

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

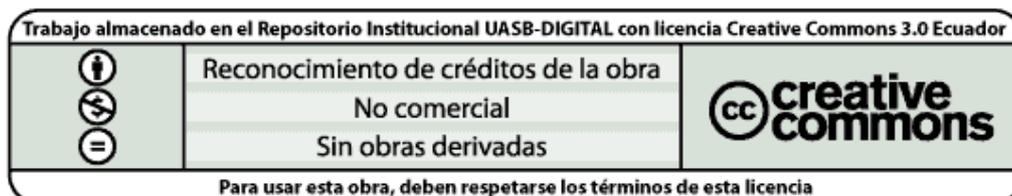
Área de Derecho

Programa de Maestría en Derecho Penal

**El consentimiento (ir)relevante de los adolescentes en los
delitos sexuales: estudio de casos**

Santiago Fabián Escobar Saráuz

Quito, 2016



CLÁUSULA DE CESIÓN DE DERECHO DE PUBLICACIÓN DE TESIS

Yo, Santiago Fabián Escobar Saráuz, autor de la tesis intitulada “El consentimiento (ir)relevante de los adolescentes en los delitos sexuales: estudio de casos”, mediante el presente dejo constancia que la presente es de mi exclusiva autoría, elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derecho en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Julio, de 2016.

Santiago F. Escobar Saráuz.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO PENAL

TEMA

**EL CONSENTIMIENTO (IR)RELEVANTE DE LOS ADOLESCENTES EN LOS
DELITOS SEXUALES: ESTUDIO DE CASOS**

SANTIAGO FABIÁN ESCOBAR SARÁUZ

TUTOR: DR. NICOLÁS MICHAEL SALAS PARRA

2016

QUITO - ECUADOR

RESUMEN

El desarrollo del presente trabajo se centró en el cumplimiento de los objetivos específicos señalados en la planificación, los cuales se encuentran enmarcados en el desarrollo del consentimiento de los adolescentes en temas relacionados con su sexualidad, lo cual ayuda a formar mecanismos que optimicen la aplicación de la justicia en el acontecer diario de nuestra profesión y en los retos que tiene el derecho penal en cuanto a su evolución con la sociedad.

En esencia se realizó un estudio minucioso y profundo en cuanto al consentimiento de los adolescentes en temas de delitos sexuales, ya que según la norma penal de nuestro Código Orgánico Integral Penal, determina que el consentimiento del menor de edad en delitos sexuales es irrelevante, es decir no se lo toma en cuenta para una aplicación coherente y fundada del Derecho Penal, analizando si el consentimiento en este tipo de casos debe ser analizado en la tipicidad o en antijuridicidad.

Así también se compiló un análisis de los adolescentes, desembocando en cuando a una persona se la puede considerar como adolescente, apoyándonos en temas sociales donde se habla del desarrollo del adolescente, lo cual ayuda a acoplar a nuestro estudio en cuanto a los derechos de los adolescentes relacionados a temas de sexualidad teniendo como base el interés superior del menor.

Dentro del desarrollo de este estudio se enfoca sin duda el momento en el cual existe una vulneración al bien jurídico protegido en temas de delitos sexuales, lo cual ayuda a establecer la verdadera lesividad que este atrae al derecho penal, convirtiendo estos temas en simples moralismos sociales que desvirtúan la esencia misma del derecho penal.

Todo lo referido se mostrara con ejemplos, en donde se analizarán casos llevados a juicio dentro de los Tribunales de Justicia de Pichincha, con lo cual podremos observar los diferentes enfoques que tienen dentro de nuestra propia justicia al momento de dictaminar una sentencia.

DEDICATORIA

El presente trabajo lo dedico a mis pilares de vida como son, mi hijo Santiago Martín y mi esposa Silvana, quienes con su gran amor me supieron apoyar en esta investigación; a mi padre un gran trabajador, mi madre por ser ejemplo de amor y perseverancia, este logro es por ustedes.

AGRADECIMIENTO

Mi gran profundo agradecimiento a la Universidad Andina Simón Bolívar, así como a los docentes que impartieron su conocimiento en las aulas; mi especial agradecimiento al Dr. Nicolás Salas Parra, por ser mi guía en el desarrollo de este trabajo.

Tabla de contenido

INTRODUCCION	10
CAPITULO I	12
1. FINES DEL DERECHO PENAL, EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN DELITOS SEXUALES DE ADOLESCENTES, MORALIDAD.....	12
1.1. Fines del derecho penal.....	12
1.2. El bien jurídico protegido de los adolescentes en delitos sexuales.....	14
1.2.1. Renuncia a la Tutela del Bien Jurídico Protegido.	17
1.3. Aspecto político criminal en el bien jurídico.	18
1.4. Moralidad en delitos sexuales.	18
CAPITULO II.....	21
2. EL CONSENTIMIENTO.	21
2.1. Definición del consentimiento.	21
2.2. El consentimiento penal.	22
2.2.1. Antecedentes.....	22
2.2.2. El Consentimiento en Materia Penal.	23
2.2.3. El Consentimiento en la Tipicidad.	25
2.2.4. El Consentimiento en la Antijuridicidad.	28
2.2.5. El consentimiento y su objeto.....	30
2.2.6. Requisitos del consentimiento en materia penal.	30
2.2.7. El consentimiento presunto.	35
2.2.8. Efectos del consentimiento.....	36
2.2.9. Momento y revocación del consentimiento.....	37
2.2.10. Fundamento jurídico del consentimiento, postura del consentimiento en nuestra Legislación Penal y su lesividad.	38
CAPITULO III.....	43
3.- LOS MENORES DE EDAD, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, DERECHOS RELACIONADOS CON SU SEXUALIDAD Y LA EDAD DEL CONSENTIMIENTO.	43
3.1. Definición de menor de edad.	43
3.2. Adolescencia.	45

