

Quito, D.M., 11 de enero de 2023

CASO No. 17-21-CN

**EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, EN
EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES,
EXPIDE LA SIGUIENTE**

SENTENCIA No. 17-21-CN/23

Tema: Se absuelve la consulta de constitucionalidad del artículo 171 numeral 1 del Código Orgánico Integral Penal, en la parte específica de “*por discapacidad no pudiera resistirse.*” La Corte fija una interpretación condicionada de dicha frase en atención al caso en concreto.

I. Antecedentes

1. El 17 de enero de 2018, A.M.G.T.¹, una mujer con discapacidad intelectual, dio a luz a gemelos en el Hospital Provincial General Docente de Ambato.
2. El 20 de enero de 2018, uno de los hijos de A.M.G.T., falleció en el antedicho centro de salud a causa de una hemorragia pulmonar no especificada y otras afecciones.²
3. El 22 de enero de 2018, A.M.G.T. fue valorada psicológicamente, por Melani Ceballos, psicóloga de la Sala de primera acogida para víctimas de delitos sexuales, violencia intrafamiliar y de género del Hospital Provincial General Docente de Ambato.
4. Del informe levantado durante esta valoración, consta que “[A.M.G.T.] *se presenta desorientada en tiempo espacio y orientada en persona al preguntar porque está aquí comenta ‘Di a luz’ al preguntarle que tuvo responde ‘No sé, mi mami sabe, a ella pregunte’, al preguntar quién es el papa responde ‘mi mami sabe’*” (sic). En su informe, la psicóloga clínica evaluadora concluye: “*Paciente al momento de la valoración y observación no presenta alteración emocional, se presenta desorientada sin conocimiento de la maternidad*”.³ (Énfasis añadido)
5. El 26 de enero de 2018, el señor Carlos López Barrionuevo, en calidad de gerente general del Hospital Provincial General Docente de Ambato, presentó una *notitia criminis* en la Fiscalía de Tungurahua⁴, denunciando el presunto cometimiento del delito

¹ Identidad protegida. La Corte Constitucional utilizará las iniciales “A.M.G.T.” en atención a lo prescrito en el artículo 66 numerales 19 y 20 de la Constitución de la República del Ecuador.

² Expediente de Fiscalía General. Fs. 4.

³ Ídem.

⁴ Ibídem. Fs. 8.

de violación en contra de A.M.G.T., tipificado en el artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal.

6. El trámite de la denuncia fue asignado a la Fiscalía No. 2 de violencia de género de la provincia de Tungurahua, siendo la abogada Yolanda Elizabeth Córdova Aldás, la agente fiscal encargada de la investigación (en adelante, “la fiscal”).
7. El 8 de febrero de 2018, el cabo primero de policía José Arcos Ortiz, recibió la versión libre y voluntaria de A.M.G.T.
8. En el acta levantada de la versión libre y voluntaria de A.M.G.T., su madre firmó como su representante legal, además se puede constatar que no estuvo acompañada de un abogado particular o un defensor público durante esta diligencia.
9. El 20 de febrero de 2018, con el consentimiento de la madre de A.M.G.T., la médica María Dolores Villagómez Álvarez, del Sistema Especializado Integral de Investigación de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la Fiscalía Provincial de Tungurahua, evaluó clínicamente a A.M.G.T. y levantó un informe forense. Este informe, además de la evaluación anatómica, contiene un acápite de hecho titulado “¿Qué ocurrió y cómo ocurrió?”.
10. En las conclusiones de su informe, la médica María Dolores Villagómez Álvarez recomendó que se realice una “prueba de ADN niña, madre y presunto agresor para determinada paternidad” (sic).
11. El 26 de febrero de 2018, el psicólogo clínico Andrés Valladares Cevallos, perito de la Fiscalía General del Estado, llevó a cabo la evaluación psicológica forense de A.M.G.T.
12. En su análisis el psicólogo, Andrés Valladares Cevallos anotó que de conformidad con el carnet del Consejo Nacional para la Igualdad de Discapacidades (CONADIS), A.M.G.T. tenía un 30% de discapacidad mental; y, concluyó que: “[A.M.G.T.] según metodología psicológica aplicada no presentaba daño psicológico”.⁵
13. El 10 de mayo de 2018, mediante impulso No. 17, la fiscal ordenó a la Dirección Distrital de Salud No. 1 que se practique una “valoración del coeficiente intelectual de [A.M.G.T.], cuéntese con un profesional calificado”.⁶ En cumplimiento de este impulso fiscal, la psicóloga clínica María Augusta Villena, del centro de Salud No. 1 de Ambato, diagnosticó a A.M.G.T. con un retraso mental moderado y una discapacidad intelectual del 62%.⁷
14. El 10 de mayo de 2018, la trabajadora social Paulina Acosta Teneda, del Sistema Especializado Integral de Investigación, de Medicina Legal y Ciencias Forenses, realizó el informe de la pericia de entorno social ordenada por la fiscal. En dicho informe, la

⁵ Ídem.

⁶ Ibídem. Fs. 69.

⁷ Ibídem. Fs. 81.

trabajadora social describe a A.M.G.T. como: “*de ocupación quehaceres domésticos, estado civil soltera, mencionada haber sido ‘violada’ por el señor Luis (...), tío político, habiendo procreado mellizos: (...) y (...) fallecido ‘por no haber una termo cuna libre’, la usuaria presenta discapacidad intelectual en 30% según carné CONADIS No. (...) de fecha 01 de noviembre de 2011*”.

15. La trabajadora social recomendó que se disponga la “*acogida en el Sistema de protección, víctimas, testigos y otros participantes del proceso penal, de la usuaria [A.M.G.T.] y su hija [M.C.G.T.]*”; y que se le brinde “*terapia familiar sistémica*”.⁸
16. El 22 de mayo de 2018, mediante impulso No. 22, la fiscal ordenó la práctica de un análisis comparativo de ADN entre A.M.G.T., su hija, y el sospechoso de la violación con el objetivo de comprobar la relación de paternidad entre el presunto agresor y la hija de A.M.G.T..⁹ El 1 de junio de 2018, los ingenieros Alexandra Angulo y Marcelo López, peritos en genética y biología molecular de la Fiscalía General del Estado, presentaron su informe genético forense, observando que: “*existe relación biológica de paternidad entre Luis (...) y [la hija de A.M.G.T.]*”.¹⁰
17. Mediante impulso No. 17, la fiscal ordenó que se cuente con un profesional calificado del Ministerio de Salud Pública para practicar la diligencia de valoración del coeficiente intelectual de A.M.G.T. El 15 de junio de 2018, el Ministerio de Salud Pública del Ecuador actualizó el carnet de discapacidad de A.M.G.T., estableciendo que tiene una discapacidad de tipo intelectual del 70%, calificando su grado de discapacidad como grave.¹¹
18. El 7 de agosto de 2018, mediante impulso No. 28, la fiscal solicitó la convocatoria a audiencia de formulación de cargos en contra del presunto agresor, por haber encontrado elementos de convicción. Por sorteo, la competencia para realizar la audiencia de formulación de cargos se radicó en la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Ambato, en adelante, “la Unidad Judicial”.
19. El 27 de septiembre de 2018, mediante impulso No. 34, la fiscal solicitó al juez de la Unidad Judicial se tome el testimonio anticipado de A.M.G.T., “*para lo cual se contará con la comparecencia de un psicólogo designado por su Autoridad*”.¹²
20. El 12 de octubre de 2018, el juez de la Unidad Judicial tomó el testimonio anticipado de A.M.G.T..
21. El acta de testimonio anticipado se encuentra firmada por el juez de la Unidad Judicial; el secretario de la Unidad Judicial; A.M.G.T.; la madre de A.M.G.T., en calidad “curadora” de A.M.G.T.; la fiscal; el abogado del presunto agresor; y, la abogada

