para realizar una actividad sexual no deseada sin consentimiento, que esto puede pasar cuando la víctima está bajo los efectos del miedo, no tenga idea de lo que está pasando por su edad, no pueda resistirse a esa fuerza por una enfermedad o al engaño cuando tenga una discapacidad, y cuando no se entere o esté fuera de sus sentidos por la influencia del alcohol u otras drogas (National Sexual Violence Resource Center, 2012).

“Se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona sin su consentimiento, que además de comprender la invasión física del cuerpo humano, pueden incluir actos que no involucren penetración o incluso contacto físico alguno.” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019).

La violencia sexual es una expresión de discriminación contra la mujer, resultado de una violencia estructural basada en su género y de estereotipos y patrones socioculturales discriminatorios.

Tipos de delito sexual

En nuestra legislación existen muchos delitos sexuales que se cometen de diferentes maneras y son varias sus elementos tanto subjetivos como objetivos, pero para la presente investigación se mencionaran los relacionados al tema.

Violación

Este delito es uno de los más controversiales por su concurrencia, su delicado tratamiento en la sociedad y por los elementos que esta conducta conlleva, pues se incurre en una alteración dentro del comportamiento de la víctima, que es modificada a través de la violencia ejercida sobre aquella, dejando de lado el consentimiento de aquella.

El COIP dentro del artículo 171 considera a la violación como

El acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, p. 99)

Esta conducta tiene varios agravantes, así como resultados que conllevan al máximo de la pena, sin embargo, el más importante de estas conductas a tener en cuenta es cuando la víctima sufre una lesión psicológica y cuando contrae una enfermedad grave como resultado de la violación puesto que es una de las consecuencias que tienen en común con las personas que han sido agraviadas del delito a tratar.

La organización de estados americanos la define como los actos de penetración vaginal o anal, sin consentimiento de la víctima, mediante la utilización de otras partes del cuerpo del agresor u objetos, así como la penetración bucal mediante el miembro viril para lo cual se ha considerado suficiente que se produzca una penetración, por insignificante que sea. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2019)

Abuso Sexual

En nuestra legislación la tenemos positivada en el artículo 170 del COIP que dice que se considera abuso sexual a:

La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, p. 98)

A diferencia del delito anterior, en este no tiene que existir la penetración como requisito, pero aún existe un quebrantamiento en la voluntad de la víctima, el ir en contra de los deseos de aquella, tal vez como vimos anteriormente esta se puede dar de manera física, es decir ejerciendo la fuerza sobre el sujeto pasivo o de manera moral o psicológica por medio de engaños. Siempre con el ánimo de realizar la actividad sexual, que esta vez la norma no especifica cuales actos son considerados como aquellos por lo cual se puede considerar como una norma abierta.

Acoso Sexual

A este delito se lo describe en el art 166 del COIP como:

La persona que solicite algún acto de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, prevaliéndose de situación de autoridad laboral, docente, religiosa o similar, sea tutora o tutor, curadora o curador, ministros de culto, profesional de la educación o de la salud, personal responsable en la atención y cuidado del paciente o que mantenga vínculo familiar o cualquier otra forma que implique subordinación de la víctima, con la amenaza de causar a la víctima o aun tercero un mal relacionado con las legítimas expectativas que pueda tener en el ámbito de dicha relación de subordinación, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a cinco años. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, p. 97)

Esta vez la acción es mucho más rigurosa puesto que se refiere al solo acto de solicitar algún tipo de actividad sexual, ya que se vulneraría solamente con ese actuar a la integridad que mantiene la persona.

También desde la doctrina se lo define como:

Cualquier indeseada e inaceptada insinuación sexual, petición de favores de tipo sexual, contacto físico o de palabra, cuando ese contacto tiene el propósito o efecto de interferir irrazonablemente en el trabajo de un individuo, en su actuación académica o intenta crear un ambiente laboral o académico intimidatorio, hostil u ofensivo. (Guarderas et al., 2018, p. 217)

Estupro

Este delito a diferencia de los demás, tiene un elemento diferenciador que es el engaño, que se define como la actividad de vulnerar o hacer vacilar en la esfera del consentimiento al sujeto pasivo. Este está rescatado en el artículo 167 como “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” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, p. 98).

La Corte Interamericana de derechos humanos considera a esta actuación como un delito de naturaleza sexual, que tiene que actuar como víctima una persona mayor de 18 años, adulta, cuando tiene relaciones sexuales, con alguien que no puede o no tiene la capacidad legal para entregar y que sea válido su consentimiento, valiéndose de engaños, chantaje o una posición de poder o influencia (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2023).

Causas de inculpabilidad

En el Estado ecuatoriano dentro del cuerpo normativo penal se prevén dos causas que puede, de alegarse, excluir a una persona de la responsabilidad penal que recae sobre su actuar, como lo es el error de prohibición y en el caso que se tenga algún trastorno de carácter mental, que para el delito que es tema de estudio solamente es pertinente analizar al error de prohibición, ya que la persona no sería capaz de cometer este delito si padece de una enfermedad mental.

El COIP en su artículo 35.1 desarrolla sobre este particular

Existe error de prohibición cuando la persona, por error o ignorancia invencible, no puede prever la ilicitud de la conducta. Si el error es invencible no hay responsabilidad penal. Si el error es vencible se aplica la pena mínima prevista para la infracción reducida en un tercio. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014, p. 33)

Aquí vemos cuando se podría aplicar el error de prohibición y la consecuencia de si resulta invencible o vencible, sin embargo, es oportuno aclarar cuando es invencible y cuando vencibles.

Error de Prohibición Vencible

Zaffaroni dice que es vencible cuando hubo “La no comprensión del injusto penal, lo cual conlleva a que el individuo no sea responsable penalmente, o si es vencible su conducta, se atenuaría la pena” (Zaffaroni R. , 2002, p. 732).

Expone (Gómez, 2003) lo siguiente: “Error vencible, evitable o superable es aquel que podía exigírsele al autor lo superase, que hubiese salido de él y por ello mismo, podía exigirse al autor que comprendiera la ilicitud del hecho.” (Gómez López, 2003, p. 17)

Entonces el error de prohibición vencible es cuando la persona tuvo la oportunidad de saber o informarse acerca si la conducta que cometió es antijurídica o no y evitar el delito.

Error de Prohibición Invencible

La doctrina dice que en el error de prohibición invencible:

Se elimina la culpabilidad por completo pues el individuo estaba inexorablemente conducido a comportarse de manera ilícita sin poder determinarse de otra manera y que se diversifica en cuestiones como la falta de imputabilidad y el error de prohibición invencible. (Fonticoba et al., 2015, p. 36)

Entonces se entiende que este error se da cuando la persona, aun informándose y realizando todas las acciones de precaución necesarias, no pudo evitar el cometimiento del delito, puesto que fue algo inevitable o invencible.

Roxin ha planteado que los medios para determinar si un error es vencible o invencible radican en reflexión e información, estableciendo que para determinar la vencibilidad del error es necesario atender a tres supuestos fundamentales:

- a. Motivación.
- b. Medios necesarios por los esfuerzos para cerciorarse.
- c. La posibilidad de acceder al Conocimiento de la Antijuridicidad en caso de realizar esfuerzos insuficientes. (Palacios Cárdenas, 2021, p. 6)

La importancia de la Constitucionalización de los derechos dentro del Estado ecuatoriano.

El Ecuador desde el año 2008, se sometió a un cambio en la forma de garantizar y cuidar los derechos puesto que en la Constitución emitida dicho año se agregó la característica de constitucional en el primer artículo que contiene, pues dice “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008)

Se entiende a este como un proceso de cambio, de avance o de transformación dentro del ordenamiento jurídico, (Guastini, 2003, p. 12) puesto que la Constitución se convierte en la

norma suprema que rige, limita y guía el comportamiento de las personas que están bajo su sistema. Suprema en el sentido que esta es la ley que está por encima de cualquiera de las demás, haciendo que las normas infralegales se desarrollen de acuerdo a esta norma legal y que por lo tanto esta es de directa e inmediata aplicación para todos los funcionarios que están apegadas a esta.

Para que su contenido pueda proteger al resto del ordenamiento, es preciso que la Constitución no pueda modificarse tan fácilmente; y para asegurar la comprensibilidad de su significado y su aplicación. El proceso de constitucionalizar el derecho, implica la acumulación de normas constitucionales de manera como si fuera un bloque en el ordenamiento jurídico, en donde varios juristas estudiosos de la materia lo definen como bloque de constitucionalidad; y, en otros casos podríamos considerarlo como un stock, puesto a disposición de todas las personas y en particular de los jueces, bloque que debe desarrollarse no solo en la jurisprudencia constitucional sin en el trabajo cotidiano de los operadores de justicia (Lema Quinga, 2012, p. 38).

Es de suma importancia recalcar el rango superior e inigualable que tiene la Constitución, puesto que de acuerdo a sus normas tanto adjetivas como sustantivas se desarrollaran las normas inferiores y el país. De esta manera los legisladores pueden interpretar cuales son los objetivos legales que se tiene dentro de la Constitución y así poder avanzar de acuerdo a estos, emanando normas que sean concordantes a está, avanzando de acuerdo a la sociedad, otorgando a la ciudadanía de herramientas tales como el Stealthing que puedan ser invocados dentro de los juzgados y así hacer respetar sus derechos.

CAPITULO II

EL STEALTHING Y EL CONSENTIMIENTO EN MATERIA PENAL

Stealthing

Concepto

Dentro de la doctrina, aunque este delito sea muy nuevo o reciente, podemos encontrar varias definiciones sobre el Stealthing, puesto que tiene una gran repercusión social ya que conlleva la vulneración de los derechos sexuales primarios.

Stealthing significa literalmente con sigilo. El término Stealthing hace referencia al momento en el que el hombre se retira el condón de manera no consensuada durante una relación sexual. Como este acto se lleva a cabo en secreto, sin que

su pareja tenga conocimiento de ello ni haya dado su consentimiento para una relación sin protección, se ha catalogado como una agresión sexual. (Álvarez, 2020, párr. 2)

También vemos que el Stealthing es la destreza o habilidad sexual de los hombres que, manteniendo una relación sexual con un previo acuerdo de uso de preservativo, durante esta se retiran la protección sin que su pareja sexual tenga conocimiento de esto y sin su consentimiento (García, 2020).

Sánchez (2018) también lo define como “La remoción no consensual del preservativo durante la relación sexual constituye una actuación que expone a enormes riesgos a las víctimas, como un embarazo no deseado o enfermedades de transmisión sexual y, además, permea también el ámbito psicológico” (Sánchez Ávila y Sánchez Ávila, 2018, pp. 91-120).

Por otro lado, de manera acertada se considera que el Stealthing es condenable por el riesgo de contraer una enfermedad de transmisión sexual, así como también la posibilidad de que se produzca un embarazo no deseado y que mediante esta conducta no se respeta la voluntad de la persona con la que se ha convenido mantener una relación sexual con protección (Castellví Monserrat y Mínguez Rosique, 2021).

Sin embargo, hay que tener en cuenta que el sujeto activo no puede ser solamente el hombre, porque en una definición extendida y en el principal objetivo del delito, que es el respeto a la voluntad sexual, para así velar de manera correcta los derechos sexuales, también puede ser la mujer, configurándose cuando esta no se haya aplicado los métodos anticonceptivos con antelación al acto, prometiendo que así lo hizo, engañando al varón.

Por lo tanto, de todas estas definiciones vistas podemos llegar a la conclusión de que el Stealthing es una conducta principalmente realizada por el hombre, que vulnera la libertad sexual de la persona pasiva, por medios de engaños, comenzando con la voluntad de la persona y terminando con esta cuando cae en cuenta del engaño.

Bien Jurídico Protegido

Este delito vulnera tanto la libertad sexual, en el sentido que cada persona tiene el derecho de cómo mantener y ejecutar las relaciones sexuales en su vida, incluidos los parámetros que contendrá la relación sexual, en donde se incluye el respeto a sus decisiones, bien jurídico vulnerado al momento de que la relación sexual ocurre sin la protección no consentida de la víctima.

“La libertad sexual es el derecho que tienen las personas para decidir sobre su sexualidad, es decir, utilizar su cuerpo como desee, seguir una u otra orientación sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, rechazar las propuestas no deseadas, respetando siempre la libertad sexual de la otra persona. (Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación, 2019, p. 6)

El Dr. Luis Alarcón la define como:

El derecho a la libertad de elección sexual del individuo. La libertad sexual es la facultad de la persona para autodeterminarse en el ámbito de su sexualidad, sin más limitaciones que el respeto a la libertad ajena, facultad que se expande hasta utilizar el propio cuerpo a voluntad, seguir en cada momento una u otra tendencia sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como rechazar las no deseadas. (Alarcon Flores, Delitos contra la Libertad Sexual, 2018, p. 12)

Por un lado, la perspectiva positiva o dinámica se refiere a la capacidad de disponer libremente del cuerpo para efectos sexuales; mientras que, por otra parte, el sentido negativo o pasivo es aquella capacidad de negarse a ejecutar o tolerar actos sexuales en los que no se desea intervenir (Espino, 2021).

Tipo Objetivo

Esta acción típica se configura, cuando el hombre procede a retirarse el preservativo mientras está teniendo relaciones sexuales con la víctima, y que, de manera no consentida, sin que la pareja sexual se dé cuenta del actuar.

Es decir que en este tipo es necesario que se viole a la voluntad de la persona ofendida, tal como sucede en la generalidad de los delitos sexuales. La Rae define a la voluntad como la “Facultad de decidir y ordenar la propia conducta” (Rae, 2023).

Tipo Subjetivo

Es un delito que tiene una motivación dolosa, es decir que tiene el sujeto tiene la voluntad de hacer un daño hacia la otra persona, que, aunque no conociendo que esta conducta constituye un delito, en sus pensamientos sabe que está yendo en contra de la voluntad y deseos de la pareja sexual.

Si analizamos al dolo dentro del este tipo penal, no sería dolo en nuestro ordenamiento jurídico ya que no está tipificado, por lo tanto, falta el elemento del conocimiento del tipo para

que sea dolo de acuerdo a la definición doctrinaria, así como tampoco si se está apegado a las leyes nacionales

Consumación Y Tentativa

La Tentativa de este delito ocurriría en el escenario que engloba la relación sexual, cuando al momento de quitarse el condón el hombre y proceder a introducirlo dentro de la mujer, esta se da cuenta de lo que está sucediendo, dando por terminado la relación sexual

Por otro lado, la consumación se da cuando el hombre logra introducir su miembro, en la mujer sin que esta se dé cuenta, hasta que termine el coito sin que esta tenga idea alguna de que algo así le paso.

Relación del Stealthing con el delito de estupro, abuso sexual y violación

Como se sabe el delito estupro, es el acto que mediante el uso de estrategias o engaños se procede a tener relaciones sexuales con un adolescente y el delito de abuso sexual que se configura cuando una persona ejecuta sobre otra persona actos de naturaleza sexual en donde de su consentimiento, sin embargo, no existe penetración en este delito. Por otro lado, en el delito de violación se da un acceso carnal, ya sea vaginal, anal u oral del miembro viril del varón o de objetos cuando la víctima este en contra de este actuar, se use la violencia para le ejecución del acto, teniendo como agravante principal y común para esta relación, que como consecuencia del delito se contrae alguna enfermedad grave o mortal etc. Diferenciadores que los veremos a profundidad a continuación, para caer en cuenta la relación entre estos delitos y el Stealthing.

Estupro. -

Concepto

Comenzando con el estupro, se puede visualizar que como principal diferenciador de los demás delitos sexuales tiene el requisito de recurrir al engaño para el cometimiento del delito.

Carrara define al estupro como "el conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, precedido de seducción verdadera o presunta y no acompañado de violencia [...]" (Carrara, 2018, p. 1482). Este autor considera esencial que el deterioro del físico haya ocurrido por el acto sexual mediante la unión sexual, puesto que esto distingue al estupro de los delitos que vulneran al pudor.

Donna se refiere al estupro como el acceso carnal que se da por medio de una seducción o engaño a la víctima, elemento el cual es el principal diferenciador de la violación, ya que este

delito parte de la violencia así sea real o presunta (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011, p. 427).

Es decir que tiene que haber dos elementos para la configuración del estupro, primero, la seducción a la víctima menor de cierta edad, puesto que su inmadurez en el ámbito sexual es recalable al momento de valorar el consentimiento en el acto, y por otro lado hay que tomar en cuenta la mayoría de edad del autor, es decir se tomara en cuenta la mayoría de edad legal que se considera en ese ordenamiento legislativo.

Tipo Objetivo

El acceso carnal es la raíz del tipo penal, entendiendo a esta como la conjunción sexual que se logra a través del engaño, actividad denominada así puesto que el sujeto activo efectúa conductas orientadas a dominar o someter la reserva sexual de la menor (Yalj, 1981).