3.2.1. Desarrollo en la Adolescencia.	45
3.2.1.1. Desarrollo Somático.	46
3.2.1.2. Desarrollo Cognoscitivo.	46
3.2.1.3. Desarrollo Emocional.	46
3.2.1.4. Desarrollo Social.....	47
3.2.1.5. Desarrollo psicosexual.....	47
3.3. Interés superior del menor y derechos relacionados con el desarrollo sexual de los adolescentes.....	49
3.3.1. Interés Superior del Menor.....	49
3.3.2. Derechos de los Adolescentes Relacionado con su Desarrollo Sexual.	52
3.3.2.1. Derecho al libre desarrollo de la personalidad.....	55
3.3.2.2. Derecho a la información.....	56
3.3.2.3. Derecho a la salud sexual y reproductiva.	57
3.3.2.3. Derecho a la igualdad, no ser discriminado.....	59
3.4. La edad del consentimiento.....	61
CAPITULO IV.	64
4. LEGISLACION NACIONAL, LEGISLACION COMPARADA, ANALISIS DE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y ESTUDIO DE CASOS PRÁCTICOS. ...	64
4.1. Legislación nacional.....	64
4.1.1. Acoso Sexual.	64
4.1.2. Estupro.....	66
4.1.3. Abuso Sexual.....	68
4.1.4. Violación.	70
4.2. Legislación comparada.....	73
4.2.1. Colombia.	73
4.2.2. Argentina.	74
4.2.3. Bolivia.	75
4.2.4. Chile.	76
4.3. Análisis de jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú.....	77
4.4. Estudio de casos en el Ecuador.	82
4.4.1. Antecedentes, Caso No. 17282-2014-1382.	82
4.4.1.1. Análisis del Caso.	84
4.4.2. Antecedentes, Caso No.17241-2014-0048.....	88

4.4.2.1. Análisis del Caso.	89
4.4.3. Antecedentes, Caso No. 2014-0451	90
4.4.3.1. Análisis del Caso.	91
4.4.4. Antecedentes, Caso No. 17957-2015-00205.	92
4.4.4.1. Análisis del Caso.	93
CONCLUSIONES	95
Bibliografía	98

INTRODUCCION

Este trabajo ha sido desarrollado en base a experiencia adquirida en el ámbito de mi profesión, ya que lo determinante dentro de este estudio es analizar si en verdad la irrelevancia del consentimiento dado por un adolescente en temas sexuales genera lesividad en el derecho penal, o si todo lo contrario el consentimiento dado por un adolescente tiene que ser relevante al momento de motivar una sentencia. Nuestro Código Orgánico Integral pese a tener un avance bastante significativo a nuestra última Codificación Penal, no ha dejado de ser moralista en algunas tipificaciones. Con ello quiero manifestar que, pese a existir un Codificación Penal promulgada en pleno siglo XXI, no deja de lado instituciones penales que más llevan a ser un problema social y no de derecho penal, es por ello que una de estas concepciones moralistas abarca nuestro ordenamiento penal en manifiesto que, simplemente los menores de edad en cuanto a su consentimiento en temas de delitos sexuales, este será irrelevante, es decir no tendrá validez para la justicia cuando un menor haya consentido en el acto.

Es importante determinar para nuestro estudio si el consentimiento es parte de la tipicidad o de la antijuridicidad, ya que al determinar la vulneración a este podremos observar si en verdad el sujeto pasivo del tipo penal se encuentra en una situación de vulnerabilidad frente a la sociedad. La adolescencia es una época de vida en la cual surgen varios cambios ya sean biológicos y psicológicos, es una época en donde la persona forma su identidad personal, con ello que, los adolescentes empiezan a despertar su instinto sexual, esto lleva a tomar decisiones trascendentales en su vida, en donde debe ser prioridad de Estado proteger de manera adecuada los derechos que ponen en riesgo, y no simplemente castigar. Con lo referido es importante señalar, el estudio que se realiza dentro de este trabajo es eminentemente penal, determinado además los derechos que se pretenden vulnerar con la norma penal que señala la irrelevancia del consentimiento en delitos sexuales, aclarando que este es analizado exclusivamente desde el punto del adolescente y no del niño.

La pregunta central del presente trabajo versa sobre si los adolescentes son en verdad capaces de consentir en el acto sexual y si al otorgar este consentimiento determinar si este resulta lesivo o no para el derecho penal, al hablar de consentir es un tema que debe ser desarrollado en el marco del derecho penal, puesto que no es lógico

confundir temas de carácter morales con el derecho penal, esto nos quiere decir que hoy en día los adolescentes tienen relaciones sexuales a temprana edad con el afán de irse en contra de los tabúes generados por la sociedad, ya que las relaciones sexuales entre adolescentes en muchos momentos han sido mancilladas como actos inmorales. El derecho siempre tiene que estar a la par de los avances sociales, solo esto podría ser una adecuación real del verdadero sentido del derecho penal.