⁸ *Ibídem.* Fs. 92-96.

⁹ *Ibídem.* Fs. 83.

¹⁰ *Ibídem.* Fs. 101-102.

¹¹ *Ibídem.* Fs. 99 y 188.

¹² *Ibídem.* Fs. 193.

Rebeca Ocaña, en calidad de defensora pública de A.M.G.T. No consta en el acta de testimonio anticipado que haya comparecido un psicólogo para asistir a A.M.G.T. en la rendición de su testimonio a pesar de haber sido solicitado por la fiscal.

22. El 13 de diciembre de 2018, se realizó la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, donde el juez de la Unidad Judicial dictó auto de llamamiento a juicio en contra del presunto agresor¹³.
23. El 1 de diciembre de 2020, mediante sorteo, le correspondió el conocimiento del proceso por violación aquí descrito al Tribunal de Garantías Penales con sede en el cantón Ambato, conformado por los jueces Víctor Pérez (Ponente), Patricio Riofrío y Héctor Gamboa (en adelante, “el tribunal de garantías penales”).
24. El 10 de diciembre de 2020, el tribunal de garantías penales convocó a audiencia oral y reservada de juicio a realizarse el 19 de enero de 2021.
25. El 19 de enero de 2021, se realizó la audiencia de juicio en contra del presunto agresor. Los jueces suspendieron la audiencia para deliberar y la reinstalaron el 21 de enero de 2021. En la reinstalación de la audiencia, el tribunal de garantías penales resolvió por unanimidad ratificar el estado de inocencia del presunto agresor.
26. El 1 de febrero de 2021, el tribunal de garantías penales redujo a escrito la sentencia y notificó la misma a las partes procesales. Como *ratio decidendi* de la decisión se manifestó:

*“Si bien es cierto, se ha señalado que la víctima tiene un 70% de discapacidad. La discapacidad por sí sola no es requisito, para cometer el delito. Es decir, cuando una persona mantiene acceso carnal voluntario con otra persona con discapacidad, no por el solo hecho de realizarlo se adecúa su conducta al tipo penal de violación. El COIP condiciona esta discapacidad a que, por esta situación no pueda resistirse. Lo que significa que el hecho ocurra, en definitiva, con los requisitos del número 2 del inciso primero del Art. 171 en mención, usando ‘violencia, amenaza o intimidación’. Como se lo deja señalado, la discapacidad de la presunta víctima no es suficiente para declarar la culpabilidad del procesado, si se toma en cuenta que el porcentaje de discapacidad está en duda”.*¹⁴

27. El 2 de febrero de 2021, la fiscal interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia del tribunal de garantías penales. La defensora pública de A.M.G.T. no interpuso ningún recurso.
28. El 24 de febrero de 2021, mediante sorteo, la competencia para conocer el recurso de apelación interpuesto por la fiscal se radicó ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Tungurahua,

¹³ Además, ratificó medidas cautelares; ordenó oficiar al Registro de la Propiedad para que proceda con la prohibición de enajenar de los bienes del procesado; e, insistió a la Policía Judicial para que proceda con su captura.

¹⁴ Expediente del tribunal de garantías penales con sede en el cantón Ambato. Fs. 72-78.

conformada por los jueces José Luis López (ponente), Iván Garzón y Marco Noriega (en adelante, “la Sala”).

29. La Sala convocó audiencia para el día 11 de marzo de 2021; sin embargo, los abogados del procesado presentaron certificados médicos de haber contraído COVID-19, por lo que la misma fue suspendida y reanudada el 19 de marzo de 2021.
30. El 22 de marzo de 2021, la Sala decidió suspender la tramitación de la causa y elevarla en consulta a la Corte Constitucional. El 13 de abril de 2021, la consulta de norma ingresó a la Corte Constitucional y, mediante sorteo, su ponencia se radicó ante la jueza constitucional Teresa Nuques Martínez. La causa fue signada con el número 17-21-CN.
31. El 21 de mayo de 2021, el tribunal de la Sala de Admisión conformado por las juezas constitucionales Karla Andrade Quevedo, Carmen Corral Ponce y Teresa Nuques Martínez, avocó conocimiento de la causa No. 17-21-CN, resolvió admitirla a trámite y ofició *“a la Sala consultante y a las partes procesales del proceso (...) para que tengan la oportunidad de presentar sus argumentos sobre la constitucionalidad de la disposición materia de la presente acción”*.

II. Norma cuya constitucionalidad se consulta

32. La disposición jurídica, objeto de la presente consulta de norma, es la contenida en el numeral 1 del artículo 171 del COIP, específicamente en la parte que se resalta y subraya a continuación:

“Art. 171.- Violación. - Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos al miembro viril, a una persona de cualquier sexo. Quien la comete, será sancionado con pena privativa de libertad de diecinueve a veintidós años en cualquiera de los siguientes casos:

*1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o **por discapacidad no pudiera resistirse**”.*

[Énfasis añadido]

III. Argumentos de la autoridad judicial consultante

33. En su construcción argumentativa la Sala consultante expuso que la disposición consultada resulta contraria al artículo 35 de la Constitución, y en relación resalta los artículos 66.3 y 81 del mismo cuerpo constitucional:

- i. *“ (...) la norma consultada, requiere una acción física por parte de la víctima con discapacidad, como lo es el repeler el ataque sexual, lo cual es contrario a lo que señala el Art.35 de la Constitución de la República (...) así como el Art.81 de la norma constitucional; disposiciones en las cuales se recoge la protección especial que debe existir hacia las personas que integran los grupos vulnerables, entre ellas a las personas*

con discapacidad, las mismas que requieren de atención prioritaria por su situación de discapacidad que comporte la debida protección total por parte del ente judicial frente a cualquier acto de violencia en su contra máxime aún si se trata de una agresión sexual”.

