

La tipificación de la retirada del preservativo (*stealthing*) como actuación formal del Estado en el reconocimiento de la mujer y su derecho a la integridad personal.

The classification of the withdrawal of the conservative (stealthing) as a formal action of the State in the recognition of women and their right to personal integrity

Autores: Denise Carolina Pillalaza Lincango, Luz Carlina Gracia Hincapié

DOI: <https://doi.org/10.19053/16923936.v21.n41.2023.16993>

Para citar este artículo:

Pillalaza Lincango, D. Gracia Hincapié, L. (2023). La tipificación de la retirada del preservativo (*stealthing*) como actuación formal del Estado en el reconocimiento de la mujer y su derecho a la integridad personal. *Derecho y Realidad*, 21 (41), 121-150.



LA TIPIFICACIÓN DE LA RETIRADA DEL PRESERVATIVO (*STEALTHING*) COMO ACTUACIÓN FORMAL DEL ESTADO EN EL RECONOCIMIENTO DE LA MUJER Y SU DERECHO A LA INTEGRIDAD PERSONAL.*

The classification of the withdrawal of the conservative (stealthing) as a formal action of the State in the recognition of women and their right to personal integrity

Denise Carolina Pillalaza Lincango

Curso sus estudios de abogacía en la Universidad Central del Ecuador, Magister en Protección Internacional de Derechos Humanos, políticas públicas y sostenibilidad por la Universidad Alfonso X el Sabio de Madrid - España, y; Magister en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla - España.

Luz Carlina Gracia Hincapié

Abogada, Candidata a Doctora en Derecho, Magister en Derecho Administrativo, Estudios de maestría en Cooperación Internacional y Desarrollo Sostenible, Conciliador en Derecho y mecanismos alternativos de solución de conflictos; Diplomada en Pedagogía y Docencia Universitaria; Diplomada en Investigación Socio Jurídica.
carlinagracia@gmail.com

Recepción: Mayo 5 de 2023

Aceptación: Junio 6 de 2023

RESUMEN

El *stealthing* se refiere a la retirada no consentida del preservativo durante el acto sexual sin el conocimiento del otro participante en la actividad sexual. Esta práctica puede dejar a la persona que se somete a ella en riesgo de embarazo no deseado, enfermedades de transmisión sexual y afectar su bienestar psicológico y emocional. Aunque el *stealthing* es considerado una forma de violencia sexual, actualmente no existe una tipificación clara en la mayoría de los sistemas jurídicos a nivel

mundial. Algunos países han comenzado a abordar esta práctica como una forma de agresión sexual y están trabajando en medidas para tipificarla como delito. Esta falta de reconocimiento y penalización puede ser especialmente dañina para las mujeres, ya que es más probable que sean víctimas de *stealthing* y otros tipos de violencia sexual. Por lo tanto, la tipificación del *stealthing* como un delito puede ayudar a proteger los derechos de las mujeres y mejorar la igualdad de género, es por esto que esta

* Artículo científico.

investigación busca analizar los motivos y las actitudes que llevan a algunas personas a practicar el *stealthing*, y las consecuencias que esto puede tener para la víctima y para la sociedad en general, identificar las barreras que impiden la denuncia y la protección de las víctimas de *stealthing*, y proponer estrategias para superarlas analizar la relación entre el *stealthing* y otras formas de violencia sexual y de género, y proponer medidas de prevención y protección.

PALABRAS CLAVES

Stealthing; Violencia sexual; Delito sexual; Integridad personal; Consentimiento sexual Género y sexualidad Prevención de enfermedades de transmisión sexual (ETS) Responsabilidad del Estado en la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

ABSTRACT

Stealthing refers to the non-consensual removal of the condom during the sexual act without the knowledge of the other participant in the sexual activity. This practice can leave the person who undergoes it at risk of unwanted pregnancy, sexually transmitted diseases, and affect their psychological and emotional well-being. Although stealthing is considered a form of sexual violence, there is currently no clear criminalization in most legal systems worldwide. Some countries have begun to address this practice as a form of sexual assault and are working on measures to criminalize it. This lack of recognition and criminalization can be especially damaging for women, as they are more likely to be victims of stealthing and other types of sexual violence. Therefore, the classification of stealthing as a crime can help protect the rights of women and improve gender equality, which is why this research seeks to analyze the reasons and attitudes that lead some people to practice stealthing, and the consequences that this may have for the victim and for society in general, identify the barriers that prevent the reporting and protection of victims of stealthing, and propose strategies to overcome them analyze the relationship between stealthing and other forms of violence and gender,

and propose prevention and protection measures.

KEYWORDS

Stealthing; Sexual violence; Sexual crime; Personal integrity; Sexual consent Gender and sexuality Prevention of sexually transmitted diseases (STDs) State responsibility in the protection of women's sexual and reproductive rights.

INTRODUCCIÓN

La integridad personal es un derecho fundamental protegido dentro del sistema universal de derechos humanos, cuyo objetivo principal es prevenir la tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes. El derecho a la integridad sexual está estrechamente relacionado con el derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre la salud y la vida reproductiva, incluyendo la decisión de tener hijos. Este derecho se reconoce en el numeral 10 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, y representa la autonomía corporal y el autogobierno sobre el propio cuerpo.

En el ámbito penal, el Código Orgánico Integral Penal, promulgado el 10 de febrero de 2014 y vigente desde el 10 de agosto del mismo año, establece en su preámbulo el principio de constitucionalización del derecho penal. Esto implica la necesidad de adecuar y actualizar el derecho penal, junto con todos sus componentes, al nuevo estándar constitucional.

El derecho a la salud sexual y la libertad reproductiva también están reconocidos en la Constitución del Ecuador y tienen una protección legítima a través del derecho penal. El *stealthing* se define como la conducta en la cual un hombre retira el método de protección de barrera durante el acto sexual sin el conocimiento de su pareja. Esta acción viola el autogobierno corporal, ya que modifica las condiciones en las que se consintió el encuentro sexual, poniendo en grave riesgo la salud sexual, la libertad

reproductiva y, por ende, la integridad personal de la mujer.

En este trabajo se abordará la problemática del *stealthing*, examinando precedentes fácticos, jurisprudenciales y doctrinarios que han tratado el tema. También se explorarán los vínculos entre esta práctica y los conceptos de consentimiento y autonomía sexual, con el objetivo de plantear algunas conclusiones preliminares frente a esta compleja problemática.

1. El *stealthing*, breve aproximación fáctica

Stealthing es un sustantivo del idioma inglés que se deriva de la palabra "*stealth*" la cual se define como un movimiento silencioso y cuidadoso con el fin de no ser visto o escuchado la palabra *stealthing*, en su idioma original ha recibido su propia definición, como el acto de un hombre que intencionalmente y en secreto retira el preservativo durante una relación sexual, pese a que esta fue consentida con su pareja con el uso del preservativo¹.

El *stealthing*, una conducta en la cual se retira el método de protección durante el acto sexual sin el conocimiento de la pareja, ha ganado relevancia debido a casos difundidos ampliamente por las redes sociales y medios de comunicación en internet. Estos casos han evidenciado las consecuencias y repercusiones que experimentan las víctimas, así como la falta de tratamiento legislativo y la disparidad en el desarrollo jurisprudencial.

En el Ecuador, actualmente no existe una tipificación específica en el Código Orgánico Integral Penal (COIP) que aborde el *stealthing* como delito, lo que imposibilita su persecución por parte del Estado.

Por lo tanto, para proponer una solución técnica a esta omisión legislativa, es necesario realizar un estudio de los casos más difundidos y examinar cómo han sido tratados por la justicia en los países donde se ha tenido que decidir sobre esta cuestión.

Casos relevantes

Reino Unido. Caso Assange v. Swedich Prosecution Authority

En un caso de amplia relevancia a nivel mundial, el fundador de Wikileaks, Julian Assange, fue involucrado como agresor. Este caso atrajo la atención de la justicia de Estados Unidos, Reino Unido y Suecia debido a su búsqueda por parte de las autoridades de estos países.

La sentencia del 2 de noviembre de 2011, dentro del caso No. CO/1925/2011, se originó a partir de la denuncia de una persona que afirmaba haber mantenido relaciones sexuales con Assange. Según la denuncia, la persona accedió al acto exigiendo el uso de un condón, el cual Assange rompió y eyaculó dentro de su vagina. Se presentaron cargos por violación, abuso sexual y coerción legal.

En el marco de un pedido de extradición, el Tribunal Superior de Reino Unido desarrolló el concepto de "consentimiento condicional". Este concepto establece que las condiciones bajo las cuales se otorgó el consentimiento deben mantenerse durante todo el acto sexual. En este caso, al no cumplirse con la condición inicial, el consentimiento se consideró viciado.

Se determinó que el consentimiento no se limita únicamente a la naturaleza general de la actividad sexual, sino que también está relacionado con las condiciones materiales que dieron origen a dicha actividad y por las cuales se otorgó el consentimiento.

La Fiscalía decidió abandonar los cargos por violación contra Assange debido a que agotaron todos los recursos en la

1. <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/stealthing> "the act of a man intentionally and secretly taking off a condom (= a thin rubber covering that can be worn on the penis) during sex, although it had previously been agreed with his sexual partner that a condom will be worn"

investigación sin lograr presentar pruebas claras para una acusación formal.

Canadá. R v. Hutchinson

En este caso el Tribunal Supremo de Cañada, condeno por “agresión sexual agravada” a un hombre que había realizado agujeros al condón sin el consentimiento de su pareja sexual. Se argumentó que el consentimiento fue viciado pues el engaño puso en riesgo el derecho a la integridad física.

España. Caso No. 00155/2019

El Juzgado de Instrucción No. 2 de Salamanca condenó a Juan Francisco por retirar el preservativo durante una relación sexual, a pesar de haber acordado su uso previamente con la mujer. La sentencia, emitida el 15 de abril de 2019, calificó este acto como abuso sexual según el Código Penal Español. Se considera una forma de “*stealthing*”.

El magistrado determinó que el “*stealthing*” no constituye un delito de agresión sexual, ya que no cumple con los requisitos de violencia o intimidación necesarios. Sin embargo, se estableció que, al retirar sigilosamente el preservativo acordado, se viola la intimidad sexual de la víctima y se pone en riesgo su integridad personal, especialmente en lo que respecta a embarazos no deseados y enfermedades de transmisión sexual.

Estos casos ilustran situaciones en las cuales el acto sexual comienza con el consentimiento mutuo, pero el retiro oculto del preservativo o método de barrera socava los acuerdos previos y pone en peligro la integridad personal de la persona que no está al tanto de dicha acción.

Si bien se reconoce que el “*stealthing*” constituye una violación al consentimiento y vulnera los derechos de la víctima, su realización sin violencia dificulta su aplicación en los delitos que requieren elementos de violencia en su descripción.

En resumen, desde el punto de vista jurídico, se reconoce que el “*stealthing*” constituye una agresión al violar el consentimiento condicional dado para la relación sexual, en particular, el acuerdo de utilizar un preservativo como medida de protección.

Métodos de barrera

El preservativo o condón, cuyo retiro es el elemento fundamental de la conducta del *stealthing*, es un método de barrera. Se puede afirmar, de manera superficial, que los métodos de barrera se utilizan por dos razones concretas: impedir infecciones de transmisión sexual y embarazos no deseados, así lo reconoce la ONUSIDA².