En mi trabajo, sostengo que en los delitos sexuales, el consentimiento otorgado por el sujeto pasivo en este caso un adolescente debe ser relevante, y se debe tomar en cuenta las circunstancias que engloban al derecho penal, esto es desde su fin como es la protección de bienes jurídicos. Además este trabajo contribuye en cuanto a la protección de varios principios constitucionales que sirven para la defensa de los procesados. Se analizará un caso en el cual fui defensor del ahora condenado y donde se manejó esta teoría, así como otros casos en donde se ha fallado en cuanto al consentimiento de adolescentes en temas de delitos sexuales; de ello que, la contribución sea también para que los administradores de justicia eviten condenar a personas inocentes.

CAPITULO I.

1. FINES DEL DERECHO PENAL, EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN DELITOS SEXUALES DE ADOLESCENTES, MORALIDAD.

1.1. Fines del derecho penal.

Antes de entrar a nuestro tema específico, resulta importante tomar una postura clara en los Fines del Derecho Penal, ya que esto nos llevaría a dar un sentido de protección a los intereses de este estudio, es por ello que, consideramos determinante estructurar desde el marco del Derecho Penal y específicamente dentro de los fines que este tiene para poder establecer el ámbito normativo en nuestro sistema penal Ecuatoriano y así establecer lo que realmente nuestra norma penal desea conseguir.

Una de las finalidades del Derecho Penal, es la protección de bienes jurídicos, tesis que ha sido aceptada en mayoría de legislaciones contemporáneas. Esta propone la defensa de bienes jurídicos, los cuales son traducidos en valores e intereses jurídicos, objetos e intereses constitucionales, estos han sido observados con interés positivista, es decir, como aquel derecho custodiado, ya que su protección jurídica responde a intereses y valores individuales y/o también de la sociedad. Esto resulta tan cierto puesto que, los bienes jurídicos llegan a concretarse en condiciones necesarias para el desarrollo de la vida, del individuo y de la sociedad, con ello es importante delimitar que los bienes jurídicos únicamente requieren de la protección del derecho penal cuando son derechos sumamente importantes o cuando sufren lesiones o riesgos reprochables.¹

El derecho penal mínimo, establece que el fin de derecho penal es la protección del débil contra el más fuerte. Es por ello que, el Garantismo consiste en tutelar aquellos valores o derechos fundamentales, en donde la satisfacción pese a estar contra los intereses de la mayoría, es el fin justificador que legitima el derecho penal.² “El derecho penal moderno se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran o ponen en peligro determinados intereses de una sociedad determinada.”³

¹ Álvaro Orlando Pérez Pinzón. *Introducción al Derecho Penal*. (Bogotá: Editorial Temis, 2009) 52.

² Luigi Ferrajoli. *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*. (Madrid: Trotta, 2001), 335-336.

³ Enrique Bacigalupo. *Derecho Penal Parte General*. (Buenos Aires. Hamumurabi, 1999) 43-44.

Según una de las funciones del Derecho Penal, como son las legitimadoras, cumplen dos postulados: 1.- evitar la comisión de delitos, y 2.- la realización de las garantías. Dentro del primer postulado, esto es la prevención de delitos, el Derecho Penal trata de evitar la vulneración de bienes jurídicos, es decir los protege. El bien jurídico es un límite al poder punitivo del Estado, lo cual conlleva que la tipificación de los delitos y las penas, son puestas en marcha cuando existe una vulneración o puesta en peligro del bien protegido. El concepto de bien jurídico es sumamente importante, ya que si sólo se daría un contenido normativo, se le otorgaría al legislador la capacidad de crearlo por medio de la ley, lo cual resulta insuficiente para la limitación del poder punitivo. Es por ello que, al bien jurídico se le debe otorgar un valor de contenido material, es decir que sea derivado de la realidad social y fundado en normas superiores extrapenales, como la Constitución, esto ayuda para la racionalización de los elementos de juicio. La protección de los bienes jurídicos se debe dar únicamente de las vulneraciones o peligros más graves e intolerables socialmente. Y el segundo postulado, esto es, en cuanto a la realización de las garantías penales, se refiere a que no solo recae sobre bienes jurídicos, sino también a los destinatarios de la acción penal, es decir respetando las garantías básicas del procesado, con lo cual se requiere que solo se impongan penas cuando exista un daño social grave.⁴

El concepto material del delito, se deriva de la protección subsidiaria de bienes jurídicos, en donde el legislador no solo es el creador de la ley, sino que este tiene un criterio político criminal sobre aquello que debe ser importante penar y lo que no lo es. Es así que el concepto de bien jurídico, se derivan de la ley Fundamental, la cual nos sirve para delimitar la potestad punitiva del Estado.⁵

Uno de los intereses estatales es el tutelar derechos del ciudadano, ya que, el garantizar a los ciudadanos el goce y ejercicio pacífico de los derechos es una de las finalidades estrictas del Estado, es aquí donde aparece el sujeto con reconocimiento y protección estatal.⁶

Lo manifestado anteriormente resulta muy importante dentro de nuestro análisis, ya que, al estar acorde que, el Derecho Penal protege bienes jurídicos de rango

⁴ José Joaquín Urbano Martínez. "Concepto y Función del Derecho Penal" en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Universidad Externado de Colombia. (Bogotá: V&M Gráficas, 2002), 20- 21.