Nuestra legislación la define como la acción sexual en contra de una persona en donde tiene participación la penetración hacia aquella, además tiene que existir el engaño para llevar a cabo el injusto y que el victimario tenga la mayoría de edad es decir 18 años y la víctima entre 15 a 17 años.

Bien Jurídico Protegido

En principio, y del texto de la ley, surge que el bien jurídico que se pretende salvaguardar es la honestidad sexual, entendida ésta como la reserva sexual basada en la inexperiencia de la mujer (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011).

Por otro lado, también se vulnera la libertad sexual puesto que de acuerdo a la Rae esta es la autodeterminación en el ámbito sexual (Real Academia Española, 2023), es decir la libertad de elegir cuando, donde y con quien, elegir sin ningún tipo de intimidación o fuerza al que se someta.

El doctor Luis Alarcón considera que la libertad sexual es la capacidad que tienen las personas para autodeterminarse en el área de su sexualidad, teniendo como única limitación el respeto a la libertad ajena, facultad que se desarrolla hasta el usar el cuerpo propio a voluntad, así como también el decidir la orientación sexual, hacer y aceptar las propuestas que se prefieran, así como las no deseadas (Alarcon Flores, Delitos contra la Libertad Sexual, 2018).

La actividad que se sanciona por injusta se basa en el hecho de que el consentimiento otorgado por la persona menor de edad resulta inválido debido a que, debido a su estado de

inocencia y falta de experiencia sexual, no ha sido capaz de brindar un consentimiento plenamente informado que cubra todas las posibles consecuencias del acto (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011).

Por lo tanto, se llega a la conclusión de que lo que el Estado quiere proteger es la libertad sexual de la víctima, puesto que aún no tiene un consentimiento válido, el cual es motivo para que el autor se aproveche de aquello y de su inexperiencia para la realización de actividades sexuales sobre aquella.

Sujeto activo

Donna dice que el sujeto activo del delito obligatoriamente es un hombre, puesto que este tiene el elemento necesario que es un miembro masculino, para que de tal manera este acceda carnalmente a la víctima, que será una mujer (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011, p. 430). Entonces el hombre cualquiera que sea su edad, puede realizar el estupro, siendo así el sujeto activo de este delito si se consuma el acceso carnal.

El doctor Manuel Yalaj dice que de acuerdo al Código Penal Argentino la víctima del delito de estupro sólo podrá serlo una mujer. Luego, y recordando lo visto más arriba en cuanto a que para que haya acceso carnal se necesita la penetración del órgano sexual masculino, forzosamente. el sujeto activo solo podrá serlo un varón (Yalaj, 1981).

Sin embargo, nuestro Código Orgánico Integral Penal se aleja de la doctrina puesto que en su artículo 167 no habla de una penetración para la constitución del delito, sino que lo esencial es el mantener relaciones sexuales, siendo indiferente el que se trate de un varón o una mujer, siendo cualquiera de los dos la víctima o el victimario.

Sujeto Pasivo

La doctrina considera que hay tres requisitos para que se dé el delito de estupro con respecto al sujeto pasivo son: que sea una mujer entre 12 y 15 años de edad, que ésta sea intachable u honesta y que exista engaño, basada en ese carácter de la mujer.

l) Piensa que el sujeto pasivo del estupro, solamente podrá ser una mujer y que a diferencia de la violación la cual puede ser una persona de cualquiera de los dos sexos, en el estupro no cabría como víctima un hombre (Nuñez C, Tratado de Derecho Penal Parte Especial, 1988).

2) También considera que la mujer deberá tener 12 años al momento de realizarse el delito, pero no debe haber cumplido los 15 años. Ya que la edad es un requisito necesario para la configuración del delito (Soler, 1963).

3) La mujer deberá ser honesta, es decir que sea virgen, la cual se interpreta como un estado físico que tiene la mujer, a la cual se hace referencia a la entereza de su órgano sexual por no estar roto su himen. Sin embargo, la doctrina considera a esto como algo muy superfluo como para ser considerado como elemento constitutivo del estupro, es por lo cual que se reemplaza la virginidad por honestidad (Soler, 1963).

Tipo subjetivo

Es un delito que es sumamente doloso, puesto que el autor tiene el ánimo de causar un daño directo a la víctima, por lo tanto, la doctrina considera que el autor debe tener el conocimiento de su actuar, así como el conocimiento de los elementos objetivos que tiene el estupro, es decir que sea una mujer, que sea mayor de 14 años y menor de 18 y el ánimo de realizar la conducta tipificada. “Además, el autor debe tener conciencia de que se está aprovechando de la inexperiencia de la mujer, con lo cual sólo se admitirá el dolo directo, al existir un elemento subjetivo del tipo” (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011, p. 434).

Sin embargo, hay que tener en cuenta el caso que puede pasar que el autor del delito no conozca la edad de la víctima y crea que tiene más edad de la real, esto llegando a la conclusión en base a la apariencia física de la víctima, o por su comportamiento, que no es honesta. En estos casos, al existir un error sobre alguno de los elementos del tipo, desaparecerá el dolo debido al error de tipo.

Consumación y tentativa

La conducta del estupro se completa con el acceso carnal, incluso si este es incompleto, y se aplican las mismas consideraciones relevantes al delito de violación. Por lo tanto, se considerará tentativa cuando el autor inicie acciones claras de ejecución, pero no logre completar el acto debido a factores que están fuera de su control (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011, p. 435).

De acuerdo con la doctrina, se considera tentativa de estupro cuando un hombre ha iniciado actos corporales de naturaleza sexual sobre una mujer honesta que tenga entre 12 y 15 años de edad, sin recurrir a la fuerza o intimidación, y siempre que la víctima no esté privada de su capacidad mental y sea capaz de resistirse. Estos actos corporales tienen como objetivo

lograr el acceso carnal y, si no se llegan a consumir debido a circunstancias ajenas a la voluntad del autor, se configura un caso de tentativa de estupro (Yalaj, 1981).

Por otro lado, el estupro se consuma con el acceso carnal sobre la víctima, de tal manera que estos actos son los que inequívocamente conllevan al delito en su forma material, que si es frustrado el actuar se quedaría en grado de tentativa.

Además, es importante destacar que los actos de seducción no pueden ser considerados como acciones iniciales para la comisión del delito. A pesar de que estos actos pueden evidenciar claramente las intenciones sexuales del agresor, no constituyen una manifestación material del hecho que está comenzando a suceder (Yalaj, 1981).

Violación. -

Núñez la define como "el acceso carnal de un varón con otra persona, abusando de la inmadurez o estado mental de ésta, o de su indefensión o mediante la violencia, y sin derecho a exigirlo" (Nuñez C, 1988, pág. 247). Por otro lado, Soler, afirma que "la violación consiste en el acceso carnal con persona de uno u otro sexo ejecutado mediante violencia real o presunta" (Soler, 1963, p. 291).

Por lo tanto, la violación es una conducta en la que se produce el acceso carnal mediante el uso de la fuerza o la intimidación, con la intención de doblegar cualquier resistencia que pueda presentar la víctima, o bien aprovechándose de la incapacidad física o mental de la persona para resistirse (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011).

Siguiendo esta línea de pensamiento se puede ver que la doctrina entiende a la violación como una manera de denigrar a la honestidad de la víctima como su derecho a la reserva sexual, realizado mediante actos de violencia o de abuso, que van en contra de la libertad de la persona al momento de mantener relaciones sexuales con terceros con arreglo a su querer consciente (Nuñez C, Tratado de derecho penal parte especial, 1988).

La esencia del tipo penal de violación es la realización del acceso carnal, que se define como la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de otra persona, independientemente de si la víctima es mujer u hombre. No es necesario que la penetración sea completa ni que se produzca la eyaculación para que se configure el delito de violación. (Sala IX, 1991). Dice Frías Caballero que

El elemento material de la violación se halla constituido por la conjunción carnal como fin, contra o sin la voluntad del sujeto pasivo y empleando la violencia como medio o

aprovechando de la especial condición de la misma señalada por la ley. (Frías Caballero, 1956, p. 266)

Para Manzini el acceso carnal es el

Acto por el cual el órgano genital de una de las personas, que puede ser sujeto activo o pasivo, es introducido en el cuerpo de la otra, por vía normal o anormal, de modo que haga posible el coito o un equivalente del mismo. (Manzini, 1926, p. 257)

Según Ure, la expresión "acceso carnal" debe ser interpretada como la penetración del órgano sexual masculino en un orificio natural del cuerpo de la víctima, con el fin de permitir la cópula o cualquier acto equivalente a ella, ya sea de manera normal o anormal (Ure, 1952, p. 15).

Para que se configure el delito de acceso carnal, es esencial que se haya producido la penetración del órgano sexual masculino en la cavidad sexual de otra persona, ya sea natural o no. No es necesario que la penetración sea completa, sino que basta con que se haya producido de manera real y efectiva, independientemente de su grado de profundidad (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011).

No le interesa a la doctrina que para la consumación del acceso carnal tiene que existir la inseminación, ya que puede interpretarse como la consumación del acceso carnal, aunque no se haya producido la eyaculación.

"Para la consumación de la violación no es exigible la perfección del acceso carnal ni la desfloración de la mujer, bastando con la introducción del órgano sexual masculino en el cuerpo de la mujer..." (E. A. s/Violación, 1992).

Al momento de la realización de este delito, en la mayoría de los casos este se ejerce por medio de una fuerza sobre la persona, es decir energía aplicada sobre la víctima con el fin de anular o vencer su resistencia para así lograr el acceso carnal requerido. Esta fuerza tiene que ser la suficiente para que se pueda considerar eficaz para doblegar la voluntad (Nuñez C, 1988).

La violación se logra mediante violencia cuando supone o se enfrenta a la resistencia física consiente de la víctima y la fuerza aplicada por el autor del hecho. "Entre la violencia y resistencia debe mediar una relación de oposición respecto del objetivo sexual del autor" (Nuñez C, 1988, pág. 259).

De tal manera la doctrina tiene un pensamiento en común en cuando al delito de violación en cuando a su consumación, ya que la mayoría de doctrinarios concluyen que este delito se consuma con el acceso carnal, sin importar la profundidad o grado de penetración, es por eso que no se requiere una completa penetración ni la eyaculación como tal (Nuñez C, Tratado de Derecho Penal Parte Especial, 1988).

Bien jurídico protegido

El doctrinario Francesco Carrara considera a la violación como una ofensa a la pudicia individual (Carrara, 2018). Por otro lado, Soler dice que el bien jurídico protegido es la libertad sexual y también expresa que "se vulnera invadiendo ilícitamente la esfera de reserva propia de ese ámbito de la persona, en la que ella, consciente y libremente, puede permitir penetrar a quien desee o impedir que otros lo hagan" (Soler, 1963, p. 292).

Así mismo una buena parte de la doctrina concibe a la violación como una manera de vulnerar a la honestidad entendida como el derecho a la reserva sexual a través de actos de violencia o de abuso, que van en contra de la libertad sexual de la persona para mantener relaciones con otras personas (Nuñez C, Tratado de derecho penal parte especial, 1988).

El Dr. Eusebio Gómez establece una analogía entre la honestidad y el pudor. Aunque reconoce la existencia de la libertad sexual como uno de los bienes jurídicos relevantes, sostiene que es fundamental determinar la razón por la cual la conducta del violador ha sido tipificada como delito en la legislación penal (Gómez, 1952).

La libertad sexual puede ser entendida desde dos perspectivas complementarias. Por un lado, desde una visión positiva y dinámica que hace referencia a la capacidad de elección de una persona sobre su propio cuerpo en cuestiones sexuales, es decir, el derecho a consentir relaciones sexuales con terceros. Por otro lado, desde una perspectiva negativa y pasiva que implica la facultad de una persona de abstenerse de participar en actividades de naturaleza sexual que no desee realizar (Carmona Salgado, 1996).

Es importante señalar que, cuando se trata de violación mediante el uso de fuerza o intimidación, la perspectiva de la libertad sexual descrita previamente pierde su relevancia, ya que en este caso la víctima es forzada a realizar actividades sexuales sin su consentimiento. Es decir, no se cumple con el requisito fundamental de la libertad sexual que implica la capacidad de elección y consentimiento libre e informado de la persona. En este tipo de casos, no se requiere que la víctima tenga una comprensión plena del alcance de la actividad sexual que se está llevando a cabo, ya que la violación implica una vulneración de su libertad y autonomía sexual. "En cambio, no puede aceptarse tan fácilmente que el bien

jurídico es la libertad sexual en los casos de una menor de 12 años y de la persona privada de sentido, ya que no existe tal libertad” (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011, p. 384). En estos supuestos cuando se habla de intangibilidad sexual o de indemnidad sexual, considerando la doctrina que se ataca y vulnera la libre decisión que tiene el sujeto.

Sujeto activo

Soler, desde una posición más conservadora en la doctrina argentina, asegura que únicamente el hombre es capaz de realizar el delito, y que "una mujer puede cometer actos impúdicos como sujeto activo, pero esos actos serán ultrajes al pudor o serán corrupción..." (Soler, 1963, p. 309). El problema está en interpretar si a este tipo de conductas se las puede encasillar como de mano propia, que son aquellos que solo puede ser autor de estos quien esté en la posición de hacer realidad por sí mismo la acción prohibida (Zipf y Maurach, 1994). Estos delitos se consideran delitos de actividad y no de resultado, ya que se valora principalmente la conducta del agresor, independientemente de si se logra o no el acceso carnal. En este sentido, el desvalor de la acción, es decir, la realización de actos sexuales sin el consentimiento de la víctima, es lo que se castiga, más que el resultado final de la penetración (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011).

Nuestra legislación no está de acuerdo con la doctrina analizada, puesto que el victimario no tiene que ser un hombre, puesto que para la constitución del delito no se necesita de un miembro viril, basta con los dedos u objetos por la vía vaginal o anal para el cometimiento del delito, así mismo para nuestro derecho tanto el resultado como la realización de los actos son rescatables, ya que no es necesario la consumación del delito para la sanción de este sino que también es imponible una pena ante la tentativa del cometimiento del ilícito.

Sujeto pasivo

Debido a que Soler dice, que se trate de una persona, además que Núñez dice que sólo puede serlo una persona con vida. “Debe descartarse, en consecuencia, el acceso carnal sobre un cadáver o un animal, por no revestir las mismas tal carácter de "persona" definido por el Derecho” (Soler, 1963).

Además, la teoría plantea que en determinadas situaciones puede ser difícil identificar a un receptor pasivo, ya que existen circunstancias en las que el remitente tiene derecho a obligar a otra persona a realizar actos sexuales, incluso contra su voluntad, mediante la aplicación de la violencia o abuso (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011).

Por el contrario, la escuela de pensamiento opuesta argumenta que la negativa de una mujer en tales situaciones tipifica como delito la violación, ya que la libertad es un derecho legalmente protegido.

Para nuestra legislación es indiferente tanto si es que hay una relación u obligación preexistente que pueda obligar a una persona a la ejecución de actos sexuales entre los sujetos participantes en el delito, teniendo como prioridad el velar por el bien jurídico de la libertad e integridad sexual en todas las situaciones. También le es irrelevante el sexo de la persona que es víctima, es decir si la persona perjudicada es hombre o mujer pues basta solamente con que sea una persona y que este viva para la manifestación en contra de la acción punible.

Tentativa y Consumación

De acuerdo con el criterio doctrinario, se considera consumado el delito de violación por penetración vaginal, anal u oral con el pene, los dedos u otro objeto sin el consentimiento de la víctima. Es importante señalar que no se requiere ni la penetración total ni la eyaculación para establecer el hecho de la violación (Nuñez C, Tratado de Derecho Penal Parte Especial, 1988).

Este delito es susceptible de tentativa, debido a que se trata de un delito de resultado, es por eso que las tentativas son actos de ejecución que preceden a la penetración y se realizan con la intención de consumar el delito de violación. Cuando estas acciones no logran su objetivo por causas ajenas al autor, se configura una tentativa de violación (Nuñez C, Tratado de Derecho Penal Parte Especial, 1988).

La tentativa es una manifestación delictiva con déficit de carácter objetivo o, dicho de otro modo, la tentativa se produce cuando existe un tipo de delito objetivo incompleto junto a un tipo de delito subjetivo plenamente observado (Donna, La Tentativa, 1996).

Abuso Sexual

Este tipo es diferente a los otros dos analizados anteriormente puesto que aquí no es necesario que haya el acceso carnal de acuerdo a nuestra ley, si no solamente el realizar actos de naturaleza sexual sobre la víctima u obligarla a ejecutar este tipo de actos sobre el victimario.

Los doctrinarios consideran que el abuso sexual se define por dos elementos: uno objetivo, que implica la realización de actos indecentes sin necesidad de acceso carnal, y otro subjetivo, que se caracteriza por la intención y el deseo de cometer un acto abusivo con un

propósito obsceno, sin llegar a la unión sexual (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011). Es así que indican que cuando falta el fin de saciar un impulso erótico, no se da este delito ya que este delito está caracterizado por el ánimo de satisfacer un apetito de lujuria (Fontán Balestra, 1992).