- ii. *“El Considerar en el Art.171.1 de la norma penal, la frase, “siempre que no pudiere resistirse”, luego del sujeto pasivo calificado de la infracción, persona con discapacidad, comporta una clara limitación del derecho de estas personas a obtener la debida tutela judicial efectiva frente a la agresión sexual de la que son objeto, pues conforme lo determina el Art.13.2 del mismo cuerpo penal, en esta materia se prohíbe la interpretación extensiva debiendo el juzgador atenerse al estricto sentido literal de la norma; por lo que, en la forma en la que se ha redactado el tipo penal de violación en el numeral 1 del Art. 171, no se podría entender “el no poder resistir” como un vicio de consentimiento por parte de dicha persona en vulnerabilidad, obligando a condicionar la sanción en el ataque sexual a la reacción que adopte de forma física la víctima, persona con discapacidad, a quien el estado le debe la debida protección y tutela ”.*
- iii. *“Es de señalar que el Código Orgánico Integral Penal, al momento de establecer las agravantes de la infracción en el Art.47 numeral 10, señala como una de estas el hecho que el delito sea cometido en contra de una persona con discapacidad; con lo cual reconoce a estas personas su condición de vulnerabilidad tal y como fija la norma constitucional y los tratados internacionales; sin embargo de ello al momento de tipificar la infracción penal de violación el Art.171 numeral 1, condiciona dicha infracción al hecho de que la persona con discapacidad no pueda resistir el ataque, lo cual comporta una negación a la condición de ser parte de los grupos vulnerables y de atención prioritaria como lo fija el Art.35 de la norma Constitucional en relación en el Art.66 literal b) del cuerpo constitucional”.*

IV. Competencia

- 34. El Pleno de la Corte Constitucional es competente para conocer y resolver las consultas de norma dentro del control concreto de constitucionalidad, de conformidad con los artículos 428 de la Constitución de la República (“CRE”) y 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“LOGJCC”).

V. Análisis Constitucional

5.1. Protección de la libertad e integridad sexual

- 36. De acuerdo a una identificación *sedes materiae*, el delito de violación forma parte de los “delitos contra la integridad sexual y reproductiva”, sección cuarta del capítulo II (“Delitos contra los derechos de libertad”), del título IV del COIP, titulado “Infracciones en particular”.
- 37. El artículo 66 de la Constitución en varios de sus numerales y letras reconoce el derecho a la libertad e integridad sexual, y el derecho a la vida libre de todo acto de violencia sexual:

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.*

9. *El derecho a tomar decisiones libres, informadas, voluntarias y responsables sobre su sexualidad, y su vida y orientación sexual. El Estado promoverá el acceso a los medios necesarios para que estas decisiones se den en condiciones seguras.*

[Énfasis añadido]

38. La libertad sexual ha sido entendida como el derecho que tienen todas las personas para tomar decisiones respecto de su sexualidad y la forma en que desean experimentar o ejercer la misma; siendo la persona quien decide qué actos realizar o abstenerse de hacerlos, así como su forma y su oportunidad.
39. Por su parte, la integridad sexual ha sido definida como aquel derecho que: “*comprende la protección de la autonomía de toda persona respecto de su corporalidad y genitalidad y el consentimiento en la participación en actos sexuales o con connotación sexual. Así, toda acción u omisión conducente a realizar actos con connotación sexual en contra de la voluntad de la persona atenta contra esta dimensión de la integridad*”.¹⁵
40. Ambos derechos son complementarios e inherentes al ser humano, siendo pilares esenciales para proteger su salud y calidad de vida. Así, la obligación del Estado de adoptar las medidas necesarias para prevenir, eliminar y sancionar toda forma de violencia sexual¹⁶ es un mecanismo indispensable para que las personas puedan gozar de su derecho a vivir dignamente.¹⁷
41. Es por esto, que los derechos a la libertad e integridad sexual no pueden ser encasillados exclusivamente como derechos de libertad, en tanto que su ejercicio configura un medio idóneo para la consecución del buen vivir de cada persona. Una sexualidad plena y libre es un elemento fundamental para la autopercepción, el autoconocimiento y el bienestar de cada individuo y un medio para la construcción de relaciones interpersonales de distinto tipo.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia No. 365-18-JH/21, párr. 70, iv).

¹⁶ CRE. Art. 66.3.b).

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia No. 983-18-JP, párr. 180: “*(...)la concepción del derecho a la vida contemplada en la CRE, no agota su contenido en un enfoque restrictivo e individual, esto es, no está dirigida exclusivamente a garantizar la “existencia” de las personas y la mantención de indicadores físicos (signos vitales) que confirmen la supervivencia de los individuos, sino que busca que las personas además de “existir” puedan “ser” mediante el desarrollo integral de sus capacidades individuales y colectivas, dentro de un ambiente de dignidad, que les permita el pleno ejercicio de los derechos*”.

42. El libre ejercicio de la sexualidad y la protección de la integridad sexual de las personas, debe ser tutelado desde dos dimensiones, a saber: (i) garantizando la libertad de toda persona de consentir las personas con las cuales vivir su sexualidad y las formas en que quiere hacerlo; y, (ii) protegiendo a las personas de toda actividad sexual no consentida.¹⁸ En consecuencia, el consentimiento juega un papel clave para el entendimiento y la protección de estos derechos.

5.2. Derecho de las personas con discapacidad a la libertad e integridad sexual

43. El artículo 11.2 de la Constitución reconoce el derecho a la igualdad y a la no discriminación. Con base en este derecho se prohíbe toda diferenciación injustificada y discriminatoria que se realice en desmedro de los derechos de una persona, sea por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física, ni por cualquier otra distinción. Así, la discapacidad ha sido recogida expresamente por la Constitución como una categoría protegida.¹⁹
44. De este modo, las personas con discapacidad al gozar de todos los derechos reconocidos en la Constitución (igualdad formal), son titulares de los derechos a la libertad sexual, la integridad sexual y a tener una vida libre de violencia sexual, como medios para garantizar su desarrollo de una vida digna.
45. Sin embargo, la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas con discapacidad,²⁰ demanda que para la tutela de estos derechos el Estado les garantice una protección y atención especializada, que “*permit[an] viabilizar el goce y ejercicio efectivo de derechos a favor de los individuos que forman parte de grupos de atención prioritaria*” (igualdad material).
46. De ahí que, es contrario al Derecho el asumir *prima facie* algún estereotipo para las personas con discapacidad, por el mero hecho de su condición. En esta línea, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su Observación General número 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, ha manifestado:

La fijación de estereotipos indebidos relacionados con la discapacidad y el género es una forma de discriminación que tiene repercusiones especialmente graves en el disfrute de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, y del derecho a fundar una familia. Los estereotipos nocivos respecto de las mujeres con discapacidad incluyen la creencia de que

¹⁸ Cfr. Kaufman, G. (2014) Derecho a la sexualidad y discapacidad intelectual. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, pág. 1153.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia No. 159-11-JH/19, párr. 75: “*las categorías enunciadas ejemplificativamente en el artículo 11.2, que son categorías protegidas y que, cuando se utilizan para diferenciar, se denominan categorías sospechosas*”.