Organismos como la OPS y sus Estados miembros han trabajado para erradicar las infecciones de transmisión sexual (ITS). El plan más reciente, llevado a cabo entre 2016 y 2021, tuvo como objetivo mejorar la prevención y control del VIH y las ITS en la Región de las Américas. Se busca acelerar el progreso en la lucha contra estas enfermedades para convertirlas en un problema de salud pública controlado para el año 2030, reduciendo la mortalidad relacionada.

Como medida para contrarrestar las ITS, se promueve el uso de métodos de barrera, especialmente el condón de látex. Se enfatiza que su uso adecuado y constante es altamente eficaz para prevenir y reducir los riesgos de transmisión. Huyghe & Hamamah (2014) afirman que:

El preservativo es el método anticonceptivo más antiguo conocido actualmente, presenta una eficacia variable al depender del uso correcto y constante del mismo, demuestra una seguridad muy alta, ya que es el único método que faculta prevenir enfermedades de transmisión sexual.

2. https://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2015/july/20150702_condoms_prevention

Estudios han comprobado que los condones de látex brindan una barrera prácticamente impermeable a las partículas de los microbios patógenos que causan las ITS, evitando el contacto entre el pene y las secreciones genitales, la mucosa o la piel de la pareja sexual. Dado que las relaciones sexuales conllevan el riesgo inherente de reproducción y la transmisión de ITS como el VIH, infecciones del tracto urinario, sífilis, chlamydia, herpes genital, gonorrea y el virus del papiloma humano³. Consecuencias o riesgos que afectan el ejercicio de la libertad reproductiva o que ponen en peligro la salud y por tanto el derecho a la integridad personal en sus dimensiones físicas, psicológicas y sexuales.

Por lo tanto, es legítimo que las personas que consienten en tener relaciones sexuales impongan la condición de utilizar un preservativo como método de barrera para prevenir embarazos no deseados y reducir los riesgos.

Este consentimiento condicional para tener relaciones sexuales es un ejercicio del derecho de las personas a la libertad reproductiva, que implica decidir cuándo y cuántos hijos tener, y también del derecho a la salud sexual e integridad. Al romper silenciosamente esta condición sin el conocimiento de la víctima durante el acto sexual, se pone directamente en peligro estos derechos y existe la posibilidad de afectarlos, ya sea a través de un embarazo no deseado o de la transmisión de una infección como resultado de esa relación sexual.

Descripción de la conducta del *stealthing*.

Recapitulando lo analizado anteriormente, el *stealthing* se configura en la práctica sexual consentida en la que desde el principio se estableció como regla el uso del preservativo, pero en el transcurso del mismo dicho método de barrera es retirado sin el consentimiento de una de

las partes. La traducción de este término al español sería «sigiloso», en alusión a la conducta del sujeto activo varón que se retira el condón en completo hermetismo para no ser descubierto. La investigadora estadounidense Alexandra Brodsky señala que existe dificultad en la delimitación de lo consentido y no consentido durante el «evento sexual». Por ello establece dos ideas centrales: por un lado, determinar el consentimiento bajo el cual se originó el acto sexual separado del consentimiento otorgado eventualmente para otros hechos que puedan acontecer durante el encuentro. Estos dos extremos, a criterio de la autora, pueden constituir ciertos rectores en la argumentación respecto de la ausencia de consentimiento en la quita del preservativo.

Respecto a si el *stealthing* se puede definir como una violación o agresión sexual, se ha sostenido que al tratarse de un acto sexual en el cual se vicia el consentimiento de una de las partes “es una violación.” (Vonny Leclerc, traducido, adaptado).⁴ Mientras que en otro escenario se habla de una agresión de tipo sexual, pues habiéndose aceptado inicialmente el encuentro sexual de forma protegida, no se experimentan una relación sexual forzada, sino más bien, se configura una conducta sexual no deseada.

El *stealthing* se refiere a la conducta en la cual, durante una relación sexual consentida y con la condición de utilizar un preservativo, una persona retira o rompe el método de barrera y continúa la penetración o el acto sexual sin el conocimiento ni el consentimiento previo de la otra persona involucrada.

En el contexto de la legislación ecuatoriana, existen diferentes delitos relacionados con la integridad sexual y reproductiva. Para determinar si alguno de ellos se aplica al *stealthing* o si se puede adaptar a sus elementos, se requiere realizar

3. <https://www.mspbs.gov.py/portal/2606/peligros-que-acarrear-las-relaciones-sexuales-ocasionales.html>

4. Leclerc, Vonny, “Vonny Moyes: Let’s not kid ourselves that ‘stealthing’ is a trend. It is rape”, The National, 30 de abril de 2017, disponible en <https://www.thenational.scot/politics/15256580.vonny-moyes-lets-not-kid-ourselves-that-stealthing-is-a-trend-it-is-rape/>.

una breve revisión de estos delitos. Los delitos de inseminación no consentida (Art. 164, COIP, 2014)⁵ exige que esta sea artificial por lo que no involucra una relación sexual entre el agresor y la víctima, además implica solo una amenaza a la libertad reproductiva y no permite proteger amenazas a la salud e integridad por ITS. Cuestiones que impiden adecuación del *stealthing* a este delito.

La privación forzada de capacidad de reproducción (Art. 165, COIP, 2014)⁶, describe a procesos médicos de esterilización, no una relación sexual y afecta de manera directa únicamente a la libertad reproductiva pero en un sentido contrario al que la tipificación del *stealthing* protegería penalmente, pues la esterilización impediría embarazarse aun deseándolo, mientras que lo que se pretende proteger con el uso del preservativo es de un embarazo no deseado.

El acoso sexual (Art. 166, COIP, 2014)⁷ implica la mera solicitud de actos de naturaleza sexual pero en una relación de subordinación entre el agresor y la víctima, no hay relación sexual pues de darse se califica un tipo penal distinto (violación). Por lo que no existe relación sexual y tampoco el consentimiento condicionado circunstancias que son ineludibles para determinar el *stealthing*.

El estupro (Art. 168, COIP, 2014)⁸ si bien describe una relación sexual como elemento del tipo, delimita un rango de edad para la víctima entre catorce y dieciocho años, además de un vicio del consentimiento que se incurre previamente al consentimiento de la relación sexual. Por lo tanto, no protegería a todas las mujeres víctimas del *stealthing*, el vicio del consentimiento se presenta para la relación sexual en sí y no solo para el uso del preservativo, cuyo incumplimiento vicia el consentimiento condicional de la víctima.

En relación a la distribución de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes (Art. 168, COIP, 2014)⁹ la corrupción de niñas, niños y adolescentes (Art. 169, COIP, 2014)¹⁰, utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual (Art. 172, COIP, 2014)¹¹, contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios electrónicos (Art. 173, COIP, 2014)¹² u oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos (Art. 174, COIP, 2014)¹³; están dirigidas a la protección de niñas, niños y adolescentes, con quienes una relación sexual constituye delitos distintos (violación o estupro), lo que excluye directamente la adecuación de la conducta del *stealthing*.

Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador, en la Sentencia 13-18-CN/21¹⁴ expedida en diciembre de 2021 estableció que las autoridades judiciales del país deben tomar en cuenta que los adolescentes sí pueden consentir en tener relaciones sexuales, y por tanto sí pueden ejercer su libertad sexual, determinando parámetros jurídicos para evaluar este consentimiento en el contexto de delitos sexuales.

El abuso sexual (Art. 171, COIP, 2014)¹⁵ excluye expresamente la penetración o acceso carnal, además exige que la conducta se realice en contra de la voluntad de la víctima, por lo que no cabe adecuar la relación sexual con consentimiento condicionado que es necesario para que se produzca el *stealthing*.

En cuanto a la violación, el *stealthing* no encaja en ninguno de los tres escenarios

5. Art. 164.- Inseminación no consentida.

6. Art. 165.- Privación forzada de capacidad de reproducción.

7. Art. 166.- Acoso sexual.

8. Art. 167.- Estupro.

9. Art. 168.- Distribución de material pornográfico a niñas, niños y adolescentes.

10. Art. 169.- Corrupción de niñas, niños y adolescentes.

11. Art. 172.- Utilización de personas para exhibición pública con fines de naturaleza sexual. - (Reformado por el Art. 40 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII-2019).

12. Art. 173.- Contacto con finalidad sexual con menores de dieciocho años por medios Página 54 de 276 electrónicos.

13. Art. 174.- Oferta de servicios sexuales con menores de dieciocho años por medios electrónicos.

14. <https://tinyurl.com/2a8wo3kl>

15. Art. 170.- Abuso sexual. - (Reformado por el Art. 36 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24- XII-2019)

en los que se puede cometer este delito. Ninguno de ellos se ajusta al concepto de consentimiento condicionado. Si la víctima está incapacitada mentalmente, no puede otorgar su consentimiento; si no puede resistirse debido a una enfermedad o discapacidad, implica que no puede expresar físicamente su rechazo; la violencia, la amenaza o la intimidación vician el consentimiento por coacción, no por desconocimiento o error como ocurre en el caso del incumplimiento de la condición para el consentimiento en el *stealth*. Además, si la víctima es menor de catorce años, cualquier relación sexual, consentida o no, se considera automáticamente una violación, excluyendo cualquier otra calificación del delito. (Art. 171, COIP, 2014)¹⁶.

En el catálogo de delitos contra la libertad e integridad sexual no se encuentra ningún delito que se ajuste al *stealth*. Como resultado, no existe protección penal para los derechos a la libertad reproductiva y salud sexual, que son considerados como bienes jurídicos protegidos según el mandato constitucional.

Derechos que se afectan o ponen en riesgo por la conducta.

Como se concluyó en el apartado anterior, el *stealth* afecta de manera directa los derechos a la libertad, salud sexual y reproductiva, y pone en riesgo a los derechos a la salud y la integridad personal en general.

En su parte dogmática, al Constitución de la República del Ecuador, establece:

Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas:

[...]

3. El derecho a la integridad personal, que incluye:

a) La integridad física, psíquica, moral y sexual.

b) Una vida libre de violencia en el ámbito público y privado. El Estado adoptará las medidas necesarias para prevenir,

eliminar y sancionar toda forma de violencia, en especial la ejercida contra las mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y contra toda persona en situación de desventaja o vulnerabilidad; idénticas medidas se tomarán contra la violencia, la esclavitud y la explotación sexual.

[...]

10. El derecho a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva y a decidir cuándo y cuántas hijas e hijos tener.

En la sentencia 1416-16-EP/21 del 06 de octubre de 2021, el órgano de justicia constitucional de Ecuador, máximo intérprete de la Constitución, ratificó el antecedente jurisprudencial establecido en la sentencia No. 340-17-SEP-CC, caso 395-15-EP del 11 de octubre de 2017. En dicha sentencia, se abordó la discriminación en la carrera militar relacionada con la paternidad fuera del matrimonio y la prohibición de diferenciar a los hijos basándose en su filiación. En este sentido, se ha destacado en casos anteriores lo siguiente:

“La prohibición de discriminar entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio no solo afecta a las relaciones familiares entre padres e hijos, sino que también tiene implicaciones en la sociedad en general, incluyendo el ámbito laboral, educativo y comunitario. En consecuencia, el artículo 66 numeral 10 de la Constitución ecuatoriana establece el derecho de toda persona a tomar decisiones libres, responsables e informadas sobre su salud y vida reproductiva, incluyendo la decisión de cuándo y cuántos hijos tener.”