El consentimiento de la víctima tiene que ser distante, es decir no tiene que estar de acuerdo sobre las actuaciones sexuales que se realizan en contra de ella, puesto que es obligatorio que se venza a la resistencia de la víctima y el ánimo de causar un daño a su integridad sexual (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011).

Para que se configure el delito, es necesario que se ejerza una violencia física que sea continuada, idónea y suficiente para vencer la resistencia de la víctima, lo que representa una causa directa del abuso. Esta fuerza utilizada en contra de la víctima implica que ésta se niegue a ser objeto de dicha acción.

La doctrina considera también que el abuso sexual, puede ser logrado por medio del uso de intimidación, entendiéndose como el acto que produce en la víctima un temor, desgano y manipulación para la consecución del delito (Donna, Derecho Penal Parte Especial, 2011). La fuerza ejercida debe ser suficiente para inducir un estado de ansiedad en el sujeto pasivo, que a su vez le hace perder la capacidad de resistir las acciones del actor.

Bien jurídico Protegido

El bien jurídico que se vela es la libertad sexual, es decir la libre disposición del cuerpo y el respeto del pudor personal. Para Núñez la legislación quiere proteger la reserva sexual que tiene la persona, entendida como el derecho que tiene a la incolumidad del consciente y voluntario trato sexual. Considera al abuso sexual como una injuria al decoro privado, siendo que este accionar tiene como objetivo la honestidad del individuo, puesto que cualquier persona tiene derecho a que no se le vulnere la reserva sexual que tiene sobre su cuerpo (Núñez C, Tratado de Derecho Penal Parte Especial, 1988).

Por otro lado, para Creus, se protege la libertad, siendo esta el abierte de la reserva sexual de la víctima, que el autor perjudica atacando su pudor (Creus, 1988).

Concluyendo este apartado cabe mencionar que lo que es principalmente tutelado es el consentimiento o la voluntad del sujeto pasivo, ya que forma parte de la integridad del hombre el elegir que actos y cuales no se ejecuten sobre su cuerpo.

Tipo Subjetivo

Es aquel conocimiento de la realización de una actividad que va en contra del pudor, siendo suficiente para ofender la honra de la persona, sin llegar a un acto sexual que involucre la penetración, resultando inminentemente doloso.

Según Gómez, las acciones destinadas a humillar, vejar, burlarse o satisfacer los propios deseos sexuales son consideradas elementos integrantes del tipo penal, y sólo se excluyen aquellas acciones que tienen como finalidad el acceso carnal o su tentativa (Gómez, 1952).

Núñez menciona que esta condición diferenciadora que tienen los actos iniciales de un abuso sexual nace en la inter criminis del autor, con la creación del dolo o intención de hacer daño del mismo (Nuñez C, Tratado de Derecho Penal Parte Especial, 1988).

Sujeto Activo Y Pasivo

El sujeto activo en este delito puede ser o el hombre o la mujer puesto que no es necesario ninguna característica relacionada con los órganos sexuales de cada uno, es por esto que tampoco importan las cualidades del sujeto pasivo ya que solamente es imperioso que la víctima sea hombre o mujer sufra la actividad dolosa de carácter sexual en contra de su integridad.

Consumación Y Tentativa

De acuerdo con Soler en este delito es muy complicado el estar frente a una tentativa puesto, que cuando se realice el acto, aun sin resistencia o negativa, luego del primer y único toque, ya se podría hablar de la consumación del delito (Soler, 1963).

Este delito se consuma, cuando el sujeto activo con el solo inicio de actos de roce hacia la víctima, o también los doctrinarios amplían los actos culpables, siendo así que se aplica sobre el autor o terceros, o que el propio sujeto pasivo realice tocamientos en su cuerpo.

Conclusión

Estos delitos anteriormente analizados, son necesarios tomarlos en cuenta puesto que en cada uno aquellos se pueden rescatar características necesarias para el conformación del Stealthing, ya que con esto se puede ver que, si es posible la implementación de este delito, pues todos los elementos se encuentran vigentes, sin embargo la legislación esta atrasada pero hay buenas noticias y es que está avanzando, se podría decir que algo lento en comparación con los demás países vecinos, pero el legislador así sea por una necesidad social o comparándose con los legisladores de los demás países, implementará este delito.

El consentimiento

Concepto

El consentimiento concebido como una autorización o acceso dado a otra persona para que haga algo en relación a nuestra persona, parte del latín *consentiré* y en su aceptación expresa o tacita que tienen las partes (Pierangeli, 1998).

También se puede considerar al consentimiento como una evidente voluntad de permiso o aceptación, de beneplácito o anuencia, más en lo jurídico su expresión se tiñe ineludiblemente de efectos que, de cualquier modo, aparecen como vinculantes u obligatorios y no siendo fáciles de obviar o eludir (Ríos Arenaldi, 2006).

Siguiendo esta línea de pensamiento el consentimiento ha sido conceptualizado como el acto de entregar por parte del dueño del bien jurídico protegido en el tipo penal, siendo así que su renuncia a la protección conlleva a la pérdida del interés por parte del Estado para seguir este delito que se realizó bajo su cuidado (Cuello Contreras, 2002).

Se considera que existe consentimiento en las relaciones sexuales entre personas cuando estas están de acuerdo en realizar todas las actividades sexuales en las que se sientan cómodos. Es importante tener en cuenta que, si alguna de las personas involucradas no desea participar en el acto sexual, su participación forzada sería considerada como un delito sexual.

La palabra, consentimiento, se aplica con frecuencia en situaciones en las que se presentan opciones que pueden generar conflictos. Por ejemplo, las mujeres tienen la libertad de decidir si desean cubrir o mostrar su cuerpo, pueden optar por permanecer en una relación abusiva o abandonarla, y tienen el derecho de elegir con quién, cuándo y cómo tener relaciones sexuales o incluso abstenerse hasta el matrimonio (Pérez Hernández, 2016).

Los primeros indicios del concepto de consentimiento se pueden rastrear en el Digesto (47.10.1.52), un texto de la época del jurista romano Ulpiano (170-228 d.C.), en el que se utilizó la frase "*nulla iniuria ets, quae in violentem fiat*" (no hay injuria si la acción se realiza con el consentimiento del lesionado). Este aforismo indicaba que el consentimiento de la víctima excluía la existencia de un delito de injuria, pero solo en casos específicos y no de manera generalizada, debido a que la sociedad distinguía entre delitos públicos y privados que merecían sanción. Por lo tanto, este principio no se podía aplicar a delitos contra el Estado o la comunidad, que se consideraban delitos públicos (Machado Rodríguez, 2012).

Sin embargo, la palabra injuria no solamente debe entenderse en su sentido literal, sino como una lesión a cualquiera de los derechos honorables o personales como la salud, la libertad, el honor, a la integridad y la vida, y el enunciado utilizado por Ulpiano se transformó en la máxima jurídica *volenti non fit injuria*, que quiere decir que; si se acepta alguna actividad en su contra no se puede alegar ningún agravio (Zaffaroni et al., 2002). Esta concepción se modificó o cambio a lo largo del tiempo y al consentimiento se le dio una doble función tanto como causa de atipicidad de la conducta y como causa de exoneración (Segura García, 2000).

Algunos expertos en el tema, como Molinier, definen al consentimiento como una autorización o permiso (Molinier, 1998). Por otro lado, Argeri ofrece una definición más enfocada en el ámbito legal, estableciéndolo como un elemento esencial de todo contrato. Pero el consentimiento se refiere a la conformidad y acuerdo entre dos partes capaces sobre una oferta específica para establecer una relación jurídica obligatoria. El consentimiento puede ser expreso, si se manifiesta por escrito o por medio de signos inequívocos, o tácito, cuando se infiere de hechos o actos que lo sugieren, a menos que la ley exija una manifestación expresa o que las partes hayan acordado que se satisfaga una condición o formalidad para obligarse..” (Argeri, 1999).

El concepto de consentimiento en el ámbito penal se utiliza como una herramienta para abordar los problemas más complejos relacionados con su efectividad, como, por ejemplo, determinar qué bienes jurídicos son relevantes desde el punto de vista legal y establecer los requisitos necesarios para que el consentimiento otorgado sea considerado válido (Machado Rodríguez, 2012).

De acuerdo con las definiciones previas, se puede concluir que el consentimiento es una forma de aprobación que una persona tiene el derecho de aceptar o rechazar en relación a cierta acción propuesta hacia ella. Si la persona acepta el ofrecimiento, estaría dando su conformidad para que la acción sugerida se realice.

Es importante diferenciar el consentimiento de la capacidad en el ámbito legal. La capacidad es la facultad que la ley otorga a una persona para participar en ciertos actos, lo que les da validez. En nuestra legislación existen dos tipos de capacidad: la capacidad de goce, que se adquiere por el simple hecho de existir en la sociedad, y la capacidad de ejercicio, que se alcanza al cumplir la mayoría de edad. Cuando un menor de edad se ve involucrado en un asunto legal, puede participar en el proceso, pero siempre y cuando esté acompañado por un tutor. Por otro lado, el consentimiento se refiere a la voluntad o intención que tiene una

persona de llevar a cabo un acto, mientras que la capacidad se refiere a si ese acto será válido o no en el ámbito jurídico en el momento de su celebración.

Clases de Consentimiento. -

Consentimiento Presunto

Sucede cuando la voluntad de la persona no es evidente, ni el sujeto lo expresa hacia sus esferas externas, si no que este animo es implícito y se da entendido por alto (Escudero García-Calderón, 2014).

Casas Barquero afirma que “El consentimiento presunto constituye aquella reafirmación del consenso personal que se entiende como válida porque se supone que el titular del bien jurídico disponible habría prestado el consentimiento en el caso de que hubiera conocido las circunstancias concretas” (Casas Barquero, 1987, p. 103).

Este tipo de acuerdo se da en situaciones en las que una persona no ha dado su consentimiento explícitamente debido a su ausencia, incapacidad o falta de conciencia. En tales casos, la persona que presume el consentimiento debe actuar de acuerdo a lo que considera que sería la voluntad del individuo, para así respetar lo que podría haber sido su deseo o comportamiento. Esto incluso incluye el respeto por la voluntad irracional del titular del bien jurídico (Mezger E. , 1946).

En el contexto del consentimiento presunto, lo crucial es la evaluación previa de la probabilidad de que la persona perjudicada hubiera dado su consentimiento. Esto implica que, si el sujeto que actúa tiene la información adecuada en el momento de tomar la decisión, es razonable suponer que la víctima hubiera consentido, incluso si a posteriori no está de acuerdo con la acción tomada, contrariamente a lo esperado (Mir Puig, 2016).

Consentimiento Expreso o Real

Se entiende que es aquel en el cual se da una manifestación de la voluntad de la persona hacia el mundo exterior por parte del sujeto y esta voluntad se da a entender por la generalidad de personas.

El consentimiento expreso puede manifestarse de diversas maneras, incluyendo una clara y explícita emisión por parte del sujeto pasivo, ya sea por medios verbales, escritos u otros recursos que evidencien su voluntad (Escudero García-Calderón, 2014).

Cabe recalcar que este tipo de consentimiento tiene que ser directo y no presentar o manifestar cosa ajena a lo que se está queriendo dar a entender, es decir la voluntad tiene que ser clara para no dejar en incertidumbre al auditorio universal.

Requisitos de Valides del Consentimiento

Titularidad

La titularidad del bien jurídico protegido tiene que ver en cuanto a la validez ya que solo la persona que lo posee puede dar el consentimiento sobre una actividad (De la Gándara Vallejo, 1995).

No obstante, puede surgir un dilema en caso de que el titular del derecho carezca de la capacidad para prestar su consentimiento o se encuentre inconsciente por alguna razón. En tal motivo, es aceptable el cuestionar si el consentimiento es válido, bajo qué supuestos y condiciones, y si es necesario que se otorgue a través de representantes legales.

La doctrina llega a un pensamiento en común en los casos de que el sujeto no pueda dar o expresar su consentimiento, podrá actuar por la persona el representante legal que este designado, con ciertas limitaciones como la de no poder consentir en decisiones personalísimas (es decir que solo el sujeto estando consiente o capaz la podría hacer), o de tipo existencial como por ejemplo la donación de órganos (Roxin, 1997).

Luzón Peña sostiene que el requisito de la plena titularidad sobre el bien jurídico solo será exigido en los casos en los que el consentimiento actúe como causa de justificación o como causa de exclusión del tipo indiciario. Para que el consentimiento tenga validez jurídica plena, es necesario que sea otorgado por la persona con la plena titularidad del derecho o bien jurídico. Sin embargo, en los casos en los que el consentimiento actúe como causa de atipicidad penal, y se trate de un consentimiento fáctico, no será necesario que la persona con la plena titularidad del derecho otorgue el consentimiento, sino que bastará con que lo otorgue una persona con una titularidad parcial o compartida (Luzón Peña, 1988).

En concordancia con la titularidad, se necesita tener la posibilidad de disponer el objeto protegido para que el consentimiento sea válido, siendo que tal disposición que tenga la opción de renunciar o no, sin embargo, no hay que equivocarse en cuanto al titular del bien jurídico protegido con la calidad de poseedor de este, ya que a veces quien dispone no es el propietario si no un tercero (Garrido Montt, 2003).

Capacidad

Para Cerezo Mir (Cerezo Mir, El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación, 1989) y para Mir Puig (Mir Puig, 2016) es necesario que el titular que entrega el consentimiento posea una capacidad de juicio natural, eso quiere decir que pueda consentir siempre que la persona pueda deducir lo que implica o significa el acto de voluntad, así como sus consecuencias.

Para Contreras no hay un único requisito de capacidad aplicable a todos los supuestos, si no que el distingue dos posiciones; Se requerirá solo la voluntad inherente cuando se quiera que el consentimiento suprima la tipicidad, es decir, que el actuar de las personas que no comprendan el significado del acto de disposición será legítimo. En el segundo supuesto, en los casos en donde se defienda un bien jurídico diferente a la libertad de la víctima, es decir cuando el consentimiento destine como una causa de justificación, se requerirá una comprensión minúscula sobre el acto al que se está prestando el consentimiento (Cuello Contreras, 2002).

La teoría tripartita de Luzón Peña establece diversos requisitos acerca de la capacidad del sujeto pasivo, en relación al consentimiento jurídicamente válido. Para que dicho consentimiento sea legal, no solo se debe excluir la tipicidad penal, sino también cualquier antijuridicidad. Para ello, se requiere una capacidad plena de decisión y comprensión del acto de disposición, lo que se conoce en Derecho Civil como plena capacidad de obrar. Por tanto, se exige una capacidad completa de comprensión por parte del sujeto que presta su consentimiento, es decir, la capacidad para llevar a cabo actos jurídicos válidos. En el ámbito del Derecho privado, esta capacidad se asocia con la mayoría de edad, es decir, los 18 años, y la ausencia de anomalías que puedan provocar incapacidad. (Luzón Peña, 2016) No obstante, aunque la capacidad civil no siempre coincide plenamente con la capacidad para otorgar consentimiento en el ámbito privado, existen situaciones de culpabilidad que podrían considerarse como una eximente incompleta en dicho ámbito, sin implicar inimputabilidad penal, pero que podrían resultar en una incapacidad civil.

De manera excepcional, en el ámbito del derecho privado existen situaciones en las que se otorga la capacidad de manera anticipada, como en el caso de los menores emancipados, lo que implica que el consentimiento del menor emancipado sea legalmente válido.

Por otro lado, para Luzón Peña, “si los estados anímicos de preocupación, obsesión, estados afectivos, pasionales o emocionales o las alteraciones psíquicas aunque sean ocasionales llegan a eliminar o perturbar la capacidad de comprensión y discernimiento del sujeto sobre el significado, alcance y repercusiones” (Luzón Peña, 2016), en estos postulados el consentimiento no será válido.

Libertad y Conciencia

[La aceptación de un acto debe ser libre y no estar sujeta a estafa o el engaño, además debe reflejar la verdadera voluntad de la persona que consiente. En caso de que la aceptación provenga de alguien que, aunque tenga libertad, no acepta plenamente los efectos del acto al que consiente, entonces dicha aceptación no tendría efecto (Novoa Monreal, 2005).

La libertad está ausente cuando hay coacción, como cuando se hace una amenaza de un mal grave. También está ausente, al igual que la conciencia, cuando se experimenta un error o engaño que se relaciona con la magnitud y la naturaleza del daño que se sufre debido a la acción consentida. Además, si el afectado no puede comprender el propósito altruista de sacrificar su bien jurídico, o si se equivoca en el significado del consentimiento para evitar un daño para sí mismo o para un tercero, entonces también se considera que la libertad está ausente (Jescheck, Tratado de Derecho Penal: Parte General, 1993).