⁵ Claus Roxin. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. (Madrid Civitas: Civitas, 2007), 51-56.

⁶ Alfredo Molinario. *Los delitos*. (Buenos Aires: TEA 1999), 104.

constitucional, nuestra Constitución de la República establece que, uno de los deberes del Estado es: “Garantizar sin discriminación alguna **el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales,**...”⁷, esto nos da la apertura que efectivamente en nuestro sistema lo que se intenta proteger son bienes jurídicos, los cuales son transmitidos a través de derechos a los ciudadanos.

Ha sido importante determinar uno de los fines del derecho penal como es la protección de bienes jurídicos, ya que como lo hemos señalado este se encuentra dentro nuestra legislación Constitucional, claro está no de manera expresa, pero vale aclarar que el Estado Constitucional de Derechos nos da apertura a los ciudadanos para que podamos hacer efectivo el ejercicio de nuestros derechos reconocidos por la Constitución y por los Instrumentos Internacional. Este primer análisis nos da la apertura para iniciar nuestro estudio de manera profunda, ya que resulta determinante proteger de manera apropiada los intereses de los adolescentes, los cuales no pueden ser limitados por normas penales que contravienen sus derechos.

1.2. El bien jurídico protegido de los adolescentes en delitos sexuales.

El Derecho Penal trata de regular la convivencia humana en la sociedad. Dentro de la comunidad existen varios intereses los cuales son considerados indispensables y fundamentales, lo cual ayuda a mantener la integridad del individuo, de tal forma que el ataque a estos intereses desmejora la estructura de la sociedad. Estos se traducen en la vida, la integridad física, la propiedad, la libertad (sexual, de decisión, de disponer, locomotora, etc.) la seguridad pública etc.; es por ello que, las conductas que puedan ocasionar lesiones o ponerlos en peligro a estos deben ser amenazadas y reprimidas con una pena. De esta manera se llega a la conclusión que, el derecho penal amenaza y castiga con penas, mediante la creación de tipos penales, los cuales lesionan o ponen en peligro los intereses sociales de la convivencia social, estos interés son los llamados “bienes jurídicos”, los cuales son protegidos jurídicamente.⁸

El bien jurídico tutelado por la norma penal, está comprendido en aquella entidad que el derecho, mediante la amenaza de una pena, intenta proteger ante posibles

⁷ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 3 Numeral 1. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

⁸ Adrián Marcelo Tenca. *Delitos Sexuales*. (Buenos Aires: Astrea, 2013) 1-2.

agresiones. Dentro del campo penal, el concepto del bien jurídico se relaciona con las situaciones sociales, razón por la cual la norma establece su protección o tutela. Realizando una individualización, el concepto de bien jurídico no es de mayor dificultad interpretarlo, ya que este puede ser extraído de cada norma o tipo penal en donde viene implícito el mismo, en la mayoría de casos este tiene relevancia constitucional, puesto que el bien jurídico tutelado se transforma en la derechos y garantías individuales y colectivas, por ejemplo la libertad, salud, propiedad, domicilio, etc.⁹

En el conjunto normativo de delitos sexuales se procura la tutela específica a una concreta manifestación de la libertad, libertad sexual, la cual está ligada a la indemnidad sexual.¹⁰

Ahora bien como se lo ha manifestado, en términos generales dentro de los delitos sexuales, el objeto de protección es la libertad sexual e indemnidad sexual. Esta libertad o integridad sexual se la define como el normal ejercicio de la sexualidad, la cual se encuentra dentro la libertad del individuo, y que a su vez es concebida como la normalidad del desarrollo sexual, la que depende de circunstancias individuales así como sociales.¹¹

La libertad sexual, es aplicada en quienes tienen capacidad para decidir y determinar su comportamiento en materia sexual, es decir que la libertad sexual se traduce en el deseo de mantener una relación sexual, de que naturaleza y con quien mantenerla. Se la ejerce con la capacidad de desarrollar libremente la sexualidad siempre y cuando se límite a respetar la libertad ajena.¹²

Esta libertad sexual ha sido negada a los menores de edad en todos sus aspectos, desde los niños, en donde pienso que se lo realiza de manera apropiada, hasta adolescentes, quienes la gran mayoría son limitados a ejercer su libertad sexual por el propio Estado. Como lo manifestamos, junto a la libertad sexual, encontramos a la indemnidad sexual, concepto que quiere reflejar que determinadas personas son vulnerables por su condición personal o por situaciones que puedan hacer daño de una

⁹ José Enrique Pierangeli. *El Consentimiento del ofendido*. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998), 98-99.

¹⁰ Carolina Villacampa Estiarte. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexual de los menores*. (Pamplona: Aranzadi, 2015), 190.

¹¹ Carlos Creus, *Delitos sexuales según la ley 25.087*, en J.A. del 21/07/99, 2-9.