Es decir, por un lado, la norma constitucional establece el derecho de toda persona de escoger libremente cuantos hijos tener, y, por otra parte, proscribiera cualquier distinción entre hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio, ya que determina de forma expresa que los hijos e hijas tendrán los mismos

16. Art. 171.- Violación.

derechos sin considerar antecedentes de filiación o adopción.

Por consiguiente, en el modelo constitucional vigente en el Ecuador, las personas tienen libertad de elección respecto de su vida reproductiva, y las hijas y los hijos gozan de los mismos derechos constitucionales, sin que puedan ser discriminados por razones de nacimiento o por alguna otra condición social que menoscabe el ejercicio de sus derechos constitucionales. Es decir, ni los padres pueden ser discriminados por tener hijos dentro o fuera del matrimonio, ya que gozan de libertad de elección, ni los hijos pueden ser discriminados por su filiación”.

En relación con el derecho de la libertad y la salud reproductiva, en la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, de 28 de abril de 2021, de la Corte Constitucional del Ecuador.

Se agregan también aquellas relacionadas con sus derechos sexuales y reproductivos, así como su autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. Todos derechos directamente relacionados entre sí y que implican la posibilidad de decidir, manifestar y preservar libremente, aquellos elementos físicos y psíquicos inherentes a su persona, los cuales la individualizan y permiten ser quien es acorde a su voluntad.

¿Qué es derecho a la integridad?

Respecto del derecho a la integridad, reconocido en el artículo 66 numeral 3 de la CRE, este comprende los siguientes aspectos o dimensiones: [Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 365-18-JH/21, 24 de marzo de 2021, párr. 70] abarca los siguientes aspectos:

1. Integridad física: preservación del cuerpo y sus funciones. Acciones que perjudican la conservación del cuerpo o afectan los órganos van en contra de esta dimensión.

2. Integridad psíquica: conservación del ejercicio autónomo y saludable de facultades

motrices, intelectuales y emocionales. Hostigamiento, manipulaciones afectivas y recordar situaciones dolorosas pueden afectar la integridad psíquica.

3. Integridad moral: facultad de actuar según las convicciones personales. Forzar a una persona a actuar en contra de sus valores o imponer prácticas religiosas diferentes puede afectar la integridad moral.

4. Integridad sexual: protección de la autonomía corporal, genital y el consentimiento en actos sexuales. Cualquier acción que realice actos sexuales sin consentimiento atenta contra esta dimensión de la integridad.

Consecuencias que se pueden presentar en la violencia sexual.

En los casos de violencia sexual, el agresor utiliza la fuerza, amenazas o manipulación para anular el consentimiento de las víctimas y cosificar su cuerpo. Esto genera sentimientos de impotencia e incapacidad para defenderse, afectando el control y autonomía sobre su propio cuerpo. La violencia sexual puede ocasionar síndromes de depresión, ansiedad, estrés postraumático, conductas auto lesivas y trastornos alimenticios, entre otras afectaciones a la salud mental, que pueden tener un impacto duradero e incluso llevar al suicidio.

En algunos casos, la violación sexual también resulta en un embarazo no deseado, lo que agrava las consecuencias para las niñas, adolescentes y mujeres víctimas de violencia sexual. Esto implica una nueva afectación a su cuerpo, con transformaciones físicas y fisiológicas propias del embarazo sobre las cuales no tienen control. Además, conlleva riesgos médicos, especialmente en casos de niñas y adolescentes, y aumenta los trastornos emocionales y psicológicos asociados a la depresión, humillación, vergüenza e impotencia durante la gestación. Socialmente, el embarazo resultado de violación suele llevar a la estigmatización y falta de apoyo familiar, y puede provocar el

abandono de los estudios y cambios en el proyecto de vida.

En conclusión, la maternidad forzada de las víctimas de violación atenta contra la integridad física, psicológica, social y emocional de las niñas, adolescentes y mujeres. Limita su control y autonomía sobre el cuerpo, conlleva riesgos médicos y agrava los trastornos emocionales. Además, genera estigmatización y abandono de los estudios, alterando sus proyectos de vida.

En consecuencia, la maternidad forzada de víctimas de violación atenta, entre otros, contra (i) la integridad física, pues menoscaba la libre disposición y goce de su cuerpo y puede ocasionar alteraciones orgánicas de carácter permanente y semipermanente. Asimismo, genera una doble victimización y afecta su derecho a la autonomía y control de su cuerpo y su vida; (ii) la integridad psíquica, pues genera severos traumas y problemas de salud mental que pueden perdurar a lo largo de la vida de las niñas, adolescentes y mujeres; (iii) la integridad moral pues provoca un rechazo social y familiar hacia ellas, afecta su autoestima y genera sentimientos de vergüenza y humillación; y, (iv) la integridad sexual limitando su autonomía y control de su sexualidad y reproducción.

Relación entre los derechos.

La Corte Constitucional del Ecuador, en la sentencia 904-12-JP/19 de 13 de diciembre de 2019, reconoce la estrecha relación entre el derecho a la salud reproductiva y los derechos a la salud, vida e integridad. El incumplimiento del deber constitucional de asegurar acciones y servicios de salud sexual y reproductiva, establecido en el artículo 363 (6), tiene graves consecuencias para los derechos de las mujeres embarazadas, quienes son reconocidas como un grupo que requiere atención prioritaria según el artículo 35 de la Constitución. La violación de estos derechos implica una forma de violencia estructural, especialmente contra las mujeres. El Ecuador ha ratificado la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra

la Mujer o "Convención de Belém Do Pará", que define la violencia contra la mujer como cualquier acción basada en su género que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico en los ámbitos público y privado.

Y en su artículo 2 establece las dimensiones de la violencia como física, sexual y psicológica, y los escenarios en donde se manifiesta:

La violencia contra la mujer incluye violencia física, sexual y psicológica que puede tener lugar en diferentes contextos:

- a) Dentro de la familia o unidad doméstica, o en cualquier otra relación interpersonal, que abarca violación, maltrato y abuso sexual.
- b) En la comunidad, perpetrada por cualquier persona, que incluye violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, instituciones educativas o establecimientos de salud.
- c) Perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, sin importar el lugar donde ocurra.

En este sentido, es de especial relevancia la sentencia 34-19-IN/21 y acumulados, de 28 de abril de 2021, de la Corte Constitucional del Ecuador, en que analizó la constitucionalidad de los artículos 149 y 150 del Código Orgánico Integral Penal sobre la penalización del aborto consentido en casos de mujeres víctimas de violación y declaró la inconstitucionalidad de la frase "en una mujer que padezca de una discapacidad mental" contenida en el artículo 150 numeral 2 del COIP, por considerar que es discriminatoria con las demás víctimas de violación.

Esta sentencia analiza la violencia contra las mujeres reconociendo que esta es una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales, que han producido la dominación de la mujer, su discriminación, y han impedido su desarrollo pleno, por lo que constituye un mecanismo social por el que se fuerza a las mujeres a

situaciones de subordinación respecto de los hombres. Alineándose con lo expuesto por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, del 20 de diciembre de 1993.

Asimismo, acoge el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expuesto en el Caso Fernández Ortega y otros Vs. México (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) en la sentencia de 30 de agosto de 2010, cuando expresa que “la violencia contra las mujeres no solo constituye una violación de los derechos humanos, sino que es “una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres” que trasciende todos los sectores de la sociedad, independientemente de su clase, raza o grupo étnico, nivel de ingresos, cultura, educación, edad o religión y afecta negativamente sus propias bases”.

Además, en la sentencia de la Corte Constitucional se reconoce que la violación sexual se configura con acciones de naturaleza sexual que se cometen contra una persona *sin su consentimiento*, criterio que es más amplio que la tipificación local de la violación, que no establece este tipo de agresión con la ausencia de consentimiento, sino que establece tres escenarios concretos en los que, por el estado de la víctima, se configura el delito.

En esta línea de pensamiento, acoge los criterios sobre violación sexual establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos, J. Vs. Perú (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de noviembre de 2013, párr. 359), Penal Miguel Castro Vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia 25 de noviembre de 2006, párr. 311), en los que se afirmó que, además de la ausencia de consentimiento por parte de la víctima:

La violación sexual abarca actos de penetración sin consentimiento, incluyendo penetración vaginal, anal y bucal con partes del cuerpo del agresor u

objetos. Cualquier forma de penetración, por mínima que sea, se considera violación sexual. Esta interpretación se basa en la idea de que cualquier tipo de penetración constituye un acto de violación sexual. Este Tribunal entiende que la violación sexual es una forma de violencia sexual.

En el ámbito internacional existe reconocimiento general sobre los derechos a la salud sexual y reproductiva.

El Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)¹⁷, ha establecido que una buena salud sexual y reproductiva se produce cuando existe un estado general de bienestar físico, mental y social, en los aspectos relacionados con el sistema reproductivo. Además, esto implica que las personas deben tener la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos; y, en cuanto a la procreación, esta debe realizarse en libertad para decidir si hacerlo o no, y cuándo y con qué frecuencia.

Las personas en el ejercicio de su derecho a la salud sexual y reproductiva por lo tanto deben estar informadas y empoderadas para auto protegerse de las infecciones de transmisión sexual.

Y, las mujeres cuando decidan tener hijos tienen el derecho de recibir atención de profesionales sanitarios expertos y de disponer de acceso a servicios que las ayuden a tener un embarazo adecuado, un parto sin riesgo y un bebé sano.

Todas las personas tienen derecho a elegir sus opciones preferidas en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. Por lo que es responsabilidad de los Estados el acceso universal a la salud, derechos sexuales y reproductivos, incluida la planificación familiar y métodos anticonceptivos.

Cuando las necesidades en materia de salud sexual y reproductiva son insatisfechas, se priva a las personas del derecho a elegir

17. <https://www.unfpa.org/es/salud-sexual-y-reproductiva#readmore-expand>

cuestiones cruciales sobre su propio cuerpo (se les priva de su autonomía corporal) y se compromete su futuro, lo que produce “un efecto dominó en el bienestar de sus familias y de las futuras generaciones”. De igual manera, como son las mujeres quienes gestan, dan a luz a los hijos y normalmente también son responsables de alimentarlos, las cuestiones sobre salud y derechos sexuales y reproductivos guardan relación directa con las cuestiones relativas a la igualdad de género. Y, “por efecto acumulativo, la negación de estos derechos agrava la pobreza y la desigualdad basada en el género”¹⁸.

Situación que se agrava en países en desarrollo, donde los problemas en el acceso a información y medios que permitan un ejercicio adecuado de la salud sexual y reproductiva, constituyen “una de las principales causas de mala salud y muerte entre las mujeres y las niñas en edad fértil. Las mujeres empobrecidas sufren de forma desproporcionada embarazos no intencionales, abortos en condiciones de riesgo, mortalidad y discapacidad maternas, infecciones de transmisión sexual (ITS), violencia de género y otros problemas relacionados con el embarazo y el parto”¹⁹.

Las personas jóvenes son también especialmente vulnerables a las afectaciones a la salud sexual y reproductiva, pues enfrentan obstáculos que impiden su acceso a los servicios e información sobre esta materia.

Las infecciones de transmisión sexual provocan una gran cantidad de pérdidas de vida humanas en todo el mundo. Cada día, más de un millón de personas contraen una infección de transmisión sexual (ITS)²⁰. Si no se diagnostican y tratan debidamente, algunas ITS como el VIH o la sífilis, pueden ser mortales.