Exteriorización

En términos legales, es necesario que el consentimiento se exprese de alguna manera para poder demostrar una voluntad válida que permita establecer consecuencias jurídicas. Si no hay una manifestación externa del consentimiento, no se puede considerar como una prueba válida de la voluntad de la persona involucrada (Roxin, 1997).

Libre Voluntad

En el ámbito del derecho penal, el concepto de "libertad" es fundamental, lo que implica que cualquier acuerdo debe ser voluntario y estar libre de cualquier forma de coacción física, moral o psicológica, así como también de engaño y errores que afecten la cantidad y calidad de la lesión causada por la acción. Es necesario que el acuerdo sea genuino y que la persona involucrada haya actuado libremente y sin presiones externas para que pueda considerarse como una expresión válida de su voluntad (Jescheck, Tratado de Derecho Penal, 1978).

Cualquier actividad que pueda influir en la libertad de decisión, hace que el consentimiento otorgado sea ilegal e inválido, lo que resulta en la inefectividad de los efectos de la supuesta acción delictiva.

Oportunidad

Este requisito se refiere a que la voluntad dada por la persona que realiza el posible hecho delictivo, debe ser expresada con antelación a que se produzca el hecho o en el caso que no ha sido así, deberá hacerlo al momento de cometer el delito (Jarque, 2013).

Además, vale la pena recalcar, que de acuerdo a la naturaleza que tiene el consentimiento, es decir a que es variable, este debe permanecer hasta el momento en el cual se realiza y consuma el presunto delito (Jarque, 2013).

Si se trata de un delito continuado, se aplican los principios generales sobre la consumación del delito. En nuestra opinión, cualquier consentimiento dado durante la comisión del delito producirá efecto completo sin necesidad de que se preste nuevamente después de su finalización (Jarque, 2013).

Derecho Disponible

Este apartado se vincula con la duplicidad reconocida entre derechos disponibles, patrimoniales o renunciables, así como también en los que está comprometido el interés público de tal modo que estos resultan indisponibles e irrenunciables (Jarque, 2013).

En realidad, toda persona que participe en una sociedad y comparta con otras personas, de manera inevitable realizará acciones que trascienden su esfera privada y que afectan, de alguna forma, a los demás miembros del grupo social. Esto se entiende como parte del "riesgo permitido" y se considera inherente a la configuración social (Jakobs, 1996).

Es en esos conflictos de naturaleza pública donde se establece el límite de validez del consentimiento, ya que se trata de derechos que no pueden ser renunciados por los individuos debido al nivel de importancia que tiene la comunidad hacia su vulneración (Jarque, 2013).

Vicios del consentimiento

El consentimiento implica que la persona titular del bien jurídico en cuestión tiene que poseer conocimiento y voluntad para disponer de él. Sin embargo, hay casos en los que, aunque el sujeto pasivo tenga la intención, no se puede considerar que haya otorgado su consentimiento debido a factores como el error, la fuerza, el dolo, considerados vicios según nuestra legislación, y, según la doctrina, el engaño.

A) Engaño

El engaño es esta actividad de hacer creer a la persona que está realizando cierto acto, cuando en la realidad está haciendo algo completamente diferente, es aquí cuando el consentimiento otorgado se invalida puesto que, este fue entregado para un fin completamente distinto, ya que el titular del bien jurídico desconoce sobre qué bien está recayendo ese consentimiento (Zipf y Maurach, 1994).

Roxin establece una aclaración importante al respecto de la ineficacia del consentimiento, que no solo se limita a los engaños relacionados con el bien jurídico en cuestión. Además, el consentimiento no será efectivo para excluir la tipicidad si el error afecta al propósito altruista que motivó al titular a dar su consentimiento. Es decir, si la persona cometió un error que impidió que comprendiera completamente el objetivo benéfico que justificó su consentimiento, entonces el consentimiento no será válido para excluir la tipicidad (Roxin, 1997).

Según Jakobs, el consentimiento puede considerarse irrelevante en casos en los que se haya obtenido a través de engaño sobre el motivo. En estas situaciones, cuando se manipula la propia libertad del sujeto, el autor del engaño puede ser sancionado como si hubiera actuado como un autor mediato (Jakobs, 1996).

B) El Error

Alessandri (Alessandri Rodríguez et al., 2005) conceptualiza al error como un falso concepto de la realidad, a su vez Claro Solar, citando a Giorgi (Claro Solar, 1979) lo determina como la divergencia entre el juicio que se tiene en la mente y el orden de las cosas; también Avelino León (León Hurtado, 1963) indica que es la falsa o equivocada concepción que se tiene sobre una cosa, un hecho o una persona o de la norma que se supone.

Deberá, entonces, el error cumplir con los siguientes requisitos para que opere como vicio de la voluntad:

- i) Reconocimiento legal: La ley debe considerar que el error puede viciar la voluntad y que en determinados casos producirá este efecto.
- ii) Excusabilidad: Quiere decir que el error solo viciara la voluntad cuando sea sobre una equivocación excusable, lo que representa que cualquier persona en la misma condición, actuando con un cuidado promedio, pudo haber caído en esa equivocación.
- iii) Determinación: Se requiere un error significativo para invalidar la voluntad de las partes, al punto de que, si dicho error no hubiera ocurrido, el contrato no se habría realizado o el acto no se habría ejecutado (Rabat Celis et al., 2019).

Tipos de Error

El error puede ser acerca de los hechos o sobre el precepto normativo de derecho, es por eso que cabe señalar esta diferencia entre error de hecho y de derecho, que son reconocidos dentro de nuestra legislación.

Error de derecho

Arturo Alessandri, lo define como la ignorancia o el concepto equivocado que se tiene de una norma jurídica, en cuanto a su existencia, alcance, inteligencia o permanencia en vigor (Alessandri Rodríguez et al., 2005).

En el Código Civil en su artículo 1468 nos dice “el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2023). Esta disposición implica que no es posible alegar error de derecho para evitar las consecuencias legales de un acto lícito, ni para eximirse de la responsabilidad por actos ilícitos (Rabat Celis et al., 2019). En resumen, si una persona da su consentimiento, no podrá luego excusarse de cumplirlo alegando que su voluntad fue influenciada por un error de derecho. Es decir, el hecho de que el sujeto haya errado en cuanto al conocimiento de una norma jurídica no afectará la validez del consentimiento previamente otorgado.

De acuerdo a esto Hernán Corral dice “no todo error de derecho viciaría el consentimiento sino sólo el que, según las circunstancias del individuo que lo padeció, puede ser considerado como razonable y comprensible” (Corral Talcani, 2018).

Error de hecho

La definición común del error se refiere a una interpretación incorrecta, ya sea por ignorancia o por equivocación, sobre un tema, objeto, persona o hecho, es decir, sobre la realidad de los hechos. En este contexto, se entiende que el sujeto no tiene conocimiento preciso o completo de la situación y, por lo tanto, puede cometer errores al tomar decisiones o tomar acciones. Carlos Ducci lo define como el falso concepto respecto de una persona, de una cosa, de una situación (Ducci Claro, 2000).

El Código Civil recoge en sus artículos 1469 y 1470 las circunstancias en que el error de hecho vicia el consentimiento, en el primero de estos artículos dice que

El error de hecho vicia el consentimiento cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito, y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si, en el contrato de venta, el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2023)

En este supuesto, el error no afecta la validez del consentimiento existente, ya que el acto no puede crearse sin el consentimiento adecuado. Por lo tanto, la voluntad no se ve afectada por el error, sino que simplemente no se crea un consentimiento porque el acto deseado no puede obtener una existencia jurídica al no haberse formado un acuerdo de voluntades. En

otras palabras, el error puede impedir que se forme un acuerdo de voluntades válido, pero no afecta a la voluntad en sí misma. En este sentido y situación Pablo Rodríguez señala que las voluntades que se expresan no tienen un punto de encuentro, no se complementan (Rodríguez Grez, 2003).

Tal y como se ha expuesto, en el presente caso no se produce un verdadero consentimiento debido a la presencia de un error que impide la formación del acto o contrato.

Este artículo comprende dos situaciones

- i) Error in Negotio: Cuando el error recae sobre la especie de acto o contrato que se ejecuta o celebra, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación.
- ii) Error in Corpore: Cuando el error recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra (Rabat Celis et al., 2019).

Para Domínguez A. refiriéndose al Error in Corpore, señala que

El Código exige que la designación misma de la cosa sobre que recae el negocio sea diversa; de forma tal que si existe una cierta identidad de la cosa y el error recae sobre sus características, entonces el error será sustancial. (Domínguez Águila, 2012)

Y en el artículo Art. 1470 es error de hecho vicia el consentimiento “cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre que versa el acto o contrato es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2023). En resumen, se reafirma la definición tradicional que sostiene la doctrina, ya que este error vicia la autorización cuando se produce una confusión o malentendido sobre lo que se llevará a cabo en relación a los hechos reales previstos originalmente.

En el presente caso, existe un acuerdo de voluntades respecto al objeto en cuestión, pero se presenta una discrepancia en cuanto a la condición o calidad especial de dicho objeto, en otras palabras, un error sustancial.

Arturo Alessandri R, define la sustancia de un objeto como la materia de la que está compuesto. De esta forma, se considera que existe un error sustancial cuando el objeto del acto jurídico resulta ser de una materia distinta a lo que se creía en un principio, es decir, cuando el error recae directamente sobre la cosa en sí misma. (Alessandri Rodríguez et al.,

2005). Para Víctor Vial se trata de una afirmación que se refiere a una evaluación totalmente imparcial y basada en hechos concretos. Para él las cualidades principales de un objeto pueden darle una fisonomía propia y distintiva que lo diferencia de los demás. (Vial del Río, 2006) Algunas de estas cualidades pueden incluir su antigüedad, su valor histórico o su origen.

La doctrina actual, llama cualidades importantes a aquellos atributos de un objeto que son decisivos y atractivos para las partes involucradas en una transacción, y que motivan a la contratación. Estas cualidades son esenciales y, al menos, una de las partes no habría procedido con la contratación si no se hubieran cumplido.

C) Fuerza

La definición propuesta por Víctor Vial sobre la fuerza como vicio del consentimiento se refiere a los medios físicos o psicológicos que se utilizan para presionar a una persona a fin de que otorgue su consentimiento para la realización de un acto jurídico. Según Vial, la fuerza constituye un obstáculo para la libertad, y, por tanto, constituye un vicio del consentimiento que invalida la capacidad del sujeto para tomar decisiones autónomas y libres. (Vial del Río, 2006)

Carlos Ducci Este concepto se refiere al miedo que siente una persona debido a la presión física o psicológica que experimenta, lo que la obliga a expresar su voluntad en un sentido determinado (Ducci Claro, 2000).

Para Avelino León la fuerza se refiere al constreñimiento ejercido sobre la voluntad de una persona mediante el uso de coacción física o psicológica, que genera en ella un temor de tal magnitud que la obliga a otorgar su consentimiento para un acto jurídico que no deseaba (León Hurtado, 1963).

De acuerdo a Ramón Domínguez, el acto de violencia en sí mismo no puede considerarse un defecto de la voluntad. El verdadero defecto surge del miedo que dicho acto genera en una persona, lo que la lleva a consentir a su realización (Domínguez Águila, 2012).

Clases de fuerza. -

La fuerza física

Consiste en la realización de procedimientos materiales de violencia, en otras palabras, en actos físicos, como, por ejemplo, cuando a una persona se le desplaza físicamente por medio de fuerza, y esta se opone a tal movimiento.

Hernán Corral afirma que “es aquella que se ejerce sobre el cuerpo de la persona afectada, mediante golpes que le causan dolor físico” (Corral Talcani, 2018, p. 554).

En términos jurídicos, se ha argumentado que la fuerza física y la vis absoluta comparten una característica fundamental: ambas excluyen o anulan la voluntad de la víctima, resultando en un fenómeno aparente que no tiene vínculo causal con la misma. En este sentido, se sostiene que la fuerza física no vicia el consentimiento, sino que lo anula por completo, lo que lleva a la conclusión de que el acto llevado a cabo bajo estas circunstancias es ilegal e inexistente (Rabat Celis et al., 2019). Es decir, se trata de una situación en la que la víctima no ha prestado un verdadero consentimiento debido a la anulación de su voluntad por la fuerza empleada, lo que invalida cualquier acto que se haya llevado a cabo en estas circunstancias.

Fuerza moral

Esta se construye a través de intimidaciones o amenazas proferidas en contra de la persona, estableciendo un temor en esta por el menoscabo a su integridad en el caso de no consentir, quebrantando su mente y para conseguir el fin anhelado. Hernán Corral señala que es “aquella que consiste simplemente en una amenaza de un mal propio o ajeno” (Corral Talcani, 2018, p. 554).

En lo que respecta a la fuerza moral, se debe tener en cuenta que la amenaza puede operar como un motivo en la formación de la voluntad, lo que puede constituir un vicio del consentimiento conocido como vis compulsiva (Rabat Celis et al., 2019). A diferencia de la fuerza física, la cual anula la voluntad de la víctima, la fuerza moral implica una coacción psicológica que afecta la libre elección de la persona, generando una situación de presión que limita su capacidad de decisión. En este contexto, se reconoce que la vis compulsiva sí constituye un vicio del consentimiento que puede invalidar cualquier acto llevado a cabo bajo su influencia. Por tanto, resulta crucial distinguir entre los diferentes tipos de fuerza que pueden afectar la formación de la voluntad de las personas a la hora de evaluar la validez de un acto jurídico.

En este supuesto, hay voluntad, pero ella está condicionada por el temor proveniente de la amenaza, es decir, se entiende que el vicio es el miedo, y la causa la fuerza.

Requisitos. -

Grave

El Art. 1472 inciso 1 dispone:

La fuerza no vicia el consentimiento, sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2023)

Este principio implica que la intimidación debe ser efectiva y tener un impacto significativo en la persona objetivo, en lugar de ser superficial o suave. Es importante que la intimidación sea apropiada y aceptable, es decir, que sea posible de lograr. Por lo tanto, se sugiere que se debe causar una impresión profunda en una persona racional y lógica. El profesor Hernán Corral señala: “la gravedad de la fuerza se mide por el impacto que es capaz de causar en la voluntad del afectado” (Corral Talcani, 2018, p. 555).

Es por eso que, en estas situaciones, es suficiente demostrar que se amenazó de manera creíble al sujeto pasivo con exponerlo a él, a sus allegados o alguno de sus ascendientes o descendientes a un daño grave, para que se configure que la fuerza produjo una impresión fuerte (Rabat Celis et al., 2019).

Es importante tener en cuenta las características personales de la víctima, como su edad, género y condición, las cuales deben ser evaluadas en relación con la persona que está experimentando el temor. Además, es crucial que la persona en cuestión tenga un juicio mental sano, y no sea una persona que sufra de alguna enfermedad mental (Rabat Celis et al., 2019).

Para Avelino León “La amenaza del mal irreparable y grave puede ir dirigida tanto a la persona misma como a sus bienes, honor o reputación.” (León Hurtado, 1963, p. 255).

Además, para Alessandri la fuerza debe ser actual, es decir, aquella debe presentarse en el momento justo en el que se expresa el consentimiento, aunque el mal haya de realizarse en el futuro (Alessandri Rodríguez et al., 2005).

Determinante

En el contexto de consentimiento forzado, se entiende que el consentimiento dado por la víctima debe ser el resultado inmediato y directo de la fuerza o amenaza aplicada sobre ella. En otras palabras, si no fuera por dicha fuerza o amenaza, la víctima no habría otorgado el consentimiento para el acto en cuestión. De forma que, para que la fuerza pueda considerarse como un factor que vicia la voluntad en el contexto de la obtención del consentimiento, es

necesario que esté dirigida a obtener la manifestación de voluntad en cuestión (Rabat Celis et al., 2019).

Pablo Rodríguez entiende que el ser determinante importa que la fuerza ha sido la causa que impulsa a expresar la voluntad (Rodríguez Grez, 2003). En este sentido, es importante destacar que la fuerza ejercida debe ser intencional y estar dirigida específicamente a obtener la expresión de voluntad deseada. En otras palabras, la presión o coacción no puede ser accidental o incidental, sino que debe ser empleada con el fin preciso de obtener la manifestación de voluntad por parte de la víctima.

Por otro lado, el artículo 1473, menciona que es suficiente que se haya utilizado la fuerza por cualquier persona para conseguir ese consentimiento, para que se constituya como un vicio de consentimiento (Asamblea Nacional del Ecuador, 2023).