²⁰ CRE. Art. 35.

*son asexuales, incapaces, irracionales, carecen de control y/o son sexualmente hiperactivas.*²¹

47. El caso específico de niñas y mujeres con discapacidad mental, constituye un escenario patente de doble vulnerabilidad, toda vez que, por un lado, son comúnmente víctimas de un tratamiento desigual y desaventajado al que están expuestas las personas con discapacidad; y, por otro, soportan estigmas, prejuicios, tratos y otras tantas manifestaciones provenientes de una cultura patriarcal y de los niveles sistémicos de violencia sexual y de género que existen en la sociedad.
48. Sin embargo, atendiendo la diversidad de las causas “*físicas, mentales, intelectuales o sensoriales*” que pueden llegar a afectar a una persona con discapacidad y los diversos grados de limitación que puede tener “*su capacidad biológica, psicológica y asociativa para ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria*”²², este Organismo advierte que en el ámbito de protección de la libertad e integridad sexual de las personas con discapacidad siempre se deberá valorar la situación concreta e individual de la persona, con los objetivos de lograr un marco comprensivo óptimo de su situación particular, y, garantizar que ejerzan sus derechos libres de cualquier forma de violencia, hostigamiento, explotación y otras maneras de abuso.
49. Esto último no implica que el Estado deba restringir, prohibir o desincentivar el reconocimiento de la sexualidad de las personas con discapacidad,²³ sino que, al contrario, manda a que se reconozca el derecho a gozar plenamente de su sexualidad acorde y en la medida en que el tipo y grado de discapacidad lo permiten, procurando los mecanismos de diversa índole que respeten el grado de desarrollo de sus capacidades, libertad y voluntad, protegiéndolas de cualquier forma de imposición o abuso externo.
50. Es importante señalar que las personas con discapacidad tienen derecho a la libertad e integridad sexual, en un sentido integral, esto es, tomando en cuenta que la libertad sexual no se refiere solo a mantener relaciones sexuales, sino a la exploración de la propia sexualidad, en relación a su identidad y orientación sexual, entre otros.
51. En lo que respecta a los actos, encuentros y relaciones sexuales, es indispensable que se (i) garantice la libertad de toda persona con discapacidad de consentir mantener

²¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. Discapacidad Distr. general 25 de noviembre de 2016, párr. 38.

²² Ley Orgánica de Discapacidades. Art. 6.

²³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación General núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. Discapacidad Distr. general 25 de noviembre de 2016, párr. 39: “*Las mujeres con discapacidad se enfrentan a múltiples desventajas en relación con el disfrute de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, el igual reconocimiento como persona ante la ley y el acceso a la justicia. Además de hacer frente a los obstáculos resultantes de la discriminación múltiple por motivos de género y discapacidad, algunas de ellas, por ejemplo las mujeres refugiadas, migrantes y solicitantes de asilo, afrontan obstáculos adicionales porque se les niega el acceso a la atención de la salud. Las mujeres con discapacidad pueden afrontar asimismo estereotipos eugenésicos nocivos que suponen que van a dar a luz a niños con discapacidad y, por lo tanto, conducen a que se desaliente o se impida a las mujeres con discapacidad que realicen su maternidad*”.

relaciones sexuales con las personas que decida, y las formas y oportunidades en que quiere hacerlo; y, (ii) se las proteja de toda actividad sexual no consentida.²⁴ Esto último comprende la eliminación de barreras u obstáculos para el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva en casos donde su integridad pueda verse comprometida.

52. En este sentido, para poder determinar el grado, así como la posibilidad de existencia del consentimiento de las personas con discapacidad, según cada circunstancia concreta y tipo de discapacidad, es sustancial tomar en cuenta, por lo menos, tres aspectos:

i. **Comprensión:** Se deberá verificar si la persona con discapacidad tiene la posibilidad de entender y comprender los actos que se le proponen y de qué van a tratar las acciones que se realizarán. Asimismo, verificar si reconoce a la o las personas involucradas en la interacción sexual y si distingue el tipo de relación con aquellas.

ii. **Toma de decisiones:** Es indispensable evaluar si la persona con discapacidad puede discernir y tomar decisiones en la vida cotidiana, incluidas aquellas relacionadas con su sexualidad; de modo que, ante la propuesta de mantener cualquier tipo de relación sexual, esté en capacidad de decidir libremente si rechaza u otorga su consentimiento basado en la comprensión integral del acto.

iii. **Comunicación:** finalmente, el consentimiento debe ser siempre libre e inequívoco y no se puede sobreentender o asumir lo que la otra persona quiere decir, por lo que la persona con discapacidad debe ser capaz, al menos, de expresar su aceptación o rechazo a la propuesta de un encuentro sexual, ya sea de una manera verbal, o cualquier otra, pero siempre que sea con la finalidad de comunicar esa decisión a la otra persona.

53. Así, inicialmente, si una persona con discapacidad, es capaz de comprender, tomar decisiones y comunicar esta decisión a la otra persona o personas, entonces podría consentir un encuentro sexual, pues estaría consciente, en principio, de los efectos que podría tener el mismo y de las acciones que va a realizar.

5.3. Control constitucional concreto

5.3.1. Consideración previa

54. Concretamente, el delito de violación, tipificado en el artículo 171 del COIP, se encuentra previsto en tres supuestos fácticos que denotan falta o vicio del consentimiento en la víctima y que son relativos a: (i) condiciones de la víctima²⁵; (ii)

²⁴ Cfr. Kaufman, G. (2014) Derecho a la sexualidad y discapacidad intelectual. Revista de Derecho Penal y Procesal Penal, pág. 1153.

²⁵ COIP: “Art. 171.- [...] 1. Cuando la víctima se halle privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por discapacidad no pudiera resistirse.”

empleo de medios determinados sobre la víctima²⁶; y, (iii) rango de edad de la víctima²⁷. A partir de dichos supuestos, el legislador ha estimado circunstancias meritorias de aplicación del máximo de la pena prevista para este delito.