Además, las infecciones de transmisión sexual pueden causar complicaciones durante el embarazo, tales como mortalidad fetal, infecciones congénitas, sepsis y muerte neonatal. Del mismo modo, las infecciones de transmisión sexual, como el virus del papiloma humano (VPH) pueden provocar la enfermedad inflamatoria de la pelvis, infertilidad y cáncer cervical, uno de los principales causantes de muertes entre las mujeres.²¹

La salud sexual y reproductiva es fundamental para todas las personas a lo largo de su vida. Su afectación puede tener consecuencias en la salud general y la dignidad de las personas. El Estado puede garantizar estos derechos mediante políticas públicas que incluyan educación sexual integral, planificación familiar, atención médica y psicológica antes, durante y después del embarazo, prevención de infecciones de transmisión sexual y acceso a anticonceptivos seguros. Es importante proporcionar servicios de salud y educación sexual y reproductiva de calidad, accesibles y gratuitos para todos, con personal sanitario capacitado y suministros médicos adecuados para la provisión de estos servicios²².

La amnistía Internacional también aboga por la protección de los derechos salud sexual y reproductiva, para esta organización el ejercicio de estos derechos significa “poder decidir sobre nuestra salud, nuestro cuerpo y nuestra vida sexual es un derecho humano”²³. Por tanto, estos implican que todas las personas tienen derecho a ejercer el libre control sobre su sexualidad y reproducción sin sufrir discriminación, coacción ni violencia, lo que incluye acceder a información y servicios de salud sexual y reproductiva, vivir libre de violencia y de prácticas que buscan dominar el cuerpo o sexualidad como la violencia sexual, la mutilación genital o matrimonios forzados.

18. <https://www.unfpa.org/es/salud-sexual-y-reproductiva#readmore-expand>

19. <https://www.unfpa.org/es/salud-sexual-y-reproductiva#readmore-expand>

20. [https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/sexually-transmitted-infections-\(stis\)](https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/sexually-transmitted-infections-(stis))

21. <https://www.unfpa.org/es/salud-sexual-y-reproductiva#readmore-expand>

22. <https://www.unfpa.org/es/salud-sexual-y-reproductiva#readmore-expand>

23. <https://www.amnesty.org/es/get-involved/my-body-my-rights/>

La falta de control sobre el propio cuerpo y la sexualidad, es una expresión de la vulneración de estos derechos y tiene un grave especialmente en la vida de las mujeres y las niñas, “pero también se ceba con las personas de la comunidad lgbtiq+”.

De ahí también sobresale la necesidad de reconocer derechos específicos sobre la salud sexual y reproductiva, por cuanto su ejercicio forma parte de un espacio complejo en el que se evidencian relaciones de poder y se manifiestan injusticias que afectan no solo la libertad sino también la integridad y calidad de vida de las personas²⁴.

La amnistía Internacional sostiene que cualquier forma de sexo sin consentimiento debe considerarse violación, lo que implicaría que el *stealth* también sea calificado como este delito. Sin embargo, muchos países europeos, incluido Ecuador, no reconocen este criterio en sus legislaciones, lo que dificulta la persecución y sanción del *stealth*. Algunos países europeos, como Irlanda, Reino Unido, Bélgica, Chipre, Alemania, Islandia, Luxemburgo y Suecia, sí reconocen el sexo sin consentimiento como violación. Desde 2019, Portugal y Grecia han modificado sus leyes para adoptar esta posición.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos aborda la salud y los derechos sexuales y reproductivos desde la perspectiva de los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género.²⁵ Bajo la misma, se ratifica la íntima correlación entre la salud sexual y reproductiva de las mujeres y otros derechos humanos, como el derecho a la vida, a no ser torturada, a la salud, a la intimidad, a la educación y a la prohibición de la discriminación.

24. Derechos sexuales y derechos reproductivos en la normativa constitucional e Internacional Susy Garbay Mancheno, <https://cssr-ecuador.org/downloads/2016/11/17.-Derechos-sexuales-y-reproductivos-en-la-normativa-constitucional-e-internacionalsusygarbay-1.pdf>

25. <https://www.ohchr.org/es/node/3447/sexual-and-reproductive-health-and-rights>

Para el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han ratificado que el derecho de la mujer a la salud incluye su salud sexual y reproductiva.

En el informe de la asamblea general de la ONU se recoge que el relator Especial sobre el derecho a la salud sostiene que las mujeres tienen derecho a los servicios de atención a la salud reproductiva, y a los bienes e instalaciones adecuados para ellos, que son: disponibles en número suficiente; accesible física y económicamente; accesible sin discriminación; y, de buena calidad.

Y adoptan muchas formas, como la negación del acceso a los servicios que sólo necesitan las mujeres; servicios de baja calidad; someter a la autorización de terceros que las mujeres tengan acceso a estos servicios; esterilización forzada, exámenes de virginidad forzados y aborto forzado, sin el consentimiento previo de las mujeres; mutilación genital femenina; y, matrimonio precoz.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, sobre los derechos sexuales y reproductivos, reconoce varios derechos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva y establece obligaciones a los estados parte:

Artículo 10

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

[...]

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.

Artículo 11

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

[...]

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.

Artículo 12

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

[...]

Artículo 16

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

[...]

e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos

existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial;

En la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing ²⁶, se afirmó que " Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el *consentimiento recíprocos* y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual" (párrafo 96)²⁷

La sexualidad afecta el bienestar y la calidad de vida de las personas, condicionada por diversos factores. La Salud Sexual y Reproductiva es reconocida internacionalmente como un derecho humano, definida por la OMS como el bienestar físico, mental y social en relación con la reproducción y la sexualidad. Incluye acceso a información, educación, servicios clínicos y sociales, como atención prenatal, parto seguro, prevención del aborto inseguro y tratamiento de enfermedades. Se basa en un enfoque integral, con énfasis en los derechos y la equidad de género, siendo clave para comprender fenómenos sociales como la violencia y la equidad.

Por lo tanto, el género es una perspectiva fundamental para abordar la salud sexual y reproductiva. La equidad de género en salud "refiere a la eliminación de todas las desigualdades que son evitables e injustas (OPS), siendo de particular interés para la incidencia en materia de cambio a los sistemas de salud, todas aquellas estructuras generadoras de desigualdad y exclusión en materia de salud en general y en particular

26. <https://www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/01/beijing-declaration>

27. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>

en SSyR: social y de género, ciclo vital y cultura” (González, 2007)²⁸.

Las inequidades de género confluyen con otras inequidades, potenciando o agravando los procesos de salud y enfermedad²⁹. Por lo que resulta fundamental para los derechos a la salud sexual y reproductiva tomar en cuenta la diversidad sexual. La orientación sexual y la identidad de género son categorías determinantes en la salud, no solo por las prácticas sexuales y sociales específicas, sino por exponer a las personas lesbianas, gays, bisexuales, intersexuales y trans al estigma, la discriminación y la exclusión social.³⁰

La OPS ha recomendado la necesidad de capacitar a los efectores de salud para “mejorar el acceso y eliminar la discriminación contra los hombres homosexuales y otros hombres que tienen relaciones sexuales con hombres, si quieren atender eficazmente las necesidades de salud de esta población”³¹. La perspectiva de género y de orientación sexual en la concepción de los derechos sexuales y reproductivos, llevan a entender por qué los varones cisgénero no aparecen como sujetos principales de estos derechos³².

El Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo establece los derechos reproductivos como derechos humanos reconocidos en leyes

nacionales e internacionales. Estos derechos incluyen la capacidad de decidir el número y el espaciamiento de los hijos, así como acceder a información y medios para ello, y buscar el máximo nivel de salud sexual y reproductiva. También abarcan el derecho a tomar decisiones reproductivas sin discriminación ni violencia.

En el ámbito internacional, las recomendaciones 19, 21 y 24 relacionadas con la violencia contra la mujer y la salud respaldan los derechos sexuales y reproductivos. Un caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como el de Mamerita Mestanza contra Perú, ha generado discusiones sobre el principio del consentimiento informado en el ejercicio de los derechos reproductivos como parte de los derechos humanos.

El consentimiento informado es una contribución importante del derecho a la medicina y es fundamental en cualquier actividad médico-quirúrgica. Su incumplimiento puede acarrear responsabilidad. Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, el derecho al consentimiento informado permite que el paciente tome decisiones autónomas y sin interferencias ni presiones, realice una elección racional sobre un tratamiento, un examen o un procedimiento en su cuerpo³³.

En definitiva los derechos sobre la salud sexual y reproductiva incluyen, pero no se agotan, en los siguientes³⁴:

- Ejercer la sexualidad de manera independiente de la reproducción.
- Estar libre de discriminación, presión o violencia en nuestras vidas sexuales y en las decisiones sexuales.
- Contar con acceso a educación sexual (y afectiva) desde temprana edad dirigida al desarrollo de la persona y el

28. González, A.C. El UNFPA y los procesos de cambio en los sistemas de salud: Orientaciones estratégicas para América Latina y el Caribe. UNFPA. Uruguay. 2007. En: <http://lac.unfpa.org/sites/lac.unfpa.org/files/pub-pdf/El%20UNFPA%20y%20los%20procesos%20de%20Cambio%20de%20los%20Sistemas%20de%20Salud%20-.pdf>

29. https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/54099/9789974856158_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y

30. Ibid.,

31. Ministerio de Salud Pública. Dirección General de la Salud. Programa Nacional de Salud de la Mujer y Género. Guías en Salud Sexual y Reproductiva. Capítulo: Diversidad Sexual. MSP. UNFPA. Uruguay. 2009. En: <http://www.mysu.org.uy/wpcontent/uploads/2015/07/2009-Diversidad-Sexual.pdf>

32. Derechos sexuales y derechos reproductivos en la normativa constitucional e Internacional Susy Garbay Mancheno, <https://cssr-ecuador.org/downloads/2016/11/17.-Derechos-sexuales-y-reproductivos-en-la-normativa-constitucional-e-internacionalsusygarbay-1.pdf>

33. PETROVICH Aleksnder. Una historia jurisprudencial angloamericana: derecho al consentimiento informado Revista No.4 Colegio de Abogados de Lima, 1997

34. <https://hchr.org.mx/historias-destacadas/derechos-sexuales-y-reproductivos-2/>

ejercicio responsable de la sexualidad en forma plena, libre e informada.

- Tener acceso a servicios médicos de calidad, adecuada y digna para la salud de las mujeres.
- Decidir libremente respecto de la reproducción, es decir, de manera informada, libre de presión, discriminación y violencia si se desea o no tener descendencia; cuánta y el intervalo de tiempo entre los nacimientos; anticoncepción de emergencia; educación sexual y reproductiva; interrupción del embarazo.

Cualquier intento de obstaculizar el ejercicio libre y responsable de la sexualidad o violar estos derechos constituye una forma de violencia.

La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer define la violencia contra las mujeres como cualquier acto de violencia basado en el género femenino que cause o pueda causar daño físico, sexual o psicológico, así como las amenazas, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto en la vida pública como en la vida privada.³⁵

El *stealthing* constituye una conducta pluriofensiva al romper el consentimiento condicional durante una relación. La imposición del uso del preservativo tiene la finalidad de protegerse de infecciones de transmisión sexual y tomar decisiones libres sobre la salud y vida reproductiva, respaldado por la Constitución y los instrumentos internacionales.