D) Dolo

En materia civil al dolo se lo define como “intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2023). Lo que difiere mucho de la concepción de dolo que se tiene en el ámbito penal puesto que en este se considera que actúa con dolo “(...) la persona que, conociendo los elementos objetivos del tipo penal, ejecuta voluntariamente la conducta.” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2023)

Según la perspectiva de Pablo Rodríguez, el dolo implica tener conocimiento de que una acción u omisión que se lleva a cabo es capaz de causar daño y estar seguro de que ese daño ocurrirá como resultado. (Rodríguez Grez, 2003)

Sin embargo, la doctrina al dolo dentro de las causales de los vicios del consentimiento lo definen como, se refiere a cualquier estratagema o plan tramposo que se utiliza con el propósito de obtener el consentimiento de la otra persona en una situación determinada. Avelino León H. señala que es el engaño o ilusión empleada con el ánimo de impulsar a error a una persona o de mantenerla en el error en el que se encuentra, a fin de disponerla a consentir (León Hurtado, 1963). Para Carlos Ducci el dolo es lo que hace una de las partes para alcanzar el consentimiento de la otra o para que ese consentimiento se preste de la manera en que se desea (Ducci Claro, 2000).

El dolo se distingue por la presencia de una representación falsa de los hechos por parte de un individuo, pero a diferencia del error, esta representación no surge de manera natural o involuntaria. En lugar de ello, el dolo es el resultado de la conducta fraudulenta de terceros con el objetivo de engañar al sujeto. La intención maliciosa de estas personas es esencial para establecer la existencia de dolo. Además, es importante destacar que el alcance del dolo

es más amplio que el del error, ya que no todos los errores tienen un impacto en la validez del consentimiento, lo cual no es el caso del dolo, que puede ser decisivo para la toma de decisiones del sujeto.

Requisitos del dolo como vicio del consentimiento

El Art. 1474 en su primer inciso dice que “El dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando, además, aparece claramente que sin él no hubieran contratado” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2023). De tal manera que de esta norma se pueden extraer los requisitos necesarios a cumplirse.

Determinante. -

Entonces, se puede afirmar de manera inequívoca que la falta de dolo en el momento de la celebración del contrato habría impedido su realización. Por lo tanto, se infiere que el dolo debe haber existido antes o simultáneamente con el otorgamiento del consentimiento, ya que su presencia posterior no tendría un efecto determinante en la validez del contrato (Rabat Celis et al., 2019).

Debe ser obra de una de las partes. -

Pablo Rodríguez señala que, a este respecto, existen tres hipótesis:

- a) Hay participación directa cuando uno de los contratantes se ha interpuesto en los hechos destinados a inducir o engañar a su contraparte.
- b) Hay participación por inducción cuando el engaño se produjo por encargo del contratante que se aprovecha de él.
- c) Existe infracción al deber de lealtad contractual cuando conociendo el error que sufre el otro contratante, su contraparte se abstiene de advertir y despejar el error (Rodríguez Grez, 2003).

Teorías del consentimiento

Teoría diferenciadora

Los doctrinarios que sostienen esta teoría, imaginan al consentimiento con una doble finalidad, puesto que en determinados casos actúa como una causa de atipicidad y en otros como causa de justificación. Habrá que tener en cuenta que dependerá del caso concreto y del bien jurídico disponible.

En esa línea de pensamiento Cerezo Mir señala: “En aquellos tipos en que se protege un bien jurídico cuyo portador es el individuo (una persona física o una persona jurídica), pero en los que no se protege al mismo tiempo la libertad de disposición del mismo, siempre que se trate de un bien jurídico disponible” (Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español. Parte General II, 1998).

Si se considera el consentimiento como una razón de justificación, algo que va en contra del sistema absoluto, esto lleva obligatoriamente a concebir una definición naturalista del bien jurídico, es decir que se establece la base material con el propio bien jurídico, o tiene que otorgarle al Estado el poder para valorar cada caso en concreto. En el área de las causas de justificación la razón por la cual la persona titular del bien jurídico permite que otra persona ajena vulnere sus bienes jurídicos, así como también estimar si debe o no predominar por sobre el interés individual o general alrededor del bien jurídico (Machado Rodríguez, 2012).

Partiendo de lo anteriormente explicado, ha sido un tema de debate dentro de la doctrina la existencia de bienes jurídicos individuales, que se subdividen en bienes disponibles e indisponibles. Sin embargo, esta distinción resulta repetitiva e insignificante, ya que el bien jurídico debe ser considerado como el ámbito autónomo de organización del titular, no solo en relación a los llamados bienes jurídicos disponibles, sino también en relación a todos los bienes jurídicos individuales (De la Gándara Vallejo, 1995).

Las posturas que sustentan la teoría diferenciadora se respaldan, a su vez, en teorías doctrinales elaboradas tales como la teoría de Feuerbach, la teoría de la acción jurídica, la tesis del negocio jurídico (Zitelmann) y el principio de ausencia de interés (Mezger). A continuación explicaremos en forma breve cada una de ellas.

Teoría de Von Feuerbach

Para este autor, “dado que una persona puede renunciar a derechos mediante un acto voluntario, el permiso para la realización del hecho, concedido por el lesionado, excluye el concepto de crimen: *volenti non fit iniuria*. La acción adecuada al permiso sólo debe dirigirse contra el derecho que se halla sometido a la posible disposición del lesionado. Por el contrario, estando el titular privado del derecho de arbitrio libre o siendo éste incapaz para disponer libremente de sí mismo o de lo suyo, el permiso carecerá de eficacia jurídica”. (Feuerbach, 1989, p. 71)

Zitelmann

Esta posición considera que el consentimiento expulsa la antijuridicidad de la conducta cuando se habla de un negocio jurídico encaminado a esa exclusión, en otras palabras, para Zitelmann “el consentimiento es un acto jurídico de naturaleza negocial, mediante el cual se concede una autorización al destinatario para realizar la acción” (Zitelmann, 1906, p. 67).

La teoría en cuestión sostiene que el consentimiento tiene la capacidad de excluir la antijuridicidad de la conducta, ya que se trata de un acuerdo legal dirigido específicamente a lograr dicha exclusión. Por lo tanto, en esta teoría, el consentimiento es considerado como un acto jurídico de carácter negocial que otorga al destinatario la autorización necesaria para llevar a cabo la acción. A partir de lo anterior, se puede concluir que la efectividad del consentimiento en materia penal está regulada por las normas del Derecho Civil y su regulación legal se deduce de la causa de justificación del ejercicio legítimo de un derecho (Machado Rodríguez, 2012).

Mezger

Para este autor la base del consentimiento se encuentra en el principio de la ausencia de interés, empezando de que es la lesión de intereses el contenido de toda acción ilícita, En consecuencia, se puede argumentar que una justificación basada en el principio de ausencia de interés surge cuando la voluntad, que generalmente se considera afectada por la realización típica del delito, no está presente en la situación particular. Por lo tanto, el consentimiento implica la renuncia consciente de los intereses por parte de la persona que tiene legítimamente la facultad de disponer del bien jurídico en cuestión (Mezger E. , 1993).

Siendo así que, para Mezger existen dos leyes reguladoras dentro de las cuales se pueden encontrar las causas de justificación: 1) la falta de interés, de la que resulta la ausencia del injusto o de necesidad de protección, y 2) la determinación del interés. Posteriormente, la eficacia del consentimiento deberá ser solucionado dependiendo si el titular del objeto de la acción lo sea también o no del objeto de protección. Entonces, cuando el titular del objeto de la acción y del objeto de protección sea la misma persona, el consentimiento será eficaz, de lo contrario, subsistirá la antijuridicidad de la acción, a pesar del consentimiento del sujeto pasivo (Mezger E. , 1993).

Es evidente que esta teoría le da validez al consentimiento desde de la renuncia que realiza el titular del bien jurídico en tal sentido que una vez confluya el consentimiento, desaparece el interés que en otro supuesto hubiera sido lesionado por el delito teniendo como consecuencia que la acción queda plenamente justificada (Machado Rodríguez, 2012).

Mezger argumenta que el consentimiento puede ser considerado una causa de justificación, ya que se basa en el principio de ausencia de interés. De acuerdo con este principio, cuando el sujeto pasivo da su consentimiento, la voluntad que normalmente resultaría lesionada por la realización del delito no está presente en el caso particular. Por lo tanto, Mezger concluye que el consentimiento implica la falta de interés por parte del titular del bien jurídico disponible (Mezger E. , 1993).

Teoría unitaria

Esta teoría tiene como objetivo el reunir todos los casos de hecho en donde puede tener participación la voluntad del titular del bien jurídico protegido como excluyente de la misma tipicidad de la conducta.

Esta corriente encuentra su origen o fundamento en una percepción liberal de lo que se debe interpretar por bien jurídico, en donde se entienden los bienes jurídicos personales como ámbitos de autodeterminación (Segura García, 2000). De esta manera, al presentar la voluntad del titular se excluye el desvalor del resultado y con ello la tipicidad de la conducta (Machado Rodríguez, 2012).

Desde esta óptica, se destaca la importancia del consentimiento y la libertad de elección en lo que se refiere a la atribución de responsabilidades penales. Es fundamental tener en cuenta la naturaleza y el alcance del bien jurídico involucrado en cada tipo de delito particular para determinar si el consentimiento es un factor que excluye la ilegalidad o un factor que justifica la conducta. En consecuencia, “Si los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo del individuo (...), no puede existir lesión alguna del bien jurídico cuando una acción se basa en una disposición del portador del bien jurídico que no menoscaba su desarrollo, sino que, por el contrario, constituye su expresión” (Roxin, 1997, p. 517).

De acuerdo con la teoría unitaria, no hay una distinción entre el consentimiento como causa de falta de tipicidad y el consentimiento como causa de justificación, ya que en el caso de bienes jurídicos individuales que son disponibles, la conducta debe ser considerada siempre atípica.

Entre algunos de los defensores de las teorías unitarias se encuentran:

Roxin, quien establece en el ámbito alemán que “(...) con un consentimiento eficaz no tiene lugar el desvalor de resultado y con él el desvalor de acción y el tipo delictivo” (Roxin, 1997, p. 519).

Conforme a la opinión de Jiménez de Asúa, el consentimiento de la parte afectada no puede ser considerado una causa justificante para la comisión de un delito, sino que, por el contrario, debería ser considerado una causa de atipicidad. Esta postura se fundamenta en el hecho de que el consentimiento de la víctima imposibilita la falta de uno de los elementos característicos que definen la figura delictiva específica que se está considerando, y, por ende, no debería ser considerado como una razón para la justificación del delito en cuestión (Jiménez de Asúa, 1952).

De acuerdo con la postura de Gómez Benitez, el consentimiento puede ser considerado una causa de atipicidad en el caso de que se refiera a bienes jurídicos disponibles, ya que el consentimiento impediría al sujeto activo de la acción cometer un daño al bien jurídico protegido. Por otra parte, si el consentimiento recae sobre bienes jurídicos indisponibles, puede ser absolutamente irrelevante o, en todo caso, producir únicamente una atenuación de la pena correspondiente al sujeto activo (Gómez Benitez, 1984).

Otro autor a favor de la teoría unitaria es López Barja de Quiroga, puesto que declara que son legítimos los bienes jurídicos universales solamente si es que sirven al avance personal del individuo:

“Adoptar esta última posición, más acorde a nuestro juicio con los principios constitucionales, implica dar una mayor amplitud a la capacidad de disposición del individuo respecto del bien jurídico y otorgar una mayor incidencia a los efectos que el consentimiento ha de producir” (López Barja de Quiroga, 1999, p. 10).

De acuerdo a Gándara Vallejo, pensar que se ha perjudicado un bien jurídico personal en el caso de que exista la intervención en una esfera distinta ha sido decisivo por el consentimiento expreso de la persona como manifestación no de su crecimiento, es absurdo, si no solo cuando exista la atribución en un ámbito de organización ajena, es decir que la participación se debió haber llevado a cabo en contra de la voluntad de la persona. Para esta autora

“(…) un comportamiento que no lesiona el bien jurídico protegido no crea un indicio de su antijuricidad ya que consta la no realización del injusto típico y, por tanto, su no punibilidad deberá ser determinada ya en el nivel de la tipicidad”. (De La Gandara Vallejo, 1995, p. 171)

Entonces se puede concluir que el consentimiento no convierte a un delito en una conducta atípica, si no, que la ausencia de este ayuda a constituir el tipo penal como tal, ya que la doctrina considera a este elemento como una causa de exclusión de la imputación objetiva,

es decir que mediante la intervención y participación del consentimiento la conducta ilícita se convierte en un acto permitido y legal, puesto que el sujeto titular del bien jurídico dio su autorización para que se cometa estos actos ilícitos en contra de su integridad.

CAPITULO III

EL STEALTHING, ANALISIS EN DERECHO COMPARADO Y SU INTEGRACIÓN AL ORDENAMIENTO JURIDICO ECUATORIANO

Análisis histórico alrededor del Stealthing

No se sabe exactamente cuando surgió este delito, pero sí a una de las primeras personas en hablar sobre este delito, que es Alexandra Brodsky, ya que a través de su estudio llamado "Rape by the Side: Imagining Legal Responses to Nonconsensual Condom Removal" realizado en la Columbia Journal of Gender and Law salió a la luz que esta práctica sucede más de lo que se pensaba. Basándose en varios testimonios de afectados, los investigadores definen al Stealthing como un ataque a la integridad sexual y explican que está relacionado con dos miedos bien definidos de todas las personas: el embarazo no deseado y las enfermedades de transmisión sexual (Luzza, 2018).

La primera sentencia judicial que castigo a esta acción se la hizo en el Reino Unido este es el caso de Assange v. Swedish Prosecution Authority, cuando el señor Assange visita Suecia el cual durante su estadía en dicho país mantiene relaciones con una chica, quien le dice de manera anticipada que desea el uso de protección de su parte, y el acepta, a pesar de este prerequisite, durante el acto sexual él rompe el condón y eyacula dentro de su vagina, es por esto que la justicia sueca realizo un pedido de extradición a Reino Unido, pedido que fue aceptado por la Corte Suprema en el 2012, en consecuencia de esta decisión Assange escapo a la embajada ecuatoriana en busca de asilo diplomático, el cual se le entrego en el 16 de agosto de 2012. Ante esto la fiscalía sueca anuncio el abandono del caso en contra de Assange por no tener los elementos suficientes dentro de la investigación para una acusación formal (Ambos, 2012).

El segundo caso del que se tiene conocimiento es el proceso de R vs. Hutchinson, que se sustancia por el Tribunal Supremo de Canadá, en el año 2014, cuando este condeno por agresión sexual agravada a un hombre que había agujereado su condón sin el conocimiento de su pareja sexual, viciando el consentimiento original otorgado por la mujer y teniendo como resultado de esto que ella quedase embarazada, delito por el cual se le declaró culpable y

aunque el procesado apeló la decisión de primera instancia, la segunda instancia no hizo más que ratificar el fallo de la primera corte (R. vs. Hutchinson, 2014).

Posteriormente en Alemania, en el año de 2018 se dio el suceso en el que un policía mantuvo relaciones sexuales consensuadas con su pareja sexual, sin embargo, esta le pidió de manera explícita el uso de protección por parte de él, a pesar de esto el hombre hizo caso omiso a este pedido y la chica se dio cuenta de esto hasta el momento de que este eyaculó dentro de su vagina. Ante esto la justicia de dicho país le ordenó a pagar la cantidad de tres mil euros como indemnización y una pena privativa de libertad por 8 meses (Robinson, Cnn Español, 2018).

Y aunque el Stealthing es cometido de mayor manera por parte de los hombres, no es un delito exclusivo del sexo masculino, ya que en el año 2022 se le condena a una mujer de haber cometido Stealthing, esto sucedió en Alemania en donde una chica que mantenía relaciones sexuales con su “amigo con derechos”, le perforó los condones buscando con esto quedar embarazada de él, imponiéndole un castigo de 6 meses con suspensión de la pena. Hay que tener en cuenta que la juez que llevó el caso no supo en un primer momento como sancionar a este comportamiento, sin embargo, luego de leer sobre el Stealthing, dijo que es este delito en sí y que este también puede ser aplicado de manera inversa sin el conocimiento del hombre (Robinson, Cnn Español, 2018).

Análisis del desarrollo del Stealthing en la legislación española.

En el país ibérico a este delito se lo sanciona por primera vez en una sentencia penal el 15 de abril de 2019 por el Juzgado de Instrucción de Salamanca, ya que de acuerdo a los hechos probados, el hombre se encontraba en su domicilio particular junto a la mujer, y tras acordar ambos mantener relaciones sexuales con empleo en todo caso de preservativo, y en el curso de las mismas, tras hacer uso de un primer preservativo y colocarse otro, él se quitó el segundo preservativo sin conocimiento ni acuerdo previo por parte de ella, y continuaron las relaciones sexuales entre ambos con penetración. Cuando la mujer advirtió este hecho, abandonó el domicilio y regresó a su casa después haber formulado denuncia en la Comisaría del Cuerpo Nacional de Policía en Salamanca (SJI 1/2019- ES:JI:2019:1, 2019).

El Juzgado de Instrucción 2 de Salamanca ha condenado al hombre, como responsable de un delito de abuso sexual, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 12 meses de multa a razón de 6 euros de cuota diaria, es decir, 2.160 euros.