55. En los supuestos fácticos (i) y (iii), se aprecia el resguardo de grupos de personas específicas protegidas en razón de su vulnerabilidad, entre aquellas, las personas con discapacidad.
56. En lo que respecta al supuesto (i), se observa del texto de la disposición penal que se atiende, la exigencia legal de “*resistencia*”. En el presente caso, la consulta se da únicamente respecto al supuesto (i) mencionado *supra*, y, particularmente, a la discapacidad, en cuanto a la frase “*por discapacidad no pudiere resistirse*”. Sobre este respecto, la Corte no desconoce otras condiciones y supuestos contemplados en el numeral 1 del artículo 171 del COIP, sin embargo, en estricta atención al objeto de la consulta dentro del caso concreto, se limita el análisis únicamente en lo relativo a personas con discapacidad.
57. En tal línea, la Corte observa que el numeral 1 del artículo 171 del COIP contempla otras condiciones de las potenciales víctimas de violación y, respetando su ámbito y autonomía conceptual, se abstiene de pronunciarse respecto a su configuración normativa, toda vez que en orden al objeto de la consulta el análisis se ciñe a los derechos de las personas con discapacidad.
58. No obstante, se advierte que la condición de hallarse “*privado de la razón*” podría converger con una cierta discapacidad de un grado y circunstancias tales que imposibiliten en la víctima comprender el alcance del acto sexual, y por lo tanto, entender, decidir y comunicar su voluntad al respecto.
59. En cuanto a la privación “*del sentido*”, cabe indicar que no necesariamente implica una discapacidad, pues existen casos de privación temporal del sentido que permiten recuperación o incorporación posterior, como por ejemplo el efecto o influjo de sustancias psicotrópicas y estupefacientes. Del mismo modo, no toda discapacidad implica necesariamente una privación total de razón o de sentido, ni aun las de orden intelectual. En este escenario urge con mayor énfasis que los jueces valoren las particularidades de la discapacidad de la persona que es parte del proceso.
60. En consecuencia, se aclara que, pese a que la privación de la razón o del sentido puede llegar a converger con cierta circunstancia de discapacidad, la Corte ceñirá su análisis única y exclusivamente a la condición consultada constante en el numeral 1 del artículo 171 del COIP, específicamente respecto a la resistencia en casos de discapacidad.
61. Volviendo al caso concreto, la Sala consultante indica haberse visto impedida de resolver la controversia sujeta a su conocimiento, donde la presunta víctima es una persona con discapacidad intelectual, precisamente por la expresión legal de

²⁶ COIP: “Art. 171.- [...] 2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.”

²⁷ COIP: “Art. 171.- [...] 3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.”

imposibilidad de resistirse para la persona con discapacidad, lo cual consideran podría resultar contrario a los artículos 35, 66.3. a) y b) y 81 de la CRE.

62. En este sentido, la absolución de la consulta encuentra su justificación en que las personas con discapacidad son consideradas en condición de vulnerabilidad y que precisan de atención prioritaria y especializada; a lo que se suma que, la misma atención será para las víctimas de violencia sexual, en atención al contexto del caso específico consultado se considera una condición de doble vulnerabilidad, a la luz del referido artículo 35 de la Constitución²⁸. Por lo cual, la Corte pasa a realizar el siguiente análisis de control concreto a través de los siguientes problemas jurídicos:

5.3.2. ¿La frase “por discapacidad no pudiere resistirse” contenida en el artículo 171 numeral 1 del COIP, es contraria al artículo 66, numeral 3, letras a) y b) de la CRE?

63. Desde los literales a) y b) del numeral 3 del artículo 66 de la Constitución, se reconoce y garantiza el derecho a la integridad personal desde un sentido amplio, incluyendo las dimensiones de integridad física, psíquica, moral y sexual.²⁹ Además, el derecho a una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, para lo cual, “[e]l 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”.
64. De acuerdo a la Sala consultante, el numeral 1 del artículo 171 del COIP, “al establecer como sujeto pasivo del delito de violación a la persona con discapacidad, a la misma se la ha condicionado a que su discapacidad le impide evitar el ataque, resistir el mismo; lo que comporta que se niegue por parte de la norma, la condición de vulnerabilidad que dicha incapacidad coloca a la persona frente al ataque sexual.” Además, indica que “la norma consultada, requiere una acción física por parte de la víctima con discapacidad, como lo es el repeler el ataque sexual, lo cual es contrario a lo que señala el Art. 35 de la Constitución de la República.”
65. Previamente se indica que, en un sentido específico, pese a no existir en la legislación penal ecuatoriana una definición del término, la Corte toma en consideración, bajo el

²⁸ CRE: “Art. 35.- Las personas adultas mayores, niñas, niños y adolescentes, mujeres embarazadas, personas con discapacidad, personas privadas de libertad y quienes adolezcan de enfermedades catastróficas o de alta complejidad, recibirán atención prioritaria y especializada en los ámbitos público y privado. La misma atención prioritaria recibirán las personas en situación de riesgo, las víctimas de violencia doméstica y sexual, maltrato infantil, desastres naturales o antropogénicos. El Estado prestará especial protección a las personas en condición de doble vulnerabilidad.”

²⁹ Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 365-18-JH/21 de 24 de marzo de 2021, párr. 167 a 171.

criterio gramatical de orden semántico, el precitado uso común y ordinario de “resistir”³⁰. A partir de ello, se contesta la consulta bajo las siguientes consideraciones:

5.3.2.1. La resistencia no es únicamente de tipo física

66. La Corte observa que la disposición normativa en cuestión, en lugar de negar la condición de vulnerabilidad de las posibles víctimas de violación con discapacidad, reconoce más bien, una posibilidad que atañe, aunque no exclusivamente, a las personas con discapacidad. Esta es la de no poder resistirse.
67. Al respecto, la Corte Constitucional de Colombia, ha establecido, en general, que el concepto de “*incapacidad para resistir*” abarca toda circunstancia que inhiba al sujeto pasivo de la posibilidad de autodeterminarse y prestar su consentimiento para aceptar un acceso carnal o acto sexual y, por ende, de rechazar eficazmente a su abusador³¹.
68. La incapacidad para resistirse no refiere necesariamente a la mera condición de discapacidad. Primero, porque bien podrían, por caso, dos personas con discapacidad ejercer plenamente su libertad sexual y ello no significa que exista en una de ellas incapacidad para resistirse, lo cual no exime, por supuesto, que entre personas con discapacidad exista una eventual ausencia de resistencia. Y, en segundo término, porque la discapacidad por sí misma, no implica un impedimento absoluto para exteriorizar un acto de resistencia, entendida, en un sentido general, como “*oponerse a la acción o violencia de otra*”³².
69. Así, estos actos que expresan resistencia, no son particularmente de índole física como sugiere la Sala consultante, pues de la disposición normativa consultada, que es de índole penal y no permite interpretaciones extensivas, el sentido sería, en principio, claro, al no expresar que sea resistencia de tipo física. Ahora bien, la presente consulta cobra relieve constitucional cuando trae el caso particular de las personas con discapacidad (en el caso concreto, de tipo intelectual) y la posibilidad de ejercer resistencia a delitos como el de violación, lo cual presenta varias eventualidades y evidencia, en este caso, una omisión normativa relativa³³.
70. De tal modo, existe perfectamente la posibilidad de que a una persona con un tipo y grado de discapacidad determinado, le sea perfectamente posible y cognoscible ejercer

³⁰ Ello, sin perjuicio del derecho a la resistencia mencionado en el artículo 336 del COIP, mismo que tiene otra significación, una autonomía conceptual y de contenido, y se encuentra contemplado en el artículo 98 de la CRE.