Al incumplir esta condición y retirar o romper el preservativo durante la relación sexual, el agresor atenta contra la libertad sexual y vida reproductiva de la víctima. Incluso si no resulta en un embarazo o una ITS, esta conducta agrava la violación a su derecho a la integridad sexual.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la

Mujer (CEDAW) es un tratado internacional que reconoce los derechos humanos de las mujeres. Los Estados que la ratifican se comprometen a eliminar la discriminación en todos los ámbitos. Por lo tanto, el *stealthing* constituye una forma de violencia contra la mujer, y el Estado ecuatoriano debe tomar medidas para prevenirlo y erradicarlo, en línea con los instrumentos internacionales y su propia Constitución.³⁶

Por lo tanto, es claro que el *stealthing* es una forma de violencia contra la mujer, y el Estado ecuatoriano debe tomar las medidas necesarias para prevenirlo y erradicarlo, al haber suscrito los instrumentos internacionales revisados, así como por su imperativo constitucional. Una forma en la que el Estado puede inhibir este tipo de conductas y sancionar a las personas que las cometan es su protección a través del derecho penal y tipificarlas como delitos.

2. El *stealthing* como una conducta penalmente relevante y su antijuridicidad frente a los derechos a que afecta

El *stealthing* constituye una violación de los derechos a la libertad reproductiva y salud sexual reconocidos en la Constitución de Ecuador. Amenaza la capacidad de decidir sobre la reproducción y la prevención de enfermedades de transmisión sexual durante relaciones consentidas. Estos derechos deben ser protegidos penalmente como bienes jurídicos esenciales, en línea con las obligaciones internacionales del Estado. Los tipos penales se basan en la protección de bienes sociales fundamentales, imponiendo sanciones a las acciones que los amenacen o vulneren.

Enrique Bacigalupo, sobre el mismo punto, ha establecido que:

“el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de

35. <https://hchr.org.mx/historias-destacadas/derechos-sexuales-y-reproductivos-2/>

36. <https://hchr.org.mx/historias-destacadas/derechos-sexuales-y-reproductivos-2/>

una sociedad determinada [...] que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los atacan con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos³⁷.

El derecho penal protege los bienes jurídicos reconocidos en la legislación, especialmente en la Constitución. A través de la tipificación de conductas delictivas, se busca evitar y sancionar las acciones que amenacen o afecten estos bienes. La imposición de penas tiene como objetivo desalentar su vulneración. Así, el derecho penal garantiza la protección de estos bienes a través de las leyes correspondientes y la imposición de sanciones.

Maximiliano Rusconi sostiene que “es el concepto de la protección de bienes jurídicos el que debe transformarse en la idea rectora de la formación del tipo y en la legitimación de la intervención punitiva³⁸”.

En el mismo sentido Kierszenbaum señala que el bien jurídico protegido debe ser entendido “como una garantía del individuo frente al poder estatal y nada más que eso; pues allí donde haya una pena deberá haber un bien jurídico lesionado, lo cual no significa que allí donde haya un bien jurídico lesionado deba haber una pena³⁹”.

El concepto de bien jurídico protegido cumple una doble función. Por un lado, fundamenta el tipo penal, justificando la intervención punitiva del Estado. Por otro lado, establece un límite a esa intervención, ya que solo se puede intervenir penalmente en conductas estrictamente previstas en la ley como atentatorias a un bien jurídico protegido, considerándose estas como penalmente relevantes.

Así lo recoge el artículo del Código Orgánico Integral Penal, cuando prevé:

Art. 22.- Conductas penalmente relevantes. - Son penalmente relevantes las acciones u omisiones que pongan en peligro o produzcan resultados lesivos, siempre que sean descriptibles y demostrables.

Art. 29.- Antijuridicidad. - Establece que la conducta penalmente relevante debe amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico protegido por el código.

La activación del poder punitivo del Estado requiere que la conducta represente un peligro o cause un daño comprobable a un bien jurídico protegido y carezca de una causa justa establecida en la ley. El Código Orgánico Integral Penal del Ecuador contiene un catálogo de delitos organizados según los bienes jurídicos protegidos.

El primer capítulo aborda las graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, como la trata de personas.

El segundo capítulo abarca los delitos contra los derechos de libertad, que afectan derechos fundamentales como la vida, la libertad sexual y reproductiva, la intimidad y la propiedad.

En el capítulo tercero se encuentran los delitos relacionados con los derechos del buen vivir, como la salud, el trabajo, la seguridad social, la cultura y los derechos de los consumidores y usuarios.

El capítulo cuarto aborda los delitos contra el ambiente y la naturaleza, protegiendo la biodiversidad, los recursos naturales y la gestión ambiental.

En el capítulo quinto se tipifican los delitos contra la responsabilidad ciudadana, que afectan a bienes jurídicos reconocidos en la Constitución, como la tutela judicial efectiva, la eficiencia de la administración pública, el régimen de desarrollo, la administración aduanera, el régimen monetario, la fe pública y los derechos de participación.

37. BACIGALUPO Enrique, Derecho penal. Parte general, 2 ed. Hammurabi, Benos Aires, 1999, pp. 43 y 44.

38. Rusconi Maximiliano, Derecho penal. Parte General, Ad.hoc Buenos Aires 2007, p.78

39. Kierszenbaum Mariano, El bien jurídico en el derecho penal. Algunas nociones básicas desde la óptica de la discusión actual. Revista Lecciones y Ensayos No. 86, 2009, UBA Buenos Aires,, pp 187 - 211

El capítulo sexto protege la estructura del estado constitucional.

El capítulo séptimo aborda los delitos que amenazan la seguridad pública, como el terrorismo, su financiación, la delincuencia organizada y la asociación ilícita. Los capítulos octavo y noveno tratan sobre infracciones de tránsito y contravenciones.

A través de este recorrido por el catálogo de delitos, se puede ver que el Código Orgánico Integral Penal sigue la dimensión dogmática de la Constitución, reconociendo derechos e intereses sociales que merecen protección penal. En el código se protegen tanto derechos subjetivos individuales como bienes colectivos relacionados con el ambiente, la justicia y la administración pública.

El *stealthing* amenaza los derechos a la libertad reproductiva y la salud sexual, así como la integridad personal en caso de producirse una ITS o un embarazo no deseado. Estos derechos están reconocidos por la Constitución de la República del Ecuador; lo cual justifica su consideración como un delito. Para tipificar adecuadamente esta conducta, es necesario analizar sus características desde la perspectiva penal.

Modalidad de la conducta: acción u omisión.

Según el Código Orgánico Integral Penal, una infracción penal cumple los requisitos de ser típica, antijurídica y culpable, lo que justifica la imposición de una pena. Las conductas con relevancia penal pueden ser acciones u omisiones, según los artículos 22 y 23 del código. La distinción entre acción y omisión se basa en la doctrina, ya que la norma no las define de manera específica.

Enrique Gimbernat Ordeig, a efectos de establecer la distinción entre acción y omisión como modalidades de la conducta, refiere:

“(…) El derecho penal tiene por objeto, siempre y únicamente (...) acciones

y omisiones. (...) La acción, el hacer, el comportamiento activo, es un concepto ontológico, no valorativo -pertenece, pues, a la esfera del ser, y no a la del deber ser-, porque abarca tanto comportamientos buenos (dar una limosna), como malos (mentir), como indiferentes (sentarse en un sillón), es decir, porque es un concepto que se puede establecer sin tener que hacer referencia alguna al mundo de los valores. Con el concepto de acción o de hacer se corresponde, como segunda y última manifestación del comportamiento humano, el concepto de no hacer, de comportamiento pasivo: éste es también un concepto ontológico, no valorativo, en cuanto que abarca tanto no hacerles buenos (no ridiculizar al tartamudo), como no hacerlos malos (no dar las gracias a quien nos ha hecho un favor), como no hacerles indiferentes (no sentarse en un sillón). La omisión es una especie del género no hacer, especie que viene caracterizada porque, de entre todos los posibles comportamientos pasivos, se seleccionan (normativamente) sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo: la omisión es un no hacer que se debería hacer o, con otras palabras, la diferencia específica de la omisión frente al género no hacer, al que pertenece, es la que consiste en un no hacer desvalorado. (...)”⁴⁰

La acción y la omisión son términos descriptivos que no implican juicios de valor. La acción implica llevar a cabo una conducta activa que altera la realidad, mientras que la omisión implica no actuar cuando se debe o no realizar una conducta que debería hacerse. La relevancia penal de la acción radica en poner en peligro un bien jurídico protegido, mientras que la omisión puede ser reprochable si se permite que ocurra una lesión al bien jurídico. Los delitos de acción se formulan de manera positiva, especificando la conducta criminal, mientras que los delitos de omisión se formulan de manera negativa,

40. Enrique Gimbernat Ordeig, Estudios sobre el delito de omisión. (Buenos Aires: Editorial B de f., 2013), p. 1-2.

indicando la falta de una acción específica. En algunos casos, el resultado lesivo puede atribuirse a la omisión, incluso si la descripción del tipo penal es positiva. Esto se conoce como omisión propia o impropia, según el caso. En este sentido, Edgardo Dona realiza la diferencia entre ambos tipos de omisión en los siguientes términos:

“(…) existen dos clases de delitos de omisión. Por un lado, existen tipos de omisión propia, que son aquellos en los que la omisión se encuentra expresamente prevista en la ley como forma de realización del delito. Como regla general se trata de tipos penales cuya configuración se produce con la simple omisión, es decir, con el solo incumplimiento del deber de actuar, sin exigir ningún resultado. También existen delitos de omisión impropia, donde la omisión no está expresamente legislada (…) pero puede inferirse a partir de la interpretación de ciertos tipos penales de comisión, respecto de los cuales se deduce que, si bien por regla general deben ser realizados mediante acciones, en ciertos casos excepcionales, también se admite su comisión mediante una omisión (un dejar de hacer lo exigido). (…) En consecuencia, para que pueda configurarse un tipo por omisión impropia, es necesario que exista un deber de garante especial en el autor y, además, que pueda afirmarse la equivalencia material entre la omisión u la acción descripta en el tipo. (…)”⁴¹ [Sic]

La omisión propia es aquella que está expresamente legislada en cada tipo penal como forma de cometer un delito, implicando el mero incumplimiento del deber de actuar. Por otro lado, la omisión impropia es aquella que no está expresamente legislada, pero puede interpretarse que ciertos tipos de delitos pueden cometerse mediante omisión si el autor tiene una posición de garante respecto a ciertos bienes jurídicos.

En la legislación ecuatoriana, se contemplan conductas tanto de acción

como de omisión, y dentro de esta última modalidad, se incluyen tanto la omisión propia como la omisión impropia.

El Código Orgánico Integral Penal tipifica y sanciona conductas omisivas que constituyen delitos, tanto de omisión propia, cuando una persona no realiza una acción que estaba obligada a hacer, como de omisión impropia, cuando una persona, de manera deliberada, no evita un resultado típico a pesar de estar legal o contractualmente obligada a hacerlo, siendo garante de los bienes jurídicos de terceras personas.

Por lo tanto, es evidente que existen conductas tipificadas que pueden ser realizadas tanto por omisión propia como por omisión impropia, y esto dependerá del análisis del delito específico en cuestión.