Además, como acarrea una responsabilidad civil, tendrá que pagar la cantidad de 900 euros a la mujer como indemnización por todos los daños y perjuicios causados. Además, deberá pagar 101,41 euros a la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León en concepto de indemnización por los gastos sanitarios generados.

Para el Juzgado de Salamanca, esta conducta sexual no constituye delito de agresión sexual al no concurrir los requisitos de violencia o intimidación que exige el artículo 178 del Código Penal y, por ende, tampoco constituye delito de violación conforme al artículo 179 del Código Penal. No obstante, el "Stealthing" se encasilla en el tipo básico del apartado 1 del artículo 181 del Código Penal en cuanto sanciona que "el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses", al poder considerarse que se ha prestado pleno consentimiento a mantener relaciones sexuales usando preservativo, y la posterior retirada sigilosa del profiláctico se realiza sin consentimiento, lo que atenta contra la indemnidad sexual de la víctima, quien consintió el acto sexual únicamente con las debidas garantías para evitar embarazos no deseados o enfermedades de transmisión sexual.

Sin embargo, el año siguiente a este caso es decir en octubre de 2020 la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a un hombre que había cometido Stealthing, en donde la fiscalía solicitaba 4 años de prisión para este por haber cometido abuso sexual. A pesar de esto los jueces consideraron que no había suficientes pruebas para encontrarlo culpable, ya que en su sentencia mencionan que la chica no menciona como un requisito innegociable el uso de protección para que se lleve a cabo el acto sexual, por lo que aquellos no encuentran que se vulnera el consentimiento dado por la mujer (SAP B 10218/2020 - ECLI:ES:APB:2020:10218, 2020).

Esta sentencia en parte se debe a que la denunciante no pudo estar presente en la audiencia, si no solamente participo en la fase de instrucción y posteriormente dejo de contestar a los correos, por lo que se tuvo que seguir sin su aporte, teniendo la sala como único medio de prueba una grabación de video hecha por la denunciante.

Seguido a esto en Sevilla en el año de 2021 se da el caso en donde una pareja se reúne para mantener una relación sexual en un descampado como lo habían hecho en ocasiones pasadas, pero en ese momento el varón quien era consiente que poseía chlamidia trachomatis, se retiró el preservativo en medio de la relación sexual, teniendo como consecuencia la trasmisión de esta enfermedad sexual hacia la mujer. La Sección Cuarta de la Audiencia de Sevilla condenó al acusado a cuatro años de cárcel por un delito de abuso

sexual y a seis meses por lesiones, además de pagar una indemnización a la mujer por la cantidad de trece mil euros. Sentencia que fue apelada ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a pesar de esto la Sala realizó la revisión correspondiente del proceso llegando a la misma conclusión de primera instancia, ratificando la sentencia otorgada (SAP SE 1459/2020 - ECLI:ES:APSE:2020:1459, 2021).

Ley solo sí es sí

En el año de 2022 se comenzó a producir un cambio dentro de la legislación española, pues estaba desarrollándose la ley Solo Si Es Si, una ley que busca una mayor protección en contra de los delitos sexuales, ya que busca calificar como agresión sexual a cualquier acto sexual que se realice en contra de una persona y no goce de su consentimiento.

Lo que hace esta Ley es eliminar la distinción que existía entre abuso y agresión sexual, considerándose cualquier relación sexual no consentida como un acto de agresión, agregando como requisito indispensable la exteriorización del consentimiento, en donde se pueda interpretar la voluntad específica de la persona. Es decir, la víctima ya no está en la obligación de demostrar resistencia o que ha existido violencia para que se lo tenga como una agresión sexual. (BBC News Mundo, 2022).

Esta Ley que su nombre en concreto es Ley de Garantía de Libertad Sexual nace a partir de un caso concreto, el caso de la Manada, en donde cinco hombres fueron condenados a 9 años de prisión por haber cometido abusos sexuales en contra de una chica de 18 años. Caso que llegó al Tribunal Supremo, teniendo como consecuencia el aumento de la pena a 15 años de pena privativa de libertad, ya que el juez afirmó que no era solamente un abuso, si no que se trataba de una violación grupal (BBC News Mundo, 2022).

El 7 de octubre del año 2022 el congreso ha aprobado la mencionada ley, la cual entro en vigencia el 27 de abril modificando de esta manera el Código Penal Español, trayendo consigo la definición de agresión sexual, que de acuerdo su artículo 178 numeral primero, es “cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Entendiendo que el consentimiento solo se tendrá como valido cuando este “se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.” (BBC News Mundo, 2022).

Dicho movimiento ha contribuido en el cambio que ha existido dentro de la legislación española, puesto que su código penal ha sido reformado tanto en el artículo 178, como en su artículo 181, numeral primero, teniendo estos dos artículos gran importancia dentro del

Stealthing, ya que anterior a la reforma realizada por la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, se contenía al Stealthing dentro del artículo 181.1 porque tipificaba:

“El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual, con la pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses” (Jefatura del Estado, 1995).

Sin embargo, a raíz de las múltiples reformas realizadas este artículo se ha modificado de tal manera que ya nada tiene que ver con su origen, es por esto que en la actualidad al Stealthing se lo contiene en el artículo 178.1 pues menciona que

“Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”. (Jefatura del Estado, 1995)

Es a raíz de esta ley y de las múltiples sentencias acerca del Stealthing en la que la legislación española ha logrado acaparar dentro de sus leyes a este nuevo delito, logrando con esto un avance normativo, así como también una ampliación en la esfera de protección de bienes jurídicos.

Análisis del desarrollo del Stealthing en la legislación Estado Unidense.

El primer caso del que se tiene conocimiento es el de Maxine Doogan, en donde hace 30 años atrás, cuando comenzó a trabajar como prostituta, recibió a un cliente el cual durante el acto sexual se había retirado el preservativo, Maxine al darse cuenta de esto corrió al baño, sin embargo, cuando regreso esa persona ya se había ido (Honderich y Popat, BBC, 2021).

En aquel entonces la joven Maxine, fue a un hospital que le quedaba cerca para practicarse los exámenes de rutina sobre infecciones de transmisión sexual, los cuales salieron negativos. Aliviada por estos exámenes estuvo tranquila, aunque 6 semanas después de esto se dio cuenta que estaba embarazada, motivo por el cual tuvo que practicarse un aborto. Ella sabía que lo que hizo el cliente estaba mal e incorrecto, no obstante, no era ilegal.

Por otro lado, en octubre del año 2021 el gobernador de California, Gavin Newsom, difundió una nueva ley bipartidista que prohíbe la extracción no consensuada del condón, o a lo que se le llama como Stealthing (Honderich y Popat, La Nación, 2021).

La parlamentaria Cristina García, quien presentó el proyecto de ley dijo que quería asegurarse de que este acto no solo sea inmoral, si no ilegal.

Esta nueva practica entra dentro de la definición civil estatal como una agresión sexual, convirtiendo a California en el primer estado de Estados Unidos, en prohibirla y sancionarla (Honderich y Popat, La Nación, 2021).

Es válido recalcar que Stealthing dentro de California no está tipificado como un tipo penal, es decir, no incurre en consecuencias penales, si no solamente abre la posibilidad para que las victimas puedan demandar en vía civil, para que de esta manera puedan tener una indemnización tanto por los daños y perjuicios físicos como psicológicos.

Análisis del desarrollo del Stealthing en la legislación chilena.

En Chile el 19 de enero del año 2022 la Cámara de Diputados y Diputadas aprobó el proyecto de ley que sanciona la remoción no consentida del condón en la relación sexual.

Este proyecto, presentado en octubre del 2019 fue impulsado por un grupo de tres parlamentarias, siendo estas Camila Rojas; Maite Orsini y Gael Yeomans, con esta iniciativa planean que se tipifique y sancione esta práctica, así como se lo hace con los demás delitos de abuso sexual, es decir con una pena privativa de libertad de entre 61 a 540 días (CNN Chile, 2022).

Una vez discutida dentro del legislativo, esta fue apoyada con 73 votos a favor, 3 en contra y 37 abstenciones, por lo que reunió los votos necesarios para que sea enviada al Senado y continúe con el trámite respectivo.

De esta manera se busca una modificación del código penal chileno agregando un nuevo apartado al artículo 363, ya que se considera que con la legislación anterior difícilmente se podría subsumir al Stealthing dentro de una de las conductas ya tipificadas, es por esto que agregan: “El que, sin el consentimiento de la víctima, remueva el preservativo durante las relaciones sexuales, será castigado con la pena de presidio menor en su grado mínimo” (Camara de Diputados y Diputadas de Chile, 2021).

Es así como los parlamentarios de chilenos dan un paso importante al reconocer al Stealthing dentro de su legislación convirtiendo así a Chile en uno de los pocos países que lo penalizan.

Análisis del desarrollo del Stealthing en la legislación colombiana

En Colombia en noviembre del año 2022 la Comisión Primera de la Cámara de Representantes aprobó un proyecto de ley en donde se quiere sancionar el retiro del condón

sin un consentimiento durante las relaciones sexuales, integrándolo dentro del delito de acoso sexual.

Se planea que quien se retire el condón de manera consiente y sin el consentimiento de la otra persona, deberá cumplir una pena privativa de libertad de entre 2 a 4 años.

Como resultado de este proyecto de ley el artículo 210-B que describe al abuso de la confianza sexual: El que, durante la relación sexual, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realice actos que atenten contra la libertad sexual, incluyendo el retiro de la barrera de protección sexual, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años (García Agudelo, 2022).

Julián Peinado, autor de este proyecto, afirma en su Twitter que esta nueva ley "Es un mecanismo, una herramienta para los jueces. Pero, sobre todo, para aquellas víctimas que no tienen cómo defenderse y cómo denunciar este abuso que hoy en día se ha vuelto una práctica recurrente" (García Agudelo, 2022).

Si bien una de los obstáculos que tiene este proyecto de ley es el determinar o probar por la parte afectada que existió este acto antijurídico, sin embargo, el representante de la Cámara dijo que no es competencia del legislativo establecer ese proceso para comprobar la verdad material.

Análisis del desarrollo del Stealthing en la legislación mexicana

En México, podemos encontrar alrededor del Stealthing una laguna o vacío legal proveniente de los conceptos tanto de violación sexual, abuso sexual y peligro de contagio, ya que de acuerdo al Código Penal Federal en su artículo 260 comete el delito de abuso sexual quien ejecute sobre una persona, sin su consentimiento, o la obligue a ejecutar para sí o en otra persona, actos sexuales sin el propósito de llegar a la cópula; será sancionado con una pena privativa de libertad de entre 6 a 10 años y hasta 200 días de multa (Zamora Gastélum, 2022).

Por otro lado, la norma penal en su artículo 265, define la violación sexual a quien mediante violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, así como establece una prisión de 8 a 20 años; en ese sentido, define a la cópula como la introducción del miembro masculino en el cuerpo de la víctima ya sea por vía vaginal, anal u oral, además compara a este tipo penal, la introducción por la vía vaginal o anal de cualquier elemento o instrumento distinto al miembro viril, por medio de la violencia física o moral, sin importar de que sexo es la víctima (Zamora Gastélum, 2022).

Siguiendo esta línea, el accionar que se quiere situar en algún tipo penal no es coherente con el de violación, por lo que entre los elementos principales de este delito resalta el uso de la violencia moral o física con el fin de llegar al coito o la introduzca algún objeto por la vía vaginal o anal de la otra persona, es por esto que el Stealthing es estrictamente singular no encajando dentro de ninguno de estos tipos penales debido a que la violencia no es una característica de este tipo penal, si no que existe el consentimiento y ciertas condiciones para llevar a cabo el acto sexual. (Zamora Gastélum, 2022)

En relación al delito de peligro de contagio, según lo establecido en el artículo 199 Bis, se establece que si una persona, teniendo conocimiento de que está enferma de una enfermedad venérea u otra enfermedad grave en periodo infectante, pone en peligro la salud de otra persona a través de relaciones sexuales u otros medios, se le impondrá una pena de 3 días a 3 años de prisión y una multa de hasta 40 días. Sin embargo, si la enfermedad es incurable, la pena será de 6 meses a 5 años de prisión. Es importante mencionar que en el caso de que las personas involucradas sean cónyuges o concubinos, solo se procederá mediante una querrela (Zamora Gastélum, 2022).

En efecto, el tipo penal del delito de peligro de contagio descrito no coincide exactamente con la conducta conocida como Stealthing. Este delito se refiere a la acción de retirar el método anticonceptivo sin el consentimiento de la otra parte o engañar sobre su uso, lo que puede poner en riesgo de contagio a la persona involucrada. Sin embargo, para que se configure el delito de peligro de contagio descrito en el artículo mencionado, es necesario que el sujeto activo tenga conocimiento sobre su estado de salud y tenga la intención de contagiar dicha enfermedad. Por lo tanto, el Stealthing no encajaría directamente en los elementos requeridos para que se configure el delito mencionado (Zamora Gastélum, 2022).

Entre los esfuerzos recientes por eliminar la laguna jurídica que prevalece en la norma sobre el Stealthing, el diputado Juan Martín Espinoza Cárdenas, presentó en enero del 2022 una iniciativa que adiciona el artículo 199 Bis del Código Penal Federal para sancionar a quien “no utilice o dejare de utilizar un medio preservativo durante las relaciones sexuales sin el consentimiento de quien legalmente pueda otorgarlo y dé como resultado un mal venéreo u otra enfermedad grave”; misma que se encuentra pendiente de dictamen en la Comisión de Justicia de la colegisladora (Honorable Camara de Diputados, 2021).

Por otro lado, en abril del 2022 el Senador Mario Zamora Gastélum, del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, presenta un proyecto de decreto en donde busca que se adicione un quinto párrafo y el párrafo quinto vigente pasa a ser el sexto del artículo 260 y se adiciona un segundo párrafo al artículo 276-Bis; todos del Código Penal Federal.

Agregando al artículo 260 el siguiente párrafo: Comete delito de abuso sexual quien, antes o durante la cópula y sin consentimiento de la otra persona, retire algún método anticonceptivo; o dañe el método anticonceptivo que se utilice; o, quien mediante engaño afirme utilizar algún método anticonceptivo. Y al artículo 276- Bis lo siguiente: Cuando a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos en este Título ponga en peligro de contagio la salud de otro, la reparación del daño comprenderá el pago del tratamiento médico; y se adicionará a la pena que corresponda, las sanciones establecidas en el artículo 199 Bis. (Zamora Gastélum, 2022).

La diputada por el partido político partido acción nacional Ana Laura Valenzuela Sánchez, presento en agosto del año 2022 una propuesta para reformar al tipo penal de abuso sexual, instaurando dentro de este al Stealthing, puesto que agregaría que cuando exista el consentimiento para la realización del coito con otra persona y llegando a un acuerdo sobre el uso de condón durante la ejecución, la pareja sexual se lo retire sin el consentimiento de la otra persona (Honorable Cámara de Diputados, 2022).

El objetivo de esta propuesta es realizar modificaciones al artículo 260 del Código Penal Federal. Dentro de dicha iniciativa también se plantea que, si el abuso resulta en embarazo o transmisión de enfermedades de transmisión sexual, se aumentará la pena en un cincuenta por ciento más, tanto en el rango mínimo como en el máximo (Honorable Cámara de Diputados, 2022).

La diputada mencionó que esta reforma está alineada con los principios de derechos humanos de universalidad, progresividad e interdependencia establecidos en el artículo primero de la Constitución (Honorable Cámara de Diputados, 2022).

Esta iniciativa fue turnada para su discusión y análisis a la Comisión de Justicia.

A pesar de los múltiples intentos por parte de funcionarios para integrar al Stealthing dentro de su legislación aún no ha dado resultado ninguna de las vías propuestas, puesto que los órganos responsables de emitir resolución respecto de estas iniciativas no se han pronunciado aún.

Análisis del desarrollo del Stealthing en la legislación costarricense

En el 2019 la diputada Paola Vega, presento ante la Asamblea Legislativa de Costa Rica un proyecto de ley, con el cual, buscaba la adición de un Artículo al Código Penal costarricense, este proyecto fue conocido como la iniciativa 21.513, teniendo como finalidad la de sancionar el Stealthing, el cual fue aprobado por comisión jurídica del pleno, y entro a revisión y todo proceso de ley conforme al protocolo establecido en este país (LaLey, 2019).