³¹ Cfr. Sentencia C-163-21 de 2021 de la Corte Constitucional de Colombia. Se toma este concepto a manera ilustrativa, reconociendo que la Corte Constitucional colombiana lo desarrolla como incapacidad de resistirse en forma general y no específicamente respecto a las personas con discapacidad, pues la incapacidad para resistirse no necesariamente se refiere a una condición de discapacidad.

³² Definición tomada del Diccionario de la Lengua Española.

³³ LOGJCC: “Art. 129 [...] *El control sobre las omisiones normativas relativas comprende la determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, cuando la disposición jurídica omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión.*”

actos de resistencia. En otros casos, ciertamente no podrá ser así, por lo que la Corte es consciente también de que existen grados y tipos de discapacidad, particularmente psíquica o intelectual, en los que la víctima carecería de propiedades cognitivas que le permitan comprender y concienciar sobre el acto que le circunda, en este caso, el delito de violación.

71. Con ello, urge la valoración de cada caso específico de la personas con discapacidad, atendiendo, entre otros factores, al tipo y al grado, para determinar su posibilidad de resistencia. Como se indicó, en el contexto particular de las personas con discapacidad, esta resistencia no se limita a las de índole físico, sino a toda aquella manifestación de oposición, ya sea expresada en cualquier manera, según las circunstancias que rodean a cada víctima en particular.
72. Diversos criterios han evidenciado que la resistencia física no es un elemento que permita establecer la comisión del delito de violación. Así, en el ámbito internacional consta la opinión del Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer, en el siguiente sentido:

“no debería suponerse, en la ley ni en la práctica, que una mujer da su consentimiento porque no se ha resistido físicamente a la conducta sexual no deseada, independientemente de si el autor del delito utilizó o amenazó con utilizar violencia física”³⁴

73. Por su parte, en el ámbito regional se ha reconocido que: *“[t]ambién es preciso que las autoridades recopilen y consideren un conjunto de evidencias y el contexto en el que ocurre una violación sexual, no sólo concentrándose en evidencias directas de resistencia física por parte de la víctima”³⁵*.

74. En cuanto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha indicado lo siguiente:

“166. En vista de lo dicho anteriormente, el Tribunal está convencido de que cualquier enfoque limitado que sea utilizado para condenar los delitos sexuales, como requerir pruebas de resistencia física en todos los casos, puede llevar a que ciertos tipos de violación no sean penados y por lo tanto, ponga en peligro la protección eficaz de la autonomía sexual de los individuos. De acuerdo con los estándares actuales y las tendencias en esa área, las obligaciones positivas de los Estados Parte, conforme a los artículos 3 y 8 del Convenio, deben requerir la penalización y condena eficaz de cualquier acto sexual no consensuado, incluso en la ausencia de resistencia física por parte de la víctima”³⁶

³⁴ Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Caso Karen Tayag Vertido vs. Filipinas. Dictamen del 16 de julio de 2010. Disponible en: <https://juris.ohchr.org/search/details/1700>

³⁵ Consideración 78 de la *“Compilación de principales estándares y recomendaciones en materia de violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes”*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos – OEA, Doc. 233 del 14 noviembre 2019 (Anexo 1). Recuperado de: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violencia-discriminacion-mujeres-anexo1-es.pdf>

³⁶ Corte Europea de Derechos Humanos. Caso M.C. vs. Bulgaria, sentencia del 4 de diciembre de 2003, párr. 166 [traducción de esta Corte]. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22ENG%22%5D,%22appno%22:%5B%2239272/98%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-61521%22%5D%7D>

75. Respetando las distancias de cada caso precitado, la Corte considera su interpretación y encuentra que la expresión consultada del numeral 1 del artículo 171 del COIP, que efectivamente pretende proteger y atender a la integridad de las personas con discapacidad, será constitucional en la medida que: (i) se entienda que la imposibilidad de la resistencia no se limite al aspecto físico, sino de cualquier otra índole que exprese oposición; y, (ii) se valore caso a caso la posibilidad de la víctima a resistirse, en atención especialmente a su tipo y grado de discapacidad y las circunstancias que rodean el entorno en el que se desenvuelve.
76. De tal forma, una comprensión amplia de la resistencia que supera el aspecto físico coadyuva a comprender y, en consecuencia, a posibilitar un espectro de protección más favorable a la integridad personal de la eventual víctima de violación con discapacidad.

5.3.2.2. Imposibilidad de ejercer oposición o resistencia

77. No obstante el análisis precedente, la Corte considera también la existencia de casos en los que a la víctima con discapacidad le sea totalmente imposible expresar u ofrecer resistencia. Tal es el caso, por ejemplo, de una persona con discapacidad intelectual de grado significativo, que no le permita comprender siquiera el contexto de la situación que se le presenta.
78. Pero ello tampoco sería exclusivo de las personas con discapacidad de tipo intelectual, pues alcanza también a otras, como el caso de una víctima con cuadriplejía.
79. Tales situaciones reflejan casos en los que no existiría necesariamente oposición o resistencia por parte de la persona con discapacidad, dándose por sobreentendida su imposibilidad de resistirse establecida en el numeral 1 del artículo 171 del COIP, ya que se encuentra implícita en su condición. De este modo, carecería de utilidad probar la posibilidad de ejercicio alguno de resistencia de estas personas, siendo suficiente comprobar tan solo la condición particular de su discapacidad, que conlleva la verificación automática de la imposibilidad de ejercer resistencia.
80. Ello refuerza, con mayor razón, la necesidad de que las y los jueces valoren caso a caso la posibilidad de la víctima a resistirse, en atención especialmente a su tipo y grado de discapacidad y las circunstancias que rodean el entorno en el que se desenvuelve, debiendo tener en cuenta también que existen casos en los que la víctima no podría oponer ningún tipo de resistencia u oposición dada su condición particular.
81. De tal forma, con el fin de procurar la efectiva protección a la integridad personal de las personas con discapacidad, es menester comprender la situación de aquellas que, por las circunstancias particulares de su discapacidad, les sea totalmente imposible ejercer acto alguno de resistencia.
82. Sin perjuicio de las consideraciones desarrolladas en los acápites 5.3.2.1. y 5.3.2.2., esta Corte observa que, incluso, esta disposición normativa (art. 171.1. COIP) acarrea el

supuesto de ausencia de consentimiento en actividades sexuales. Es decir, aquellos actos no coercitivos se interpretan como tales, considerando que implican una limitación de la facultad de decidir, lo cual se equipara a aquellos actos en los cuales existen agresiones coercitivas³⁷. Así mismo, el derecho no solo reconoce supuestos de ausencia total de consentimiento, sino también aquellos casos en que la posibilidad de decisión se encuentra significativamente disminuida.