En el caso del *stealthing*, retirar o romper el preservativo implica una conducta que altera la realidad, ya que cambia la situación de tener un método de barrera íntegro a uno que ha sido modificado por la acción del agresor. Sin embargo, no se trata de una conducta omisiva. Si el preservativo se rompe o sale durante la actividad sexual sin intervención de los participantes, no puede calificarse como una conducta relevante, ya que es un evento que escapa al control de los involucrados.

¿Delito de mera actividad o de resultado?

Ahora, en el derecho penal ecuatoriano, es importante distinguir si una conducta requiere un resultado específico para ser considerada penalmente relevante o si basta con la mera actividad. Esta distinción se realiza en función de la clasificación de los delitos en base a la exigencia típica o no del resultado para su configuración.

El mismo Edgardo Donna, sobre los delitos de resultado, refiere:

(…) Los delitos de resultado son aquellos que no se configuran con la sola realización de la conducta descripta en

41.

el tipo, sino que exigen la producción de un resultado independiente de la acción. Es decir, en esta clase de delitos, el autor da origen a un curso causal que genera algún resultado concreto de lesión o de peligro sobre el bien jurídico. En todos estos supuestos, para que el tipo penal se configure plenamente, es necesario que la acción del autor haya generado el resultado de lesión exigido por la ley. Cuando dicho resultado no se logra, el tipo penal no se habrá perfeccionado. (...) Sin lugar a dudas, en los delitos de resultado es imprescindible analizar la relación de causalidad entre la acción y el resultado. Es decir, dentro del tipo objetivo, deberá examinarse, como un problema específico, la cuestión de si el resultado producido puede o no ser imputado a la acción del autor. (...) ⁴² [Sic]

Los delitos de resultado ocurren cuando la acción de una persona provoca un resultado dañino y hay una conexión causal entre la acción y el resultado. Esta relación de causalidad debe establecerse en el elemento objetivo del delito al evaluar la imputación objetiva, es decir, determinar si el resultado puede atribuirse a la acción.

Durante el transcurso de la acción y la producción del resultado, puede haber factores que intervengan o interrumpan la cadena causal. Solo se considerará que el delito de resultado se ha consumado si el resultado se produce sin ninguna interrupción en la conexión causal.

En resumen, los delitos de resultado son aquellos en los que la ley exige la existencia de un resultado separado de la acción que lo causa, pero existe una relación de causalidad entre ambos.

Por otro lado, los delitos de mera actividad, Edgardo Donna, expone:

(...) Los delitos de acción o de mera actividad, en cambio, son aquellos tipos penales que se configuran con la sola realización de una conducta -descripta

en el tipo- sin exigir ningún resultado material ni de peligro respecto del bien jurídico protegido. En estos casos, la ley no exige que algún objeto resulte dañado o puesto en riesgo por la acción del autor, sino que el tipo se realiza con la sola conducta contraria a la norma. En esta clase de delitos no será preciso analizar el problema de la relación de causalidad o de la imputación del resultado, dado que el tipo se agota y se consuma con la sola acción. (...)"

Los delitos de mera actividad son aquellos en los que la consumación del tipo penal se produce simplemente con la realización de la conducta en sí misma. No hay un intervalo de tiempo o espacio entre la acción y el resultado que pueda interrumpir la cadena causal. El acto en sí mismo constituye el elemento objetivo del delito, sin necesidad de establecer una relación causal entre la acción y el resultado. Solo se necesita comprobar que la conducta se ha llevado a cabo para que se produzca de inmediato la afectación al bien jurídico protegido. En consecuencia, en estos delitos no es necesario que exista un resultado independiente de la acción para configurar el delito.

Respecto a la diferencia entre los delitos de resultado y los de mera actividad, María Acale Sánchez, refiere:

"(...) Los delitos de mera actividad se contraponen en sedes doctrinal y jurisprudencial a los delitos de resultado; cada uno de ellos carece de sentido sin el otro, lo que determina, que el estudio de ambos no pueda realizarse si no es partiendo de la cuestión que los separa: básicamente, que los delitos de mera actividad carecen del resultado que define a los delitos de resultado. (...) sólo quedaba por reconocer que el resultado del que carecen los delitos de mera actividad y que define como propios a los delitos de resultado no es otro que el efecto causado en el mundo exterior por la acción u omisión, ambos unidos por la relación de causalidad (...) fue necesario reconocer que estos tipos penales no suponen tanto un problema de acción

42. Edgardo Donna, ob. cit. *Ibid.* P. 391.

como de tipicidad, y para ello había que entender que el resultado no puede ser parte de la acción, sino un elemento más del tipo de algunos delitos. Esta acepción del resultado es pues la que sostiene la diferenciación entre los delitos de mera actividad y los de resultado; en este sentido, hoy se entiende que los delitos de mera actividad son aquellos en los que, dentro del tipo delictivo en concreto, el legislador ha incluido un comportamiento, pero no ha prestado atención, esto es, no ha incorporado como elemento típico, el efecto natural provocado y separable del mismo. (...)”⁴³ [Sic]

Los delitos de mera actividad se diferencian de los delitos de resultado, ya que carecen del resultado como parte de la conducta y no requieren una relación de causalidad entre la conducta y el resultado.

En la legislación ecuatoriana, se reconocen dos modalidades de conducta: acción y omisión, con tipos penales de omisión propia y omisión impropia. El *stealth* se considera un delito de acción, ya que altera el estado o curso de las cosas. Es una conducta de mera actividad, donde la sola penetración con un condón roto o retirado sin conocimiento de la víctima constituye el delito, amenazando el bien jurídico protegido y violando el consentimiento condicionado.

No se requiere un curso causal ni un resultado específico, como un embarazo no deseado o una infección, para que la conducta sea punible, ya que implica una afectación al derecho a la integridad en general y al derecho y libertad sexual y reproductiva.

Esto excluye al *stealth* como delito de resultado, ya que la conducta amenaza el bien jurídico tutelado al incumplir la condición para el consentimiento de la relación sexual. Aunque exista el riesgo de un embarazo no deseado o una infección,

estos no son requisitos para la relevancia penal de la conducta, pero podrían constituir agravantes propios del *stealth*.

Además, es un delito de mera actividad, donde la comisión de la conducta configura la infracción, sin necesidad de un curso causal, y no se admite la tentativa, ya que se requiere que la relación sexual continúe después de retirar o romper el preservativo sin el conocimiento de la víctima. Si la relación sexual se interrumpe antes de la penetración sin protección, no hay lesividad ni amenaza al bien jurídico protegido, por lo que no se considera penalmente relevante, ni se aplica tentativa ni desistimiento.

Causas de exclusión

El Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, establece tres tipos de causas de exclusión: causas de exclusión de la conducta, de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

Causas de exclusión de la conducta.

se mencionan tres situaciones que excluyen la relevancia penal de los resultados dañosos: fuerza física irresistible, movimientos reflejos y estados de plena inconciencia, siempre que estén debidamente comprobados.

En el caso del delito de *stealth*, no se puede alegar una causa de exclusión de la conducta, ya que no existe una relación entre las causales mencionadas y la conducta que pone en peligro los bienes jurídicos protegidos.

La fuerza física irresistible implica la ausencia de conducta debido a un factor externo que impide reacciones por parte del sujeto. El sujeto se convierte en paciente, sin autocontrol. La fuerza debe ser externa, física e irresistible. Si la fuerza proviene de un tercero que la crea y aplica desaparece la responsabilidad de quien la padece, pero no de quien crea o aplica la fuerza.⁴⁴

43. María Acale Sánchez, *Los delitos de mera actividad*. (Cadiz: Revista de Derecho Penal y Criminología, 2002). Ps. 11 y 16.

44. [https://www.unav.edu/documents/19644033/26791235/N14.pdf/8175bfc4-6b8b-934b-4a6b-870eb60c7c62#:~:text=i\)%20En%20los%20casos%20de,agente%2C%20por%20](https://www.unav.edu/documents/19644033/26791235/N14.pdf/8175bfc4-6b8b-934b-4a6b-870eb60c7c62#:~:text=i)%20En%20los%20casos%20de,agente%2C%20por%20)

La verificación de fuerza anula el sigilo del *stealthing*, pero es importante recordar que se trata de una relación sexual consentida bajo condición. Durante esta relación, la víctima debe estar consciente de su actividad sexual, mientras que el agresor realiza la conducta sin su conocimiento. Si hay una fuerza externa, física e irresistible que afecte al agresor, la víctima se daría cuenta y podría desistir antes de que se cometa la infracción. En caso de que consienta que su pareja sea obligada físicamente a la penetración sin protección, aunque sea inusual, no se consideraría punible, ya que es la misma persona quien decide poner en riesgo sus derechos con su consentimiento. Sin embargo, si la relación se lleva a cabo sin su consentimiento bajo estas condiciones, se configura un delito de violación.

Movimientos reflejos.

El movimiento reflejo es una respuesta automática del organismo a un estímulo sensorial, sin control consciente. No puede considerarse conducta. Si el sistema de autocontrol está afectado por un trastorno físico o mental, no desaparece la conducta, pero se puede mejorar mediante educación o contención. El autocontrol implica suspender los procesos motores ante estímulos externos. Como sí es posible la voluntad en los casos de autocontrol reducido, solamente ante movimientos reflejos incontrolables, cabe la exclusión de la conducta humana.⁴⁵

En el caso del *stealthing*, romper o retirar el condón de manera sigilosa para que la pareja sexual no se dé cuenta no puede considerarse un movimiento reflejo, ya que implica acciones complejas para eliminar el método de barrera y crear condiciones de sigilo. Por lo tanto, no se puede alegar esta causa de exclusión en el caso del *stealthing*.

carecer%20de%20autocontrol.

45. [unav.edu/documents/19644033/26791235/N14.pdf/8175bfc4-6b8b-934b-4a6b-870eb60c7c62#:~:text=i\)%20En%20los%20casos%20de,agente%2C%20por%20carecer%20de%20autocontrol.](https://www.unav.edu/documents/19644033/26791235/N14.pdf/8175bfc4-6b8b-934b-4a6b-870eb60c7c62#:~:text=i)%20En%20los%20casos%20de,agente%2C%20por%20carecer%20de%20autocontrol.)

Estados de plena inconciencia.

Se refieren a situaciones en las que el sujeto activo del delito se encuentra privado de autocontrol debido a la pérdida de sus facultades intelectivas y volitivas. Por ejemplo, el sueño, la hipnosis, los desmayos o la pérdida de conciencia. Estos estados hacen desaparecer el autocontrol y, por lo tanto, excluyen la conducta, ya que el sujeto inconsciente no puede ejercer su voluntad al no percibir los efectos de su entorno. Sin embargo, en casos de trastornos o enfermedades mentales que puedan afectar el autocontrol, esto se relaciona más con cuestiones de culpabilidad. En los casos en los que trastornos o enfermedades mentales pueden afectar el autocontrol, pero esto corresponde más a cuestiones de culpabilidad, únicamente cuando provocan plena inconciencia y suprimen completamente el autocontrol configuran causas de ausencia de acción⁴⁶.

Ante el *stealthing*, que es una conducta sigilosa, se requiere autocontrol para evitar que la víctima se percate de la acción. No se aplican causas de exclusión de la antijuridicidad, como el estado de necesidad o la legítima defensa, ya que no hay una amenaza a un bien jurídico protegido que justifique la conducta. Tampoco existe una orden legítima o un deber legal que respalde el delito de *stealthing*.

Causas de exclusión de la culpabilidad

La legislación ecuatoriana contempla el error de prohibición invencible y el trastorno mental como causas de inculpabilidad.