Este proyecto de ley, identificado con el expediente No. 21.513, tiene como objetivo establecer sanciones para aquellos individuos que, sin consentimiento, retiren un preservativo o utilicen uno dañado. Se propone una pena de prisión de 6 a 10 años para este tipo de conductas. Además, en caso de que la víctima resulte embarazada o contraiga una enfermedad de transmisión sexual, se propone aumentar la pena de 8 a 12 años. A continuación, se presenta el siguiente artículo para su consideración:

Art. 158.- Será sancionado con pena de prisión de nueve a quince años quien se retire o dañe el preservativo, u otro método profiláctico, sin consentimiento expreso de todas las partes involucradas en el acto acceso carnal por vía oral, anal o vaginal. Asimismo, quien use o brinde un preservativo que se sabe dañado. Será sancionado con pena de prisión de once a diecisiete años si dicha acción resulte en:

- a) Un embarazo.
- b) El contagio de una o varias infecciones de transmisión sexual.
- c) Daño psicológico. Se castigará sin perjuicio de las sanciones que competan por contagios sexuales efectivos (El Mundo, 2019)

Después de seguir el proceso requerido para la aprobación de las reformas legales y llevar a cabo la consulta con las entidades competentes, el 12 de octubre de 2021, la Asamblea Legislativa emitió una resolución afirmativa de mayoría para el proyecto de ley sobre la incorporación del artículo que sanciona el "Stealthing". A continuación, se presenta el texto del artículo que se añade al respectivo cuerpo legal:

Será sancionado con pena de prisión de seis a diez años, quien se retire o dañe un preservativo u otro método profiláctico sin consentimiento expreso de todas las partes involucradas sexual durante una relación, en el acto de acceso carnal por vía oral, anal o vaginal. La pena de prisión será de ocho a diez años si dicha acción resulte en:

- a) Un embarazo.
- b) El contagio de una o varias infecciones o enfermedades de transmisión sexual.
- c) La víctima sea una persona menor de edad.
- d) La conducta se cometa con el concurso de dos o más personas.
- e) Daño psicológico grave.

Esta modificación realizada al artículo originalmente propuesto busca ampliar y especificar el tema al abordar con mayor precisión dos aspectos: el retiro y el daño del preservativo en una situación sin consentimiento previo. Además, se establecen situaciones adicionales que actuarían como agravantes para la pena, como por ejemplo si la víctima es menor de edad. Se reconoce que el consentimiento en menores de edad no puede considerarse de la misma manera que en adultos y, por lo tanto, no puede ser interpretado como una aprobación total. De esta manera, se busca brindar una mayor protección a los individuos en situaciones vulnerables.

Implementación del Stealthing a la legislación australiana.

En la reciente Reunión de fiscales generales celebrada el 12 de agosto de 2022, todos los miembros acordaron respaldar y publicar el Plan de trabajo de la Reunión de fiscales generales para reforzar las respuestas de la justicia penal a las agresiones sexuales 2022-2027 (Departamento del Fiscal General, 2022) . Una de las prioridades del Plan de trabajo es reforzar los marcos jurídicos. Para avanzar en esta prioridad, se llevará a cabo una revisión nacional y un análisis comparativo de la legislación sobre agresión sexual en Australia. Esto incluiría la legislación para penalizar el encubrimiento. La cooperación federal sobre los enfoques legislativos para penalizar el encubrimiento facilitará el despliegue de campañas educativas y garantizará que el encubrimiento se reconozca como delito, independientemente del lugar de Australia donde se produzca (Parrot y Chesser, 2022).

En Australia se han adoptado dos enfoques principales para el cambio legislativo: el primero consiste en tipificar como delito el encubrimiento; el segundo, en modificar la definición de consentimiento que figura actualmente en la Ley de delitos vigente, añadiendo el encubrimiento a la lista de circunstancias que no equivalen a un delito de encubrimiento. a la lista de circunstancias que no equivalen a consentimiento (Parrot y Chesser, 2022).

El Territorio de la Capital Australiana fue la primera jurisdicción de Australia en ilegalizar el Stealthing, en octubre de 2021. La Ley de Enmienda de Delitos (Stealthing) de 2021 ilegalizaba quitarse el preservativo durante las relaciones sexuales o no utilizarlo en absoluto, en circunstancias en las que el uso del preservativo se había acordado previamente. Al modificar específicamente las leyes, el TCA reconoció implícitamente el daño inherente que el Stealthing supone para el bienestar físico y psicológico de la víctima/sobreviviente. bienestar físico y psicológico de la víctima/sobreviviente (Parrot y Chesser, 2022).

Sin embargo, el Territorio de la Capital Australiana ha modificado desde entonces sus leyes de consentimiento y se ha suprimido la inclusión inicial del furtivismo como delito. inicial del encubrimiento como delito. En su lugar, las enmiendas de mayo de 2022 añadieron

tergiversación sobre el uso del preservativo" a la lista de circunstancias que viciaría el consentimiento en virtud del artículo 67 (1)(j) de la Ley de Delitos de 1900 (ACT) (Parrot y Chessser, 2022).

En junio de 2022, el proyecto de Ley de Enmienda del Código Penal de 2022 (Tasmania) recibió el asentimiento real y entró en vigor en Tasmania. El proyecto de ley modificó la definición de "consentimiento" de la Ley del Código Penal de 1924 (Tasmania) para establecer específicamente que una persona no acepta libremente mantener relaciones sexuales si comunica a la otra persona que debe utilizarse un preservativo y la otra persona no lo utiliza, lo manipula o se lo quita (Tasmanian Government, 2022).

Las leyes de consentimiento afirmativo entraron en vigor en Nueva Gales del Sur en junio de 2022. El modelo de requiere un acuerdo explícito, informado y voluntario para participar en un acto sexual. Las leyes de Nueva Gales del Sur dejan claro que el consentimiento no debe presumirse y que el consentimiento a la actividad sexual debe comunicarse claramente (Parrot y Chessser, 2022).

El 30 de agosto de 2022 se aprobó en el Parlamento de Victoria la legislación que tipifica como delito el encubrimiento. El proyecto de ley de Enmienda de la Legislación Judicial de Victoria (Delitos Sexuales y Otros Asuntos) de 2022 sigue el ejemplo de otras jurisdicciones e incluye reformas que aclaran las circunstancias en las que no hay consentimiento para un acto, incluida la retirada, no utilización o manipulación de un preservativo (Andrews, 2022) . Las reformas comenzarán a aplicarse en los próximos meses y el modelo de consentimiento afirmativo entrará en vigor en julio de 2023.

El año pasado, el Parlamento de Australia Meridional estudió un proyecto de ley para tipificar el Stealthing como agresión sexual. Sin embargo, el proyecto de ley no fue aprobado por la Asamblea antes de las elecciones estatales de marzo (Parrot y Chessser, 2022).

El 28 de septiembre del 2022, la diputada Connie Bonaros, del partido SA-Best, presentó el proyecto de ley de Enmienda de los Estatutos (Sigilo y Consentimiento) de 2022. Este es el segundo proyecto de ley que Connie Bonaros presenta en el Parlamento de Australia Meridional. El primero, introducido en octubre de 2021, fue aplazado en su segunda lectura en la Cámara de Asamblea y caducó cuando cambió el gobierno a raíz de las elecciones estatales de marzo (Parrot y Chessser, 2022).

El nuevo proyecto de ley modificaría las disposiciones actuales para establecer que el consentimiento se niega si es por la "tergiversación (expresa o implícita) en cuanto al uso de un preservativo durante la actividad" (Government of Australia, 2022).

Como parte del compromiso electoral del gobierno laborista de SA, el Departamento del Fiscal General está llevando a cabo una revisión de la legislación sobre agresión sexual, que incluye sobre el encubrimiento, el consentimiento afirmativo y el control coercitivo.

El segundo informe del Grupo de Trabajo sobre Seguridad y Justicia para las Mujeres de Queensland Hear her voice (Escucha su voz) publicado en julio de 2022 recomienda una modificación de la definición de consentimiento para penalizar el Stealthing del mismo modo que en Nueva Gales del Sur (Parrot y Chesser, 2022).

El gobierno de Queensland debe responder a las recomendaciones del grupo de trabajo cuando el parlamento estatal se reúna en octubre. Es probable que el Fiscal General de Queensland acepte las recomendaciones del grupo de trabajo, incluida la penalización del Stealthing. La plena aplicación de la legislación está prevista para 2023 (Parrot y Chesser, 2022).

En febrero de 2022, el fiscal general de Australia Occidental encargó a la Comisión de Reforma Legislativa de Australia Occidental que llevara a cabo una revisión de las leyes y la legislación sobre agresión sexual del estado. Australia Occidental que llevara a cabo una revisión de las leyes estatales sobre agresión sexual y de la definición jurídica del consentimiento. del consentimiento (Parrot y Chesser, 2022).

La Revisión estudiará si debe adoptarse un modelo afirmativo de consentimiento, cómo deben aplicarse los errores y el conocimiento del consentimiento a los casos de agresión sexual, los factores que vician el consentimiento (incluido el Stealthing) y si deben utilizarse veredictos especiales.

Está previsto que el informe final de la Comisión de Reforma Legislativa de Australia Occidental se publique en julio de 2023.

El Territorio del Norte es la última jurisdicción que queda en Australia que no ha considerado la posibilidad de penalizar el Stealthing. En su estado actual, una persona es culpable de un delito sexual en sexual en el Territorio del Norte si mantiene relaciones sexuales con otra persona sin el consentimiento de la otra persona y conoce la falta de consentimiento o es imprudente al respecto (Parrot y Chesser, 2022).

En el Territorio del Norte, el consentimiento se define según el derecho anglosajón como "acuerdo libre y voluntario " (Gobierno de Australia, 1983). Sin embargo, sin claridad jurídica, el encubrimiento se sitúa en una zona jurídica gris jurídica a la que se enfrentaban los demás

Estados antes de que se incluyera específicamente el circunstancias que vician el consentimiento.

Implementación del Stealthing a la legislación ecuatoriana.

Luego de haber analizado la forma en la que las diferentes legislaciones del mundo implementaron al Stealthing dentro de su marco normativo, nos vemos en el deber de hacer lo análogo en cuanto a nuestro país.

Este proceso de reforma o creación de leyes se encuentra definido en la norma normarum, es decir dentro de nuestra constitución, principalmente en el título IV, que engloba la participación y organización de poder.

Consulta Popular

Nuestra Constitución, nos posibilita a través del proceso de democracia directa, vigente en la sección IV, a la creación, reforma o derogatoria de normas jurídicas ante la Función Legislativa. Sin embargo, para que suceda esto, se nos tipifica un único requisito y es que esta iniciativa popular sea válida deberá contar un apoyo de un número no inferior al cero punto veinte y cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral de la jurisdicción correspondiente. Y aunque esta propuesta en el caso de ser un proyecto de ley, que en este caso lo es, deberá pasar por manos del Presidente de la República, el cual no podrá vetarlo completamente, aunque si corregirlo. (Asamblea Constituyente del Ecuador, 2008)

Como un mecanismo de la democracia directa, la Constitución pone a disposición de la gente la consulta popular, que puede tratar de cualquier tema del cual las personas se vean requeridas. Esta petición debe de ser respaldada por un número no menor al cinco por ciento de las personas inscritas en el registro electoral. No obstante, esta consulta no se la puede realizar sobre una problemática relativa a tributos o a la organización político administrativa del país. (Asamblea Constituyente del Ecuador, 2008)

Cabe resaltar que este procedimiento cuenta con una obligatoriedad y es que debe pasar por manos de la Corte Constitucional para verificar la constitucionalidad de las preguntas a discutir.

Además, para que se declare aprobada la consulta popular, es necesario la mayoría absoluta de los votos válidos.

Proyecto de Ley

Como una democracia indirecta, encontramos al órgano legislativo llamado Asamblea Nacional, el cual se encarga dentro de sus atribuciones más importantes y relevantes, el expedir, codificar, reformar y derogar las leyes de leyes, así como de Fiscalizar los actos de las funciones Ejecutiva, Electoral y de Transparencia y Control Social, y los otros órganos del poder público. (Asamblea Constituyente del Ecuador, 2008)

La Asamblea Nacional necesita de una ley cuando es en casos de:

1. Regular el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.
2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes.
3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.
4. Atribuir deberes, responsabilidades y competencias a los gobiernos autónomos descentralizados.
5. Modificar la división político-administrativa del país, excepto en lo relativo a las parroquias.
6. Otorgar a los organismos públicos de control y regulación la facultad de expedir normas de carácter general en las materias propias de su competencia, sin que puedan alterar o innovar las disposiciones legales. (Asamblea Constituyente del Ecuador, 2008)

De acuerdo al numeral 2 podemos ver que este organismo puede tipificar infracciones lo que le habilita para reformar el actual Código Orgánico Integral Penal y así establecer al Stealthing en la esfera normativa.

Por otro lado, es importante saber que dentro de quienes pueden presentar proyectos de ley y entre los más recalables son; los asambleístas; el Presidente de la Republica; los ciudadanos que estén en goce de los derechos políticos y a las organizaciones sociales que cuenten con el respaldo de por lo menos el cero punto veinticinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el padrón electoral nacional. (Asamblea Constituyente del Ecuador, 2008)

Este proyecto deberá singularizarse en cuanto a una sola materia, acompañarse con su exposición de motivos, el articulado que se proponga y la expresión clara de los artículos que con la nueva ley se derogarían o se reformarían, para así presentarse ante el Presidente de la Asamblea Nacional para su respectiva tramitación. (Asamblea Constituyente del Ecuador, 2008)

Conclusión

Una vez analizado las vías oportunas por las cuales se puede implementar y así tipificar este delito, queda en nuestras manos, como también en las de la autoridad legislativa el dar este paso o avance normativo, ampliando de esta manera el espectro de los delitos en nuestro país. Es con estos mecanismos con los cuales los ciudadanos pueden dar ese empujón a la Asamblea Nacional, que muchas de las veces se olvidan de seguirle el paso a las diferentes legislaciones en cuanto a las leyes y su avance, centrándose principalmente en cuestiones políticas que poco o nada favorecen al pueblo.

Nuestra Constitución nos da los caminos suficientes para continuar con el progreso de las leyes que se vuelven necesarias porque el sociedad cambia y con esta debe transformar el derecho, sin embargo nuestro país no ha sido símbolo de una innovación normativa y esto se debe a que cada vez en el mundo se realizan más conductas moralmente incorrectas y a pesar de esto la colectividad cae en una indiferencia profunda, dejando con esto un retraso dentro de nuestras leyes a comparación de otras legislaciones. Es por esto que, dentro de nuestro análisis, respecto al Stealthing en los países en donde este delito fue instaurado todo comenzó con este tipo de conducta, pero en sus comienzos la gente no sabía de lo que era víctima ni como denunciarlo, algo que puede estar pasando en nuestro país, es por esto se vuelve algo necesario dentro de nuestra sociedad.

Conclusiones

- Se ha estudiado al Stealthing alrededor de los diferentes países, en donde se ha podido develar que en la mayoría de los países en donde se configuro este acto que está en contra del consentimiento de la mujer no estaba tipificado el tipo, si no que a este se lo incluyo luego de que hayan sucedido estos eventos, es por esto que se considera algo necesario la tipificación de este delito, principalmente para evitar estas conductas y si es que llegan a pasar la sociedad tenga un mecanismo para defenderse y hacer valer sus derechos.
- Se ha podido comprobar dentro del presente trabajo de investigación la relación que tiene este nuevo delito con los delitos sexuales ya existentes dentro de la legislación ecuatoriana, ya que se ha constado la vigencia de ciertos elementos tanto objetivos como subjetivos que tienen en común con el Stealthing, simplificando la tarea del legislador de adoptar a esta acción antijurídica en nuestro país.
- Se ha corroborado que existen mecanismos dentro de nuestra legislación con la que se puede hacer posible la operatividad del Stealthing en el país, es decir, tenemos a la consulta popular dentro de la democracia directa y al proyecto de ley que actúa como democracia indirecta, es así como se ha demostrado que existe posibilidad de incluir a este delito en nuestras normas.
- Se ha constatado la importancia que tiene el consentimiento en este nuevo tipo penal, además de su característico y singular comportamiento, puesto que el otorgamiento de este, así la forma en la que este es viciado no se encuentra presente en ningún otro tipo presente en la legislación, es por esto que con este nuevo delito el consentimiento es susceptible de variación, dejando como un acto ilegal, al comportamiento que comenzó estando dentro de lo jurídico.

Recomendaciones

- Se recomienda a la Asamblea Nacional crear un proyecto de ley, que tenga como objetivo el estudio y adopción de este delito para que así se pueda acoplar de manera idónea a nuestra legislación.
- Se exhorta a la ciudadanía a gestionar de manera pertinente, así como adecuada la elaboración de una consulta popular con miras, igualmente en acoplar a este delito a nuestro país.
- Se sugiere de manera amable que el ministerio de educación resalte dentro de los temas o sílabos en las mallas curriculares de las distintas instituciones educativas, la importancia de la educación sexual, el respeto y la empatía hacia las demás personas.

- Animo a las instituciones públicas respectivas, como también a las fundaciones, sin dejar de lado a los movimientos “feministas”, ya que todas estas tienen un interés en común que es el salvaguardar los derechos de las mujeres, es por esto que necesitan educarse en relación a este nuevo tema, para que así puedan unir fuerzas y estar al día en cuanto a esta nueva práctica para así ejercer un mejor cuidado de la mujer.
- Se insta a los colegios de abogados a estudiar este nuevo tema, así como también a las judicaturas a brindar pequeños cursos tanto a la ciudadanía como a los abogados, puesto a que como es conocimiento de todos los juristas que el derecho está en constante evolución, hay que estar preparado para el futuro, es decir, que hay que amoldarse a lo nuevo.