¹² Carolina Villacampa Estiarte. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexual de los menores*. (Pamplona: Aranzadi, 2015), 191.

experiencia sexual, esta indemnidad es entendida además como el derecho a no sufrir interferencias en el proceso de formación personal, lo cual trata de proteger y asegurar una normal evolución y desarrollo de la personalidad del menor, permitiendo que en el momento adecuado puedan decidir con plena libertad de sus opciones sexuales.¹³

Según lo anotado, la indemnidad sexual como bien jurídico para los adolescentes es el sano desarrollo sexual, esto deja abierta la posibilidad que aquellos puedan consentir en su libertad sexual, puesto que, el no decidir sobre sus propios actos sexuales puede también coartar ese derecho, por ejemplo, se vulneraría el derecho a la libertad sexual dentro del sano desarrollo sexual de adolescente cuando a sus 15 años quiera tener su primera experiencia sexual con una persona de 19 años, pero resulta que si los padres del menor de 15 años denuncian sobre el hecho, el Estado amparándose en la norma que el consentimiento del menor es irrelevante va a perseguir a toda costa el delito y más aún al responsable, imponiendo así una pena que no es justa; el interferir en el proceso de formación y desarrollo del adolescente es también una forma de vulnerar sus derechos sexuales.

En delitos sexuales, la libertad sexual de los adolescentes y adultos es lesionada en la medida en que el comportamiento sexual se observó contra su voluntad o al menos sin ella, esto es sin su consentimiento; el proceso de formación o desarrollo de la personalidad se puede estimar completado en la adolescencia y mal entonces se podría hablar que resulten ser lesionados en su libertad sexual y menos su sano desarrollo sexual.¹⁴

La integridad sexual no es otra cosa que, la libertad sexual para los mayores de edad, y el libre desarrollo sexual para los menores de edad, especialmente de los adolescentes, en donde nadie tiene el derecho de vulnerar la esfera sexual ajena sin la voluntad de la otra persona, puesto que, únicamente el individuo tienen su libre

¹³ Carolina Villacampa Estiarte. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexual de los menores*. (Pamplona: Aranzadi, 2015), 192.

¹⁴ Carolina Villacampa Estiarte. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexual de los menores*. (Pamplona: Aranzadi, 2015), 194.

disposición de su cuerpo, de sus afectos sexuales y del comportamiento sexual, según sus propios deseos.¹⁵

Lo curioso es que la libertad sexual y la indemnidad sexual vista como el sano desarrollo sexual de los adolescentes es un derecho que no está negado por la mayoría de tipos penales, pero que al mismo tiempo se contradicen puesto que la norma accesoria de los delitos sexuales contemplada en el artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral penal, establece que el consentimiento de los menores es irrelevante¹⁶, por lo cual, este derecho está siendo negado en nuestra legislación penal a todo menor de edad, incluido los adolescentes.

1.2.1. Renuncia a la Tutela del Bien Jurídico Protegido.

Al hablar de renuncia a la tutela jurídica, se la puede entender como el abandono del titular del bien jurídico por la protección que otorga la norma penal.¹⁷ Vale aclarar que, no siempre la renuncia al bien jurídico es la renuncia al consentimiento del sujeto pasivo ya que se delimita que el consentimiento de la persona sobre la que recae la acción este de acuerdo en algunos hechos y en otros no, por ejemplo en que la víctima consiente ser tocada su cuerpo por agente, pero eso no significa que le permita acceder carnalmente. Es por ello que la renuncia a la tutela del bien jurídico radica en convertir en lícito el hecho que pretendía ser punible.

La doctrina también ha señalado por otro lado que la renuncia del bien jurídico está ligada al tema de la disponibilidad del bien jurídico, y para ello crea un criterio que es conocido como “ponderación de los intereses” o “equivalencia de los intereses”, teoría que fue formulada en Alemania, la cual señalaba que la valoración subjetiva de los bienes jurídicos del individuo es reconocida por el ordenamiento jurídico puesto que el uso sin obstáculos de la libertad personal se presenta como un valor social en el Estado de Derecho, el cual debe ser equilibrado con el interés de la sociedad.¹⁸ Según lo anotado entonces podríamos manifestar que todos los bienes comunes a la sociedad son

¹⁵ Edgardo Alberto Donna. *Derecho Penal Parte Especial, Tomo I*. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011), 524.

¹⁶ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.

¹⁷ José Enrique Pierangeli. *El Consentimiento del ofendido*. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998), 98-99.

¹⁸ José Enrique Pierangeli. *El Consentimiento del ofendido*. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998), 98-107.

imposibles de ceder su consentimiento, todo lo contrario en bienes jurídicos individuales en donde la disposición de aquello radica en el consentimiento del titular del derecho.