En el caso del *stealthing*, no cabe alegar error de prohibición, ya que implica una relación consensuada bajo una condición acordada entre ambas partes. Al romper voluntariamente esa condición, se tiene pleno conocimiento de contravenir el consentimiento original. En caso de error

46. [https://www.unav.edu/documents/19644033/26791235/N14.pdf/8175bfc4-6b8b-934b-4a6b-870eb60c7c62#:~:text=i\)%20En%20los%20casos%20de,agente%2C%20por%20carecer%20de%20autocontrol.](https://www.unav.edu/documents/19644033/26791235/N14.pdf/8175bfc4-6b8b-934b-4a6b-870eb60c7c62#:~:text=i)%20En%20los%20casos%20de,agente%2C%20por%20carecer%20de%20autocontrol.)

de prohibición vencible, la consecuencia jurídica sería la aplicación de una pena mínima reducida en un tercio.

En relación al trastorno mental, puede ser aplicable si la persona no puede comprender la ilicitud de su conducta. En ese caso, se impondría una responsabilidad penal atenuada en un tercio de la pena mínima prevista.

En cuanto a la responsabilidad bajo estado de embriaguez o intoxicación, al no tratarse de un delito de tránsito, el *stealthing* aceptaría la aplicación del artículo 37 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, que establece:

- I. Si la embriaguez o intoxicación es fortuita y priva al autor del conocimiento al momento de cometer el acto, no hay responsabilidad.
- II. Si la embriaguez o intoxicación es fortuita pero no priva completamente del conocimiento, aunque disminuye considerablemente, se impone una responsabilidad atenuada con la imposición del mínimo de la pena prevista en el tipo penal, reducida en un tercio.
- III. Si la embriaguez o intoxicación no es fortuita, no excluye, atenúa ni agrava la responsabilidad.
- IV. Si la embriaguez o intoxicación es premeditada con el fin de cometer la infracción o preparar una disculpa, siempre constituye una circunstancia agravante.

3. Aspectos de tipicidad del *stealthing*

Sujeto activo.

Al referirse al uso del condón, este solo puede ser cometido por hombres cisgénero. O por personas que sin identificarse como hombres tengan un órgano reproductor masculino. Por lo tanto, para que no se protejan a todas las personas afectadas por el *stealthing*, sin tomar en cuenta el género de quien lo comete, el tipo penal debe describir

como sujeto activo a “la persona”. Sin ninguna calificación.

Esto permite que sea la jurisprudencia la que desarrolle la aplicación del tipo penal en cada caso en concreto.

Sujeto pasivo.

Si bien generalmente se hace referencia a las mujeres debido al riesgo de embarazo no deseado, también hay personas que, sin identificarse como mujeres, tienen órganos reproductores femeninos y la capacidad biológica para la gestación. Por lo tanto, no se puede limitar al sujeto pasivo exclusivamente a las mujeres.

Además, el riesgo de contraer infecciones de transmisión sexual por la falta de métodos de barrera no se limita solo a relaciones heterosexuales. En relaciones consentidas no heterosexuales, el retiro del método de barrera, que fue condición acordada, también afecta el bien jurídico protegido de la salud sexual y reproductiva.

Por lo tanto, es necesario plantear un sujeto pasivo sin calificaciones, que permita que la jurisprudencia desarrolle la aplicación del tipo penal y proteja el bien jurídico involucrado.

Verbo rector.

La conducta acepta dos verbos rectores posibles: Retirar, que implica separar⁴⁷ el método de barrera del pene; o, romper⁴⁸ que significa hacer una abertura en el preservativo, sin necesidad de que este sea separado. Ambos verbos rectores provocan que el método de barrera pierda su función y utilidad.

Objeto jurídico.

El objeto de tutela jurídica se concreta en aquellos valores, situaciones o cosas que debido a su trascendencia e importancia para el integral funcionamiento de la

47. <https://dle.rae.es/retirar>

48. <https://dle.rae.es/romper>

sociedad, son estimados de forma especial por el legislador y elevados a la categoría 5 de objetos jurídicos mediante la creación de una norma jurídica que garantice con mayor eficiencia su protección.⁴⁹

El objeto jurídico es la norma, el derecho violado o el bien o interés jurídicamente protegido, objeto de la acción delictiva.

Objeto material.

Esta expresión, introducida por Binding en el estudio del objeto del delito, no ha escapado a innumerables interpretaciones y significados a partir de los cuales se le adhieren diversos contenidos, es por ello que Polaíno Navarrete aborda su análisis haciendo previamente la siguiente aclaratoria : “ El concepto de objeto de ataque ha sustentado radicales oscilaciones de apreciación en el seno de la teoría del delito, apareciendo de hecho configurado en la actualidad con escasa precisión y ausencia de un sentido uniforme...” (p. 57)⁵⁰

El objeto material es la persona o casa dañada o que sufre el peligro derivado de la conducta delictiva, no debiéndose confundir con el sujeto pasivo, aun cuando en ocasiones este último puede al mismo tiempo constituir el objeto material del delito.⁵¹

El objeto material en un delito es la persona o cosa directamente afectada por el daño causado o el peligro creado. En delitos como homicidio, lesiones, difamación, violación y estupro, el objeto material coincide con el sujeto pasivo, que es la persona afectada. En casos donde el daño recae en una cosa, el objeto material puede ser un bien mueble, inmueble, derechos, agua, electricidad, etc. Por ejemplo, en el

robo se trata de la cosa mueble ajena como objeto material.

En el caso presente, el objeto material de la infracción es la persona que sufre la agresión. Inicialmente, esta persona consintió en tener una relación sexual bajo la condición de usar un preservativo para evitar embarazos no deseados e infecciones de transmisión sexual.

¿Cuáles son los elementos subjetivos?

Dolo

Es una infracción eminentemente dolosa, pues implica faltar a la condición del consentimiento en a la relación sexual acordada previamente, sin que la otra persona esté de acuerdo. Por lo que implica el conocimiento del acuerdo previo, y ocultar el retiro del preservativo a la persona.

Culpa.

No cabe culpa en el *stealth*, pues existe la posibilidad que, durante la interacción sexual, por el desgaste del material del método de barrera o por la fuerza de la acción, este se fragmente. En este caso, no hay voluntad ni acción en dirección a que el preservativo se rompa, esto ocurre accidentalmente, es un hecho fortuito y no es penalmente relevante.

4. Iter criminis, participación y circunstancias modificativas específicas

Tentativa.

Como ya se expresó anteriormente, no cabe tentativa en el *stealth*, al ser un delito de mera actividad. Pues no se produce un curso causal, ya que la sola realización de la conducta configura la infracción.

Desistimiento o arrepentimiento.

Tampoco cabe desistimiento o arrepentimiento por parte del agresor, pues al ser un delito de mera actividad, no

49. http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/31740/material_delito.pdf?sequence=1&isAllowed=y

50. http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/31740/material_delito.pdf?sequence=1&isAllowed=y

51. Francisco Pavón Vasconcelos Manual de derecho penal mexicano Parte general Editorial Porrúa Número de edición 21 México 2012 , pag 208

se verifican las fases del iter críminis que puedan constituir una conducta penalmente relevante.

Autoría.

En cuanto a grados de participación, de primera vista se podría considerar que solo cabe una autoría directa. Pero se plantean los siguientes escenarios en los que la participación del *stealthing* debe analizarse minuciosamente:

1. Se plantea un escenario adicional en el que el sujeto activo o una tercera persona previamente realiza pinchazos en el preservativo, permitiendo el intercambio de fluidos y exponiendo a los riesgos de embarazo no deseado o infecciones de transmisión sexual. Este supuesto cuestiona la descripción propuesta y los casos relevantes analizados, ya que la violación al bien jurídico protegido no sería causada por la persona que realiza la penetración, sino por una tercera parte que manipula el preservativo previamente.

En estos casos, se plantea otra forma de autoría que también debe ser considerada dentro del tipo penal del *stealthing*, ya que pone en riesgo los mismos bienes jurídicos protegidos de la misma manera. También puede constituir una circunstancia agravante si la conducta es realizada por la misma persona que realiza la penetración.

2. En casos de actividad sexual con más de dos personas, si alguien que no participa directamente en el acto retira o rompe el preservativo, la conducta no es penalmente relevante si el agresor se detiene al darse cuenta de que el preservativo ya no cumple su función.

Sin embargo, si a pesar de saber que una tercera persona retiró o rompió el preservativo, el agresor continúa el acto sin que la víctima lo sepa, se convierte en autor material del delito, mientras que la tercera persona actúa como coautor.

Circunstancias agravantes constitutivas de la infracción.

1. La primera agravante ocurre cuando el delito va más allá de la mera amenaza a los bienes jurídicos protegidos y se materializa en un embarazo no deseado o la transmisión de una ITS.

2. La agravante se configura cuando el autor directo realiza acciones destinadas a comprometer la integridad del preservativo con la intención de que se rompa durante la relación sexual, lo cual demuestra premeditación en la conducta.

3. Si la víctima se da cuenta de que el preservativo ha sido retirado o roto y se niega a continuar la relación sexual, pero el agresor la obliga a seguir mediante el uso de fuerza, violencia o amenazas, se configura otro delito que abarca el *stealthing*, específicamente la violación sexual, con sus correspondientes sanciones.

El *stealthing* como causa legal de exclusión de la responsabilidad en el delito de aborto

Según el artículo 150 del Código Orgánico Integral Penal, no es punible el aborto realizado por un médico u otro profesional de la salud capacitado con el consentimiento de la mujer o de su cónyuge, pareja, familiares íntimos o representante legal en dos situaciones: cuando se practica para evitar un peligro para la vida o salud de la mujer embarazada que no pueda ser evitado por otros medios, y cuando el embarazo es consecuencia de una violación.

En el pasado, el COIP establecía que el embarazo consecuencia de la violación debía ser en una mujer con discapacidad mental. Sin embargo, la Corte Constitucional del Ecuador declaró inconstitucional esta restricción por considerar que discriminaba a otras mujeres víctimas de violación sin justificación.

La Corte argumentó que todas las mujeres, independientemente de su condición mental, se encuentran en circunstancias similares al ser víctimas de violación, donde el consentimiento es ausente. Además, ambos grupos de mujeres sufren las mismas consecuencias y secuelas de la violación.

La discapacidad mental no constituye una justificación válida ni un criterio objetivo para diferenciar el tratamiento legal, ya que las mujeres con discapacidad mental también enfrentan vulnerabilidades y tienen derechos constitucionales que deben ser protegidos.

Por lo tanto, la configuración legislativa que discriminaba a las mujeres sin discapacidad mental que interrumpían voluntariamente su embarazo luego de una violación se considera discriminatoria y revictimizante, y no cumple un fin constitucionalmente válido.

En los casos de *stealth*, los mismos razonamientos empleados por la Corte Constitucional pueden aplicarse a las víctimas que resultan embarazadas como consecuencia de la infracción. La discriminación directa se materializa cuando se trata de un trato desfavorable en perjuicio de una persona en circunstancias comparables.

Tanto las víctimas de violación como las de *stealth* han sufrido una violación a sus derechos sexuales y reproductivos que les afecta de manera similar, con un embarazo no consentido y posibles consecuencias físicas, sexuales, sociales y económicas.

Diferenciar entre estas dos situaciones en términos de las consecuencias penales para el aborto implicaría una discriminación, ya que se permitiría el aborto sin responsabilidad penal a las víctimas de violación, pero no a las víctimas de *stealth*, quienes tendrían que enfrentarse a la justicia.