Referencias

- Alarcon Flores, L. A. (2018). Delitos contra la Libertad Sexual. *Licenciados en Derecho*, 6.
- Alarcon Flores, L. A. (2018). Delitos contra la Libertad Sexual. *Licenciados en Derecho*, 12-14.
- Alessandri Rodríguez, A., Somarriva Undurraga, M., & Vodanovic Haklicka, A. (2005). *Tratado de derecho civil, partes preliminares y general* (7 ed., Vol. 2). Santiago: Editorial Juridica de Chile.
- Ambos, K. (2012). El caso de Julian Assange: orden de detención europea versus asilo diplomático. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 63-85.
- Andrews, D. (30 de Agosto de 2022). Modelo de consentimiento afirmativo ahora ley en Victoria. Victoria. <https://www.premier.vic.gov.au/affirmative-consent-model-now-law-victoria>
- Argeri, S. (1999). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Sociales*. Buenos Aires: La Ley.
- BBC News Mundo. (Noviembre de 17 de 2022). *BBC*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-62694510#:~:text=La%20nueva%20ley%20elimina%20la,de%201%20a%204%20a%C3%B1os>.
- Camara de Diputados y Diputadas de Chile. (2021). *PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA EL RETIRO NO CONSENTIDO DEL CONDÓN*. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.
- Carmona Salgado, C. (1996). *Curso de Derecho Penal Parte Especial* (Vol. I). Madrid: Marcial Pons.
- Carpio, A. M. (2011). *El Delito De Violación En El Código Penal Ecuatoriano*. Cuenca: Universidad Del Azuay.
- Carrara, F. (2018). *Programa de Derecho Criminal Parte Especial* (Cuarta ed., Vol. VI). Buenos Aires, Argentina: Temis.
- Casas Barquero, E. (1987). *El Consentimiento en el Derecho Penal*. Córdoba: Servicio de Publicaciones Universidad de Córdoba.

- Castellví Monserrat, C., & Mínguez Rosique, M. (2021). Con sigilo y sin preservativo tres razones para castigar el stealthing. *Diario La Ley*.
<https://diariolaley.laleynext.es/dli/2021/11/29/con-sigilo-y-sin-preservativo-tres-razones-para-castigar-el-stealthing>
- Cerezo Mir, J. (1989). El consentimiento como causa de exclusión del tipo y como causa de justificación. *Estudios de derecho penal y criminología*, 1, 201-238.
- Cerezo Mir, J. (1998). *Curso de Derecho Penal Español. Parte General II* (6 ed.). Madrid: Tecnos.
- Claro Solar, L. (1979). *Derecho civil chileno y comparado. De las obligaciones* (Vol. XI). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CNN Chile. (19 de Enero de 2022). *CNN Chile*. https://www.cnnchile.com/pais/stealthing-camara-aprueba-proyecto-remocion-no-consentida-condon_20220119/#:~:text=Esta%20pr%C3%A1ctica%2C%20conocida%20como%20%22stealthing,continuar%20con%20el%20tr%C3%A1mite%20legislativo.
- Collaguazo Toapanta, J. P., & Echeverría Jácome, J. L. (2021). *Violencia Sexual en Adolescentes*. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Collao, L. R. (2001). *Delitos Sexuales*. Santiago De Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Violencia Sexual Contra Niñas Y Adolescentes. Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1.
- Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación. (2019). *Derecho a la libertad sexual*. España: Junta de Andalucía.
<https://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/files/adaptaciones/11.%20Derecho%20a%20la%20libertad%20sexual.pdf>
- Corral Talcani, H. (2018). *Curso de derecho civil, parte general*. Santiago: Thomson Reuters.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (11 de enero de 2023). *corteidh*. [corteidh: https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr317.htm](https://www.corteidh.or.cr/sitios/tesauro/tr317.htm)
- Creus, C. (1988). *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Atrea.
- Cuello Contreras, J. (2002). *El Derecho Penal Español. Parte General. Nociones Introductorias. Teoría Jurídica del Delito* (Vol. 3). Madrid: Dykinson.
- De la Gándara Vallejo, B. (1995). *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*. Madrid: Colex.
- Departamento del Fiscal General. (12 de Agosto de 2022). *Comunicado de la Reunión de Procuradores Generales*. <https://www.ag.gov.au/about-us/publications/meeting-attorneys-general-mag-communicate-august-2022>

- Domínguez Águila, R. (2012). *Teoría general del negocio jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- Donna, E. A. (1996). *La Tentativa*. Buenos Aires: Belgrano.
- Donna, E. A. (2011). *Derecho Penal Parte Especial*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Ducci Claro, C. (2000). *Derecho Civil, parte general* (4 ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- El Mundo. (17 de Julio de 2019). *El Mundo cr*. <https://elmundo.cr/costa-rica/paola-vega-propone-penalizar-practica-de-quitarse-el-condon-sin-consentimiento-mutuo/>
- Escudero García-Calderón, B. (2014). *El Consentimiento en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Espino, K. (20 de Octubre de 2021). *Enfoque derecho*. https://www.enfoquederecho.com/2021/10/20/editorial-se-sanciona-el-stealthing-como-violacion-sexual-en-el-codigo-penal/#_ftn10
- Feuerbach, P. A. (1989). Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania, en apendicé. En E. R. Zaffaroni, & I. Hagemeyer, *Código Penal para el Reino de Baviera. Parte General* (págs. 1-71). Buenos Aires: Hammurabi.
- Fontán Balestra, C. (1992). *Tratado de Derecho Penal* (2 ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Fonticoba, T., Mejía Rodríguez, C. K., Medina Cuenca, A., & García Gonzáles, G. (2015). *Temas de Derecho Penal, Parte General*. La Habana: My. Gral. Ignacio Agramonte y Loynaz.
- Frías Caballero, J. (1956). *El Proceso Ejecutivo del Delito* (Vol. 2nd edición). Argentina: Editorial Bibliografica Argentina.
- García Agudelo, M. (29 de Noviembre de 2022). *El Tiempo*. <https://www.eltiempo.com/politica/congreso/retiro-del-condon-sin-consentimiento-seria-delito-sexual-721721#:~:text=Berrocal%20%2F%20EL%20TIEMPO-,El%20retiro%20del%20cond%20%2F%20EL%20TIEMPO-,El%20retiro%20del%20cond%20%2F%20EL%20TIEMPO-,El%20retiro%20del%20cond%20%2F%20EL%20TIEMPO->
- García, M. F. (2020). Complejidades del "no es no": un análisis del stealthing como fenómeno. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 117-140. https://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-18-1/Revista-juridica-ano-18-N1-08.pdf
- Garrido Montt, M. (2003). *Derecho Penal: Parte General* (3 ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Gómez Benitez, J. (1984). *Teoría Jurídica del Delito. Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.

- Gómez López, J. O. (2003). *Teoría del Delito*. Bogota: Doctrina y Ley Ltda.
- Gómez, E. (1952). *Leyes penales anotadas* (Vol. 2). Buenos Aires: Ediar.
- Guarderas, P., Larrea, M., Cuvi, J., Vega, C., Reyes, C., Bichara, T., . . . Arteaga, E. (2018). Acoso sexual en las universidades ecuatorianas: validez de contenido de un instrumento de medición. *ALTERIDAD*, 217.
- Guastini, R. (2003). *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Mexico: Neoconstitucionalismos.
- Honderich, H., & Popat, S. (21 de Octubre de 2021). *La Nación*.
<https://www.lanacion.com.ar/el-mundo/stealthng-la-peligrosa-forma-de-agresion-sexual-que-fue-prohibida-por-ley-en-california-nid12102021/>
- Honorable Cámara de Diputados. (2021). Plantean prisión y multa a quien, sin consentimiento, deje de usar preservativo durante las relaciones sexuales. *Boletín No.5779*. México: Cámara de Diputados.
- Honorable Cámara de Diputados. (2022). *Piden considerar delito de abuso sexual el retiro del preservativo sin consentimiento, en una relación pactada* (Vol. Boletín No.2362). México: Cámara de Diputados.
- Jakobs, G. (1996). *La imputación objetiva en derecho penal*. Alemania: Ad Hoc.
- Jarque, G. D. (2013). La relevancia penal del consentimiento. *Revista de Derecho Penal*, 415.
- Jescheck, H. H. (1978). *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona: Ed. Bosch.
- Jescheck, H. H. (1993). *Tratado de Derecho Penal: Parte General*. Granada: Comares.
- Jiménez de Asúa, L. (1952). *Tratado de Derecho Penal. El Delito. Segunda Parte: Las causas de justificación. Tomo IV*. Buenos Aires: Losada.
- LaLey. (Julio de 24 de 2019). *Laley.pe*. <https://laley.pe/art/8296/costa-rica-17-anos-de-carcel-para-quienes-se-quiten-el-condon-sin-consentimiento-de-la-pareja>
- Lema Quinga, B. S. (2012). *Constitucionalización Del Derecho*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- León Hurtado, A. (1963). *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos* (2 ed.). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- López Barja de Quiroga, J. (1999). *El consentimiento en el derecho penal*. Madrid: Dykinson.
- Luzón Peña, D. M. (1988). *Estado de necesidad e intervención médica (o funcional, o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión*. La Ley.
- Luzza, Y. Y. (2018). "Stealthng: un ataque a la integridad sexual". *Derecho Penal y Criminología*, 27-31. <https://signon.thomsonreuters.com>

- Luzzón Peña, D. M. (2016). *Lecciones de Derecho penal. Parte General* (3 ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Machado Rodríguez, C. I. (2012). El Consentimiento en Materia Penal. *Derecho Penal y Criminología*, 33(95), 29-49.
- Manzini, V. (1926). *Trattato Di Diritto Penale Italiano* (Vol. VII). Italia: UTET.
- Mezger, E. (1946). Tratado de Derecho Penal. *Revista de Derecho Privado*, 1(2), 413 y ss.
- Mezger, E. (1993). *Tratado de Derecho Penal*. Argentina: Bibliográfica Argentina.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho Penal Parte General* (1 ed., Vol. 2). Barcelona: Repertor.
- Molinier, M. (1998). *Diccionario de Uso del Español*. Madrid: Real Academia Española.
- National Sexual Violence Resource Center. (2012). *¿QUÉ ES LA VIOLENCIA SEXUAL?* National Sexual Violence Resource Center.
- Navas, L. T. (2000). Evolución Legislativa De Los Delitos Sexuales. *Derecho Penal y Discriminación De La Mujer*.
- Novoa Monreal, E. (2005). *Curso de Derecho Penal Chileno: Parte General* (3 ed.). Santiago de Chile: Editorial Juridica de Chile.
- Núñez C, R. (1988). *Tratado de derecho penal parte especial* (Vol. III). Buenos Aires: Lerner.
- Núñez C, R. (1988). *Tratado de Derecho Penal Parte Especial* (Vol. IV). Buenos Aires, Argentina: Lerner.
- Ojeda, C. M. (1999). *Delitos Sexuales*. Babahoyo.
- Organización Mundial de la Salud. (2011). Violencia contra la mujer: violencia de pareja y violencia sexual contra la mujer. *Organización Mundial de la Salud*.
- Palacios Cárdenas, E. A. (2021). Error de Prohibición y Asesoramiento Profesional-Caso Leo Messi. *UDA Law Review*, 6.
- Parrot, S., & Chesser, B. (2022). Stealthing: Legislating for change. *The Australia Institute*.
- Pérez Hernández, Y. (2016). Consentimiento sexual: un análisis con perspectiva de género. *Revista Mexicana de Sociología*, 741-767.
- Pérez Yauli, V. L., Tamayo Viera, J. O., & Molina Arcos, I. A. (2022). Los tipos de delitos contra la libertad sexual en el contexto social en la provincia de Tungurahua. *UISRAEL*, 1-2.
- Pierangeli, J. E. (1998). *El Consentimiento del Ofendido Una Teoría del Delito*, trad. de Luis Fernando Niño y Stella Maris Martínez. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Rabat Celis, F. J., Mauriziano Concha, F., & Vicuña Alessandri, I. (2019). Los Vicios del Consentimiento. *Actualidad Jurídica*(40), 267-294.

Rae. (10 de Marzo de 2023). *dpej.rae.es*.

<https://dpej.rae.es/lema/voluntad#:~:text=Facultad%20de%20decidir%20y%20ordenar%20la%20propia%20conducta>.

Real Academia Española. (26 de Enero de 2023). *dpej.rae.es*.

<https://dpej.rae.es/lema/libertad-sexual>

Ríos Arenaldi, J. (2006). El Consentimiento en Materia Penal. *Política Criminal*, A6, 1-37.

Robinson, M. (Diciembre de 21 de 2018). *Cnn Español*. En un juicio histórico, un oficial de policía en Alemania es condenado por "stealthing":

<https://cnnespanol.cnn.com/2018/12/21/en-un-juicio-historico-un-oficial-de-policia-en-alemania-es-condenado-por-stealthing/>

Rodríguez Grez, P. (2003). *Responsabilidad contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (1 ed.). Alemania: Thomson-Civitas.

Sánchez Ávila, L. K., & Sánchez Ávila, L. K. (2018). El caso del "Stealthing" y su afectación a los derechos sexuales en el ámbito social y legal colombiano. *Derecho Penal Contemporáneo*, 91-120.

https://xperta.legis.co/visor/rpenal/rpenal_f06d41c35db4417dabf2a0c6cba8bfe4/revisita-de-derecho-penal-contemporaneo/el-caso-del-%e2%80%9cstealthing%e2%80%9d-y-su-afectacion-a-los-derechos-sexuales-en-el-ambito-social-y-legal-colombiano

Segura García, M. J. (2000). *El consentimiento del titular del bien jurídico en Derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Soler, S. (1963). *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires: TEA.

Tasmanian Government. (2022). *Ley de Código Penal 1924 de Tasmania*. Tasmania: Proyecto de Ley de Enmienda del Código Penal 2022.

Ure, E. (1952). *Los Delitos de Violación y Estupro*. Buenos Aires: Ideas.

Vial del Río, V. (2006). *Teoría general del acto jurídico*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Yalij, J. M. (1981). El Delito de Estupro. *Lecciones y Ensayos*, 127.

Zaffaroni, E. R., Alagia, A., & Slokar, A. (2002). *Derecho Penal. Parte General* (2 ed.). Ediar.

Zaffaroni, R. (2002). *Derecho penal, Parte General*. Buenos Aires: Ediar.

Zamora Gastélum, M. (2022). *INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE ADICIONA UN QUINTO PÁRRAFO Y EL PÁRRAFO QUINTO VIGENTE PASA A SER EL SEXTO DEL ARTÍCULO 260 Y SE ADICIONA UN SEGUNDO PÁRRAFO AL ARTÍCULO 276-BIS; TODOS DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, EN MATERIA DE "STEALTHING"*. Mexico: Gaceta del Senado.

Zipf, H., & Maurach, R. (1994). *Derecho Penal Parte General* (I ed.). Buenos Aires: Astrea.

Zitelmann, E. (1906). *Ausschluss der Widerrechtlichkeit*. Alemania: Mohr Siebeck GmbH & Co.

Referencias Normativas

Asamblea Constituyente del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Ecuador: Registro Oficial.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución de la Republica del Ecuador*. Registro Oficial.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Registro Oficial.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). *Código Civil*. Registro Oficial.

Asamblea Nacional del Ecuador. (2023). *Código Organico Integral Penal*. Ecuador: Registro Oficial .

Camara de Diputados y Diputadas de Chile. (2021). *PROYECTO DE LEY QUE SANCIONA EL RETIRO NO CONSENTIDO DEL CONDÓN*. Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Gobierno de Australia. (1983). *Ley del Código Penal*.

Goverment of Australia. (2022). Proyecto de Ley de Enmienda de Estatutos del Gobierno de Australia del Sur.

Jefatura del Estado. (1995). *Código Penal Español*. España: Boletín Oficial del Estado.

Sentencias Judiciales

E. A. s/Violación, P. 59.445 (Cám. 3a Crim. y Corr. de La Plata Sala III 1992).

SAP SE 1459/2020 - ECLI:ES:APSE:2020:1459, 375/20 (Audiencia Provincial de Sevilla 17 de Abril de 2021).

SAP SE 1459/2020 - ECLI:ES:APSE:2020:1459, 375/20 (Audiencia Provincial de Sevilla 17 de Abril de 2021).

SJI 1/2019- ES:JI:2019:1, 155/2019 (Juzgado de Instrucción de Salamanca 10 de Junio de 2019).

Sala IX, 30-8-91 (Camará Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal 1991).

R. vs. Hutchinson, 35176 (Tribunal Supremo de Canadá 7 de 3 de 2014). <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/13511/index.do>.