1.3. Aspecto político criminal en el bien jurídico.

Es en el aspecto político criminal es donde aparece la idea en cuanto a la protección de bienes jurídicos. Este es un concepto que expresa una lucha por el sistema jurídico penal democrático, es decir es un concepto que critica al sistema, ya que no solo lo que hace es limitar la intervención de Estado en el poder punitivo, sino que además es dialéctico en cuanto a la titularidad y disponibilidad del bien jurídico.¹⁹

Lo indispensable que se tiene que tener en consideración es saber cuál es el verdadero sentido de protección del bien jurídico, es por ello que la necesidad de esta protección se desarrolla en tres aspectos fundamentales: las existenciales, definidas por el instinto de autoconservación y protección a la vida humana, como la libertad, la vida, la salud; las humanas, es decir todas aquellas necesidades que llevan a un impulso de realización, como por ejemplo el amor, el poder; y las radicales las cuales son propias a toda la sociedad, como por ejemplo los derechos de la naturaleza, es decir todos aquellos derechos donde existe más de dos titulares de un mismo bien jurídico.²⁰

Con ello que, la necesidad de protección de los bienes jurídicos en el ámbito político criminal tiene que ver en cuanto a la protección real que debe ejercer el Estado cuando exista no solo un titular de un bien jurídico, sino que de un mismo derecho existan varios titulares del bien jurídico vulnerado.

1.4. Moralidad en delitos sexuales.

A la función deslegitimadora del Derecho Penal se la observa cuando todo lo contrario a la prevención de delitos e imponer sanciones justas, se caracteriza a interiorizar valores éticos y a generar sensaciones de seguridad por la simple expedición de la norma penal. Lo que genera el derecho penal con aquello es imponer valores a los ciudadanos, coartando su autonomía y la libertad de desarrollar libremente su

¹⁹ Edison Carrasco Jimenez. *La Teoría Material del Bien Jurídico del sistema Bustos/Hormazabal*. (Salamanca: USC, 2015), 247.

²⁰ Edison Carrasco Jimenez. *La Teoría Material del Bien Jurídico del sistema Bustos/Hormazabal*. (Salamanca: USC, 2015), 254 - 255.

personalidad.²¹ Esto lo podemos confirmar puesto que uno de los derechos contemplados en nuestra Constitución es el libre desarrollo de la personalidad.²² Con ello que, el Derecho Penal, no puede interferir en la interioridad psíquica de ciudadano para así acoplarlo a los intereses del Estado. El Derecho Penal debe limitarse a la protección de bienes jurídicos, despojándose completamente de situaciones moralizantes.²³

Uno de los campos que afecta al derecho penal en cuanto a la moralidad es el sexual, esto es cierto porque en tipos penales de Codificaciones anteriores, podemos encontrar el tipo penal de homosexualidad, y de adulterio. Estas conductas son consideradas inmorales, en donde no se menoscaba derechos individuales, es por ello que no existe una “real causalidad lesiva”, es decir no se transgrede un bien jurídico o no es lesivo un derecho.²⁴

Saber distinguir entre la moral y el derecho, entre el delito y el pecado, entre lo ético y lo prohibido, le ha costado a la humanidad siglos el poder diferenciarlos, en donde no existía la noción de daño social como presupuesto de la punibilidad.²⁵

Un fundamento aportado por la ilustración penal al requisito de la materialidad de la acción criminal es el principio axiológico, esto es de la separación del derecho con la moral. Esto nace de la discusión laica liberal sobre los límites del derecho respecto a la moral, en donde se considera que no todos los pecados deben ser prohibidos, puesto que no esta tarea del derecho imponer o sancionar la moral. Este principio como límite a la intervención penal del Estado, marca el nacimiento de un ciudadano moderno, el cual es sujeto susceptible de su actual siendo este visible, pero inmune en su ser, ya sea a límites y controles, por lo cual equivale a la tutela de su libertad interior como presupuesto de su vida moral así como de su libertad exterior para así realizar actos que no deberían ser prohibidos por el derecho. Es por ello que este principio además se traduce en: respeto a la persona, incluso a la inconformidad de la supuesta legitimidad del derecho, a la

²¹ José Joaquín Urbano Martínez. “Concepto y Función del Derecho Penal” en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Universidad Externado de Colombia. (Bogotá: V&M Gráficas, 2002), 23- 24.

²² Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 Numeral 5. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

²³ José Joaquín Urbano Martínez. “Concepto y Función del Derecho Penal” en *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Universidad Externado de Colombia. (Bogotá: V&M Gráficas, 2002), 24.

²⁴ Claus Roxin. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. (Madrid Civitas: Civitas, 2007), 52-53.

²⁵ Adrián Marcelo Tenca. *Delitos Sexuales*. (Buenos Aires: Astrea, 2013) 10.

tolerancia para con el distinto, a la igualdad de los ciudadanos ya sea por sus actos, por sus ideas, por sus opiniones, etc.²⁶

En la separación del derecho con la moral, para el Estado lo único observable es el hecho, o lo sucedido, es esa su realidad; pero no se va más allá, esto es a la voluntad, la intención de dañar, estas no se toman en cuenta sino solo en la medida en la que sirven para explicar el hecho. Para esto el utilitarismo penal, la solución de determinar una separación entre derecho y moral es, la verificación de dañosidad para terceros y de la exterioridad de la acción.²⁷ Según esta teoría, no podría existir una acción punible cuando una persona mayor de 19 años accede carnalmente a una persona de 15 años de edad, si esta última consintió en el acto, ya que si no existe daño en la víctima esta conducta no sería castigable para el agente.

En nuestra actualidad no podemos penalizar de ninguna manera a la moral, el derecho siempre debe mantenerse al margen de determinar las conductas criminales, pero eso no quiere decir que el Estado debe apropiarse de la propia libertad de los ciudadanos y en el caso de estudio a los adolescentes para decidir sobre sus actos; la sociedad siempre se encuentra en una constante evolución y eso significa que el derecho tiene que estar acorde a los pensamientos, actos y vivencias que los seres humanos desarrollen en su diario vivir, diferenciado que lo moral no puede ser castigado.

²⁶ Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón *Teoría del garantismo penal*. (Madrid: Trotta, 2001), 481.

²⁷ Luigi Ferrajoli. Derecho y Razón *Teoría del garantismo penal*. (Madrid: Trotta, 2001), 482-483.

CAPITULO II.

2. EL CONSENTIMIENTO.

Para nuestro estudio es determinante analizar el consentimiento desde el punto de vista del derecho penal, es por ello que veremos algunos temas que tratan del consentimiento en materia penal.

2.1. Definición del consentimiento.

Primero debemos manifestar que el consentimiento es, una manifestación de la voluntad, expresa o tácita, en donde existe un vínculo jurídico.²⁸

Existen algunos conceptos que nos dan varios autores, entre ellos tenemos: para Molinier por ejemplo manifiesta que consentimiento, es una autorización o un permiso²⁹. Argeri, dándonos un significado más centrado en el ámbito del derecho manifiesta que es el: “Elemento sustancial de todo contrato. Consiste en la conformidad y coincidencia de voluntades serias y definitivas entre dos partes capaces sobre la oferta efectuada por una y la conformidad de la otra en concretar determinada relación jurídica obligatoria. Ese consentimiento puede ser expreso: cuando se exterioriza voluntariamente por escrito o por signos inequívocos; y tácito: el que surge de hechos o actos que lo presuponen o que autorizan a presumirlo, excepto en hipótesis en que la ley exige una manifestación expresa o que las partes hubieran convenido que para obligarse debería satisfacerse determinada condición o formalidad.”³⁰

Según las definiciones mencionadas, el consentimiento tiene necesariamente como consecuencia una aceptación, la cual recae sobre la persona a quien se dirige el ofrecimiento, permitiendo así que la propuesta se lleve a cabo.

En nuestra legislación, los menores de dieciocho son considerados incapaces, todo lo contrario sucede al hablar de personas mayores de edad, según las cuales son capaces en consentir todos sus actos, lo cual genera discriminación a los adolescentes, puesto que existen aquellos en que si se encuentran preparados para otorgar su consentimiento, tal es el caso que la misma legislación les otorga capacidad de contraer matrimonio, o de un

²⁸ Diccionario de la Real Academia de la Lengua.- consentimiento.- Ed. Microsoft 2015.

²⁹ María Molinier. *Diccionario de Uso del Español*. (Madrid: Real Academia Española, 1998), 732.

³⁰ Saúl Argeri. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Sociales*. (Buenos Aires: Ed. La Ley, 1999), 170.

primer empleo. Con lo manifestado, se abre la posibilidad de hablar en cuanto a la madurez que un adolescente podría tener en su libre desarrollo para contraer la obligaciones y derechos que la misma legislación le otorga, es así que la madurez de una persona, se ha determinado como el momento en el cual la persona se encuentra apta para tomar exigencias o compromisos ya sean, económicos, familiares, laborales, etc.³¹

En cuanto al tema que nos trae a colación, este es el del consentimiento de los adolescentes en delitos sexuales, resulta importante analizar el desarrollo personal del adolescente, análisis que más adelante estudiaremos, destacando la madurez del adolescente para así evaluar cuando el adolescente se encuentra apto para consentir o no en un acto sexual, el cual puede influir en su vida.

2.2. El consentimiento penal.

2.2.1. Antecedentes.

Dentro del significado del consentimiento en el derecho penal, este se lo ha visto plasmado desde el gran jurista romano, Ulpiano, quien transmitió la frase “nulla iniuria est, quae in volentem fiat”³²; esto quiere decir que lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye delito. Es por ello que a la “iniuria” no solo la debemos entender como la injuria en sentido estricto, es decir a los delitos de acción privada, sino que también constituye cualquier lesión de los derechos de la personalidad como por ejemplo el honor, la integridad, la vida, etc.,. Esta frase más tarde evoluciona en el derecho penal, para plasmarla como “volenti non fit iniuria”³³, esto quiere decir que frente a aquel que lo quiere, no tiene lugar ningún injusto, frase que hasta nuestro tiempos es utilizada por los tratadistas de derecho penal.

Con el antecedente señalado, los autores inspirados en la doctrina del Derecho Natural, permitían que el consentimiento solo podía ser aprobado cuando el sujeto renuncie a sus derechos subjetivos, ya que estos estaban sujetos a la facultad de disposición del individuo y de ello que, el consentimiento no atentaba contra la voluntad de aquel. Por otro lado, la Escuela Histórica del Derecho, rechazaba por principio la influencia del consentimiento

³¹ Juan José Zacarés y Emilia Serra. *La madurez personal: perspectivas desde la psicología*. (Madrid: Ediciones Pirámide, 1998), 273-280.

³² Digesto XL VII, 10.1, 15.

³³ Digesto XL VII, 10.1, 15.

sobre la punibilidad, puesto que el derecho penal al ser una manifestación del orden estatal, el consentimiento no puede estar sujeto a disposición del individuo. La Escuela Sociológica del Derecho, en donde se consideraba al delito como lesión de intereses, es decir el consentimiento excluye absolutamente la infracción jurídica de quien actúa.³⁴

También se afirma que la ratio de una eficacia justificadora del consentimiento, radica específicamente en la renuncia de los intereses, determinando que esta renuncia es a la protección de los bienes jurídicos tutelados, razón por la cual, si el titular del bien tutelado lo renuncia, el estado no tendría derecho de intervención sobre aquel.³⁵

Con lo mencionado podemos notar que el consentimiento nace como un principio universal de derecho penal, con ello que si partimos de aquella singularización, el consentimiento tiene que ser expresado y plasmado dentro de las bases del derecho penal, lo cual nos llevaría a establecer si en verdad o no se puede configurar un injusto penal.

2.2.2. El Consentimiento en Materia Penal.

En el derecho penal, al hablar de consentimiento, se establece como la coincidencia de voluntades entre el sujeto pasivo y el sujeto activo de la infracción, este es un factor que se ha llegado a observar de forma diferente a tal punto que no tiene el mismo valor, considerado este como nulo e insignificante.³⁶

Con ello es importante establecer, como se lo dijo en el primer capítulo, nuestro derecho penal protege bienes jurídicos, los cuales están a disposición de cada individuo como titular del bien, por lo tanto, el individuo al ser el titular del bien jurídico puede disponer de este como a bien lo parezca. Los tipos penales protegen bienes jurídicos no protegen la integridad del sujeto pasivo, sino el dominio que tiene este como titular del bien.³⁷ El consentimiento que nos ocupa dentro de esta materia, no puede ser más que un consentimiento dado a la acción ejecutada por el agente, razón por la cual este consentimiento tiene que ser originario de un individuo susceptible de titularidad.³⁸

³⁴ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1*, 2ª. Ed. (Madrid: Civitas, 2007), 511-512.

³⁵ Albin Eser y Bjorn Burkhardt, *Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de Casos de sentencia*, (Madrid: Colex), 1995, 275.

³⁶ Antonio Quintano Ripolles. *Relevancia del Consentimiento de la Víctima en Materia Penal*, en Anuario de Derecho Penal, (Madrid: Trotta), 1950, 321.

³⁷ Esteban Righi, *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. Ed., (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014), 192.

³⁸ Adolf Merkel, *Derecho Penal, Parte General*. (Buenos Aires: B de F, 2014), 170.

El concepto del consentimiento en el derecho penal ha sido visto desde dos perspectivas, uno es aquel que excluye la tipicidad y otro es aquel que justifica la antijuridicidad o cuando no exista una puesta en peligro o lesión del bien jurídico.

El interés del estudio del consentimiento en materia penal, es el poder determinar objetivamente que los bienes jurídicamente tutelados son disponibles por el individuo. Esto tiene que estar vinculado tanto en la teoría como en la práctica, sólo con aquello se podrá evidenciar la efectividad consensual. Esta efectividad es medible en cuanto a la eficiencia del consentimiento en aquellas infracciones de bienes o derechos sobre los que el sujeto pasivo guarda potestad de decisión. Es decir, el individuo como titular de su bien jurídico debe tener idoneidad para ejercer una válida disposición individual de su derecho.

El consentimiento prestado por la persona perjudicada por la acción, excluye definitivamente la existencia del delito, siempre que el interés subjetivo que tenga el sujeto en poder manifestar su voluntad en una determinada dirección sea el objeto inmediato del ataque y el de la protección penal. Ya que no hay un interés de causar agravio por medio de acciones que estén conformes con la voluntad de la persona afectada por ellas.³⁹ Es decir que la víctima del supuesto delito tiene la capacidad de determinar que al momento de dar su consentimiento, no se podría afectar ni su esfera de protección del derecho ni su derecho tutelado.

La ley desde el momento que otorga a una persona facultad de disposición de su derecho, manifiesta que, no se propone prestar protección más que contra los influjos dañosos ejercidos sobre el bien, sin la aprobación de dicha persona, o dicho de otra manera y con mayor precisión, que el objeto de la protección jurídica no lo constituye la posesión en sí misma de esta cosa, sino la voluntad de la persona en su relación con esta posesión. Con ello que no es preciso atender si el consentimiento del agraviado ha sido o no conocido por el agente, ya que no se trata de un fundamento o causa de exculpación para el autor del hecho, sino de que no se ha atentado contra el objeto materia de ataque propio del delito⁴⁰, es decir que al derecho penal no le interesa que el agente sepa o no que el consentimiento de la víctima lo está dado, sino lo que le interesa es que el derecho no se encuentre trasgredido.

³⁹ Adolf Merkel, *Derecho Penal, Parte General*. (Buenos Aires: B de F, 2014), 170-171.

⁴⁰ Adolf Merkel, *Derecho Penal, Parte General*. (Buenos Aires: B de F, 2014), 170-171.

El consentimiento, necesariamente tiene que ser manifestado por quien otorga y además conlleva a que se encuentre libre de vicios, es por ello que, el consentimiento puede dar lugar a una atipicidad de la conducta, ya que la aquiescencia del sujeto pasivo tiene como efecto, la atipicidad de la conducta del tercero que