83. Finalmente, con esta interpretación se busca regular casos en que exista o pueda existir una limitación de la capacidad de respuesta u oposición del sujeto pasivo. Asimismo, esta interpretación incluye supuestos que adquieren relevancia en la medida en que el consentimiento para la realización de actos sexuales se presta en condiciones en las cuales la libertad de autodeterminación de la otra persona se encuentra limitada, por ello incluye tanto aquellos casos donde existen impedimentos o padecimientos físicos corporales para presentar una oposición, como también en aquellos casos donde existe imposibilidad de oposición, especialmente de tipo psíquica o intelectual, en donde se padece una alteración significativa de la posibilidad de percepción del entorno que no alcanzan a la privación total de sentido³⁸.
84. En conclusión, la disposición normativa consultada protegerá de manera óptima el derecho constitucional a la integridad personal de las personas con discapacidad, siempre que: (i) se entienda que la imposibilidad de la resistencia no se limite al aspecto físico, sino de cualquier otra índole que exprese oposición; (ii) se comprenda que existen casos en los que, debido a la condición de discapacidad de la víctima, no hay posibilidad de oposición o de que esta se exteriorice, lo cual no implica que por ello exista consentimiento; y, (iii) se valore caso a caso la posibilidad de la víctima a resistirse, en atención especialmente a su tipo y grado de discapacidad y las circunstancias que rodean el entorno en el que se desenvuelve.

5.3.3. ¿La frase “por discapacidad no pudiere resistirse” contenida en el artículo 171, número 1 del COIP es contraria al artículo 81 de la CRE?

85. La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 81 reconoce: “*La ley establecerá procedimientos especiales y expeditos para el juzgamiento y sanción de los delitos de violencia intrafamiliar, sexual, crímenes de odio y los que se cometan contra niñas, niños, adolescentes, jóvenes, personas con discapacidad, adultas mayores y personas que, por sus particularidades, requieren una mayor protección. Se nombrarán fiscales y defensoras o defensores especializados para el tratamiento de estas causas, de acuerdo con la ley.*”
86. En el presente caso, la disposición constitucional consultada refiere a un tipo penal específico, esto es, el delito de violación. La frase consultada pertenece específicamente al numeral 1 del artículo 171 del COIP y hace referencia al tipo sustantivo que configura dicho delito, la cual no establece propiamente ni procedimientos para el juzgamiento y

³⁷ Schulhofer, Stephen, “Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and Beyond”, Law and Philosophy, 11 (1992), p. 36

³⁸ Schonke/Schröder, Strafgesetzbuch, cit. n° 21, pp. 1661-1662.

sanción del mismo. En tal virtud, no sería posible determinar la eventual constitucionalidad de la frase de la disposición consultada en relación al artículo 81 de la Constitución, al no relacionarse con sus supuestos.

- 87.** De la misma manera, pese a no invocarla expresamente, la Sala consultante hace referencia a que la frase *“comporta una clara limitación del derecho de estas personas a obtener la debida tutela judicial efectiva frente a la agresión sexual de la que son objeto, [...]por lo que, en la forma que se ha redactado el tipo penal de violación en el numeral 1 del Art. 171, no se podría entender ‘el no poder resistir’ como un vicio de consentimiento por parte de dicha persona en vulnerabilidad, obligando a condicionar la sanción en el ataque sexual a la reacción que adopte de forma física la víctima.”*
- 88.** Según se observa, la Sala en esta parte de la consulta imparte la misma argumentación con la cual sustenta la presunta contradicción con el artículo 66.3. de la CRE, cuestión que ha sido analizada en el problema jurídico precedente. Por lo que esta Corte estima justificado no continuar y concluir el presente problema jurídico.
- 89.** En definitiva, la Corte no encuentra incompatibilidad de la disposición normativa consultada con el artículo 81 de la CRE.

5.4. Absolución de la consulta concreta

- 90.** En orden al análisis realizado en los problemas jurídicos, en torno a la consulta planteada en el caso concreto, esta Corte absuelve la misma y en virtud del artículo 129.2. de la LOGJCC³⁹, fija la constitucionalidad condicionada de la frase *“por discapacidad no pudiere resistirse”* del numeral 1 del artículo 171 del COIP, indicando, que la misma será constitucional siempre que: (i) *se entienda que la imposibilidad de la resistencia no se limite al aspecto físico, sino de cualquier otra índole que exprese oposición;* (ii) *se comprenda que existen casos en los que, debido a la condición de discapacidad de la víctima, no hay posibilidad de oposición o de que esta se exteriorice, lo cual no implica que por ello exista consentimiento;* y, (iii) *se valore caso a caso la posibilidad de la víctima a resistirse, en atención especialmente a su tipo y grado de discapacidad y las circunstancias que rodean el entorno en el que se desenvuelve.*
- 91.** Ello, en virtud de que la frase *“por discapacidad no pudiere resistirse”* no deviene en inconstitucional por sí misma, toda vez que, como se indicó, pueden existir actos de resistencia plena, abierta y conscientemente ejercida por ciertas personas que cursan una discapacidad, en el ejercicio de su libertad sexual. Y, además, porque en atención a los mentados derechos y garantías de protección reforzada a las personas víctimas de

³⁹ LOGJCC: *“Art. 129.- Las omisiones normativas tendrán los siguientes efectos: [...] 2. En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada. El control sobre las omisiones normativas relativas comprende la determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, cuando la disposición jurídica omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión”.*

violación, y, en especial a las personas con discapacidad, no se puede entender a la resistencia ni como única y absoluta manifestación de no consentimiento; y, tampoco, necesariamente, como acto de repulsión de orden físico, pues existirían otras manifestaciones de resistencia a ser comprobadas y valoradas; y, en otros casos, podría ser simplemente imposible que la víctima exprese resistencia, por incapacidad de la misma.

92. En consecuencia, los jueces consultantes dentro del caso concreto deberán tener en cuenta las razones esbozadas dentro del presente análisis.
93. Pero además, en consideración de las referidas garantías de protección reforzada a las víctimas de violación, y con base a la Observación General número 3 sobre las mujeres y las niñas con discapacidad⁴⁰, la Corte resalta los siguientes parámetros, para todo juez o jueza que conozca, sustancie y resuelva un proceso penal cuya víctima sea no únicamente una mujer o niña con discapacidad, sino cualquier otra persona con discapacidad, haciéndolos extensivos a todas las víctimas en tales circunstancias:

i. Los jueces deben analizar el caso concreto, teniendo en consideración la interpretación obligatoria de la frase “*por discapacidad no pudiera resistirse*” del artículo 171 numeral 1 del COIP, dispuesta en la presente sentencia, en el sentido de que (i) *se entienda que la imposibilidad de la resistencia no se limite al aspecto físico, sino de cualquier otra índole que exprese oposición; (ii) se comprenda que existen casos en los que, debido a la condición de discapacidad de la víctima, no hay posibilidad de oposición o de que esta se exteriorice, lo cual no implica que por ello exista consentimiento ; y, (iii) se valore caso a caso la posibilidad de la víctima a resistirse, en atención especialmente a su tipo y grado de discapacidad y las circunstancias que rodean el entorno en el que se desenvuelve. Así, deberá considerar el acervo probatorio, así como también la protección especial de las mujeres y niñas con discapacidad para determinar si existió o no una relación sexual consentida.*⁴¹

ii. Los jueces, deben tener en consideración que la persona con discapacidad, y con mayor énfasis la mujer o niña, corre mayor riesgo de sufrir violencia, explotación y abuso en comparación a otras personas.⁴²

iii. Los jueces deben analizar en el caso concreto las condiciones particulares de la persona con discapacidad y el ámbito en que presuntamente se produjo la infracción (institucional, familiar, comunitario). Esto así, en particular también con las mujeres y niñas con discapacidad, sordas, sordociegas y con discapacidad intelectual, ya que pueden correr un riesgo aún mayor de violencia sexual a causa de su aislamiento, dependencia u opresión.⁴³

⁴⁰ Observación General núm. 3 (2016), sobre las mujeres y las niñas con discapacidad. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 25 de noviembre de 2016.

⁴¹ *Ibidem*, observación 3.

⁴² *Ibidem*, observación 29.

⁴³ *Ibidem*, observación 33.

- iv. Los jueces, deben tener en consideración que las personas con discapacidad y, en particular las mujeres y niñas, se enfrentan a múltiples desventajas en relación con el disfrute de la salud y los derechos sexuales y reproductivos, el igual reconocimiento como persona ante la ley y el acceso a la justicia.
- v. Los jueces, al conocer el caso en concreto, deben tener en consideración que suele hacerse caso omiso a las opciones de las personas con discapacidad, con especial énfasis a las mujeres y niñas, sobre todo a aquellas con discapacidad psicosocial o intelectual y que sus decisiones suelen ser sustituidas por las de terceros; no obstante, han de poder ejercer su capacidad jurídica tomando sus propias decisiones. Este análisis debe realizarse en función las condiciones particulares de la persona con discapacidad y el ámbito en que se produjo la presunta infracción. Para lo cual, deberán tomar, en especial consideración *inter alia*, si es que existe una limitación en la capacidad de la toma de la decisión en el ámbito sexual o esta se encuentra significativamente disminuida o existe alguna limitación de la capacidad o respuesta u oposición, en los términos expuestos en los párrafos 81 y 82 de la presente sentencia.⁴⁴
- vi. Los jueces, deben tener en consideración, en el caso concreto, el nivel de información sobre salud sexual y reproductiva de la persona con discapacidad, especialmente de las mujeres y niñas con discapacidad intelectual y las mujeres sordas y sordociegas, ya que ello puede aumentar el riesgo de que sean objeto de violencia sexual.⁴⁵; y,
- vii. Los jueces, deben tener en consideración, en el caso concreto, que las personas con discapacidad y, particularmente las mujeres y niñas, encuentran obstáculos para acceder a la justicia, lo que puede dar lugar a que se dude de su credibilidad y se desestimen sus acusaciones. Deben guiar el procedimiento sin actitudes negativas que puedan intimidar a las víctimas o disuadirlas de buscar justicia.⁴⁶

5.5. Consideración adicional

94. Sin perjuicio del análisis que antecede, realizado en función de la facultad de esta Corte para absolver la consulta de constitucionalidad normativa dentro de los casos concretos⁴⁷, se recuerda a los juzgadores que, dentro del marco de sus competencias, deben interpretar y aplicar las disposiciones normativas conforme a la Constitución, lo cual abarca también a los parámetros jurisprudenciales y convencionales de protección más efectiva de derechos. Ello encuentra mayor justificación cuando los casos que atienden involucran a personas en condición de vulnerabilidad, siendo los jueces de instancia los más inmediatos garantes de atender la situación de dichas personas en orden a la protección más eficaz de sus derechos.

⁴⁴ *Ibidem*, observación 44.

⁴⁵ *Ibidem*, observación 41.

⁴⁶ *Ibidem*, observación 52.

⁴⁷ **CRE**, artículo 428; y, **LOGJCC**, artículo 142 y artículo 191.2.b).

VI. Decisión

En mérito de lo expuesto, administrando justicia constitucional y por mandato de la Constitución de la República del Ecuador, el Pleno de la Corte Constitucional resuelve:

1. Absolver la consulta de norma planteada dentro de la causa **No. 17-21-CN** en los siguientes términos:

El artículo 171 numeral 1 del COIP, en su frase “*por discapacidad no pudiera resistirse*”, será constitucional siempre que:

(i) se entienda que la imposibilidad de la resistencia no se limite al aspecto físico, sino de cualquier otra índole que exprese oposición; (ii) se comprenda que existen casos en los que, debido a la condición de discapacidad de la víctima, no hay posibilidad de oposición o de que esta se exteriorice, lo cual no implica que por ello exista consentimiento; y, (iii) se valore caso a caso la posibilidad de la víctima a resistirse, en atención especialmente a su tipo y grado de discapacidad y las circunstancias que rodean el entorno en el que se desenvuelve.

2. Declarar que la presente sentencia tiene efectos entre las partes y para casos análogos de conformidad con el numeral 2 del artículo 143 de la LOGJCC.
3. Poner en conocimiento del Consejo de la Judicatura, de la Fiscalía General del Estado y de la Defensoría Pública la presente resolución a fin de que realicen, respectivamente, una debida y generalizada difusión por el plazo de veinte días, a través de sus respectivos portales web y otros medios telemáticos, por caso en sus redes sociales, en las instancias pertinentes de la Función Judicial; particularmente, en las judicaturas competentes en materia penal que conozcan violencia intrafamiliar y las judicaturas multicompetentes. Para lo cual, se les otorga el término de treinta días a partir de la notificación de la presente sentencia para su cumplimiento.
4. Devolver el expediente al tribunal de origen.
5. Notifíquese, publíquese y cúmplase.

Alí Lozada Prado
PRESIDENTE

Razón: Siento por tal, que la sentencia que antecede fue aprobada por el Pleno de la Corte Constitucional con nueve votos a favor de los Jueces Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Alejandra Cárdenas Reyes, Carmen Corral Ponce, Jhoel Escudero Soliz, Enrique Herrería Bonnet, Alí Lozada Prado, Teresa Nuques Martínez, Richard

Ortiz Ortiz y Daniela Salazar Marín, en sesión ordinaria de miércoles de 11 de enero de 2023.- Lo certifico.

Firmado electrónicamente
Aída García Berni
SECRETARIA GENERAL