Existen puntos en común entre ambas situaciones:

- La ausencia de consentimiento de la víctima es esencial en ambos delitos.

- La forma en que se vicia o anula el consentimiento no diferencia las consecuencias del delito en términos de un embarazo no deseado.

- Las mujeres embarazadas como consecuencia de ambos delitos se encuentran en una situación de vulnerabilidad similar.

- Las mujeres víctimas de violación y las de *stealth* tienen los mismos derechos constitucionales y sufren las mismas consecuencias y secuelas graves.

Bajo estos argumentos, la discriminación hacia las mujeres víctimas de *stealth* al no permitirles el aborto consentido también sería inconstitucional, ya que se las estaría re victimizando al enfrentar un proceso y sanción penal.

Por lo tanto, de acuerdo con los mismos parámetros aplicados en la sentencia analizada, también se debería considerar la despenalización del aborto consentido en los casos de *stealth*.

5. Postulación del texto legal sobre el *stealth*

"Art. (...). - Quien retire o rompa el preservativo durante una relación sexual consentida, sin el conocimiento de la víctima, será sancionado con una pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si se daña el preservativo previamente con la intención de que se rompa durante la relación sexual, la misma pena se aplicará.

En caso de embarazo no deseado o infección de transmisión sexual como resultado de la infracción, se impondrá una pena privativa de libertad de siete a diez años. Si la infección provoca una enfermedad permanente grave o mortal, la pena será de diez a trece años.

Estos rangos de pena se establecen en proporción a la gravedad del delito y su impacto en los derechos sexuales y reproductivos.

La participación directa de una tercera persona o la premeditación del autor se consideran agravantes.

Como alternativa, se propone una reforma al tipo penal de violación para incluir cualquier forma de relación sexual sin consentimiento como elemento del delito." Al tenor del siguiente texto:

Art. 171.- Violación. - La violación se configura cuando se realiza acceso carnal o introducción de objetos o dedos en la vía vaginal o anal, sin consentimiento de la persona, mediante violencia, amenaza o intimidación, o cuando la víctima se encuentra en situación de vulnerabilidad. La pena por violación va de diecinueve a veintidós años de prisión, pudiendo aumentar en casos específicos como lesiones graves, enfermedades transmitidas, víctimas menores de edad, relación de confianza o grabación ilegal.

Recomendaciones y conclusiones

El reconocimiento y penalización del *stealthing* como un delito autónomo es necesario para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las víctimas, especialmente de las mujeres. Esta conducta afecta en silencio a varias personas, provocando embarazos no deseados, enfermedades graves e incluso mortales.

Es importante que tanto el ámbito judicial como el legislativo reconozcan los bienes jurídicos protegidos involucrados en el *stealthing* y tomen medidas para prevenir y erradicar esta forma de violencia. Las autoridades públicas deben considerar la perspectiva de los derechos sexuales y reproductivos de los grupos poblacionales minoritarios, que son las principales víctimas de esta conducta.

El derecho penal desempeña un papel fundamental en la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer. Reconocer los derechos afectados por el *stealthing* como bienes jurídicamente protegidos fortalecería esta lucha. Entre estos derechos se encuentran la libertad y salud sexual y reproductiva, que implican tomar decisiones informadas sobre la salud sexual, protegerse de infecciones y decidir cuándo y cuántos hijos tener.

El *stealthing* amenaza seriamente el ejercicio de estos derechos, ya que se realiza en el contexto de una relación sexual consentida bajo la condición de uso de preservativo. La víctima confía en que se está protegiendo, pero el agresor compromete la efectividad del método de barrera.

Aunque existen conductas penalizadas que afectan estos derechos, no hay un tipo penal que los reconozca específicamente. Por tanto, es necesario tipificar el *stealthing* como un delito en el Código Orgánico Integral Penal para proteger los derechos sexuales y reproductivos.

Existen dos opciones para la tipificación del *stealthing*. La primera es crear un delito autónomo con características específicas, reconociendo los derechos sexuales y reproductivos como bienes jurídicos protegidos. La segunda opción es asimilarlo a la violación, ampliando su concepto para incluir cualquier forma de vicio del consentimiento durante una relación sexual. Sin embargo, la opción más legítima y acorde con los principios de mínima intervención penal y progresión de derechos es la tipificación autónoma del *stealthing*.

En resumen, es fundamental reconocer y penalizar el *stealthing* como un delito autónomo para proteger los derechos sexuales y reproductivos de las víctimas. Esto requerirá la incorporación de esta conducta en el catálogo del Código Orgánico Integral Penal y el reconocimiento de los bienes jurídicos protegidos involucrados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- » Amuchategui, G. (2012). Derecho penal, Editorial Oxford, 4ta edición, México, Pág 41
- » Acale, M. (2002). Los delitos de mera actividad. (Cadiz: Revista de Derecho Penal y Criminología). Ps. 11 y 16.
- » Amuchategui, G. (2012). Derecho penal, Editorial Oxford, 4ta edición, México, Pág 41
- » Afanador, C. (2002). El derecho a la integridad personal-elementos para su análisis-. Universidad Industrial de Santander. Colombia.
- » Ávila, R. (2012). Los derechos y sus garantías. Quito, Ecuador: Corte Constitucional del Ecuador.
- » Bacigalupo, E. (1999). Derecho penal. Parte general, 2 ed. Hammurabi, Buenos Aires, pp. 43 y 44.
- » Brodsky, A. (2016). Rape-adjacent: Imagining legal responses to nonconsensual condom removal. Colum. J. Gender & L., 32, 183.
- » Changoluisa, D. (2016). Procedimientos para la elaboración de proyectos de investigación jurídica. Quito, Ecuador: UCE.
- » Díaz, E. (1998). Estado de Derecho y Sociedad Democrática, 9ª, edic. Madrid: Taurus Pensamiento.
- » Donna, E. (2008). Derecho Penal Parte General. Tomo II. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores). P. 389-390
- » Galan, J. (1997). El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios. Colex, Madrid.pág 162.
- » Gimbernat, E. (2013). Estudios sobre el delito de omisión. (Buenos Aires: Editorial B de f.), p. 1-2.
- » González, M. B. El objeto material de la acción delictiva. Aspectos jurídicos y filosófico.
- » Huyghe, E., & Hamamah, S. (2014). Anticoncepción masculina. EMC-Ginecología-Obstetricia, 50(4), 1-10.
- » Kierszenbaum, M. (2009). El bien jurídico en el derecho penal. Revista Lecciones y Ensayos No. 86, UBA Buenos Aires, pp 187 – 211.
- » Netten, C. M., & Moyano, J. (2007). La fuerza irresistible como causal de inexigibilidad de otra conducta. Universidad de Talca (Chile). Escuela de Derecho (Tesis doctoral).
- » Pavón, F. (2012). Manual de derecho penal mexicano-Parte general. Editorial Porrúa, México, pág. 208.
- » Peces-Barba, G., de Asis Roig, R., Liesa, C. R. F., & Cascon, A. L. (1995). Curso de derechos fundamentales: teoría general. Instituto de derechos humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Boletín oficial del estado.
- » Pérez, F. (2011). Sobre las causas de exclusión de la acción en el Derecho penal español: análisis de la fuerza irresistible, los estados de inconsciencia y los actos reflejos, pp. 27-47.

- » Petrovich, A. (1997). Una historia jurisprudencial angloamericana: derecho al consentimiento informado. Revista No.4 Colegio de Abogados de Lima.
- » Prieto, L. (2010). Los derechos sociales como derechos fundamentales. Madrid: Debate, 1990.
- » Navarrete, P. (1974). El Bien Jurídico en el Derecho Penal. Anales de la Universidad Hispalense. Serie Derecho. Nº 19. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, España, 1974.
- » Rocco, A. (2001). El objeto del delito y de la tutela jurídica penal. Tradução: Gerônimo Seminara. Montevideo-Buenos Aires: Júlio César Faria Editor.
- » Rusconi, M. (2007). Derecho penal. Parte General. Ad.hoc, Buenos Aires, 2007, p. 78.

FUENTES DIGITALES

- » Hierro, L. (2005). La eficacia de las normas jurídicas. Barcelona, España: Editorial Ariel. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.uax.es/es/lc/uax/titulos/48275>.
- » Leclerc, V. (2017). “Vonny Moyes: Let’s not kid ourselves that ‘stealthing’ is a trend. It is rape”. Recuperado de <https://www.thenational.scot/politics/15256580.vonny-moyes-lets-not-kid-ourselves-that-stealthing-is-a-trend-it-is-rape/>.
- » Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social. (15 de septiembre de 2014). Peligros que acarrear las relaciones sexuales ocasionales. Recuperado de <https://www.mspbs.gov.py/portal/2606/peligros-que-acarrear-las-relaciones-sexuales-ocasionales.html>.
- » Organización de las Naciones Unidas para el Sida. (07 de julio de 2015). Declaración sobre los preservativos y la prevención del VIH, otras infecciones de transmisión sexual y el embarazo no deseado. https://www.unaids.org/es/resources/presscentre/featurestories/2015/july/20150702_condoms_prevention.
- » Organización de las Naciones Unidas para el Fondo de Población. (04 de abril de 2022). Salud sexual y reproductiva. Recuperado de: <https://www.unfpa.org/es/salud-sexual-y-reproductiva#readmore-expand>
- » Organización de las Naciones Unidas. (1981). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>
- » Organización de las Naciones Unidas. (1995). Declaración y plataforma de acción de Beijing. Recuperado de: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2015/9853.pdf>
- » Organización Mundial de la Salud. (2015). Protocolo de atención en salud sexual y reproductiva en Centro de Privación de Libertad. Recuperado de: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/54099/9789974856158_spa.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- » Viveros, F. (2015). Alteridad familiar: una lectura desde Emmanuel Lévinas. Medellín, Colombia: Universidad Católica Luis Amigó. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.uax.es/es/lc/uax/titulos/71119>.
- » Zaragoza, E. (2017). Ética y derechos humanos. IURE Editores. Recuperado de <https://elibro-net.ezproxy.uax.es/en/lc/uax/titulos/40223>.

FUENTES HEMEROGRÁFICAS

- » Díaz, S. C. C. (2017). Declaración universal de derechos humanos emergentes, una lectura orientada desde el sujeto. *Heurística: revista digital de historia de la educación*, (20), 22.

FUENTES NORMATIVAS

- » Asamblea General de las Naciones Unidas. (10 de diciembre 1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos. Do: Recuperado de: http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948declaracionUniversal.htm?gclid=CjwKCAjw4avaBRBPEiwA_ZetYrAAgFhWQ_myD53cJi2rfdLu1Pk7_uvcXy9dbSFdIKN0mhKh4YvsxoCmvAQAvD_BwE.
- » Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Decreto Ejecutivo 37, Registro Oficial 101 de 24-ene.-1969
- » Asamblea General de las Naciones Unidas, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos / Pacto de San José, Acuerdo Ministerial 202, Registro Oficial 801 de 06-ago.-1984
- » Código Orgánico Integral Penal. (2014). Norma legal. Registro Oficial 180 de 10 de febrero de 2014.
- » Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). [Reformada] 1ra Ed. Ediciones Legales.
- » Corte Constitucional del Ecuador. Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador. Proceso. Caso No. 13-18-CN/21. 15 de diciembre de 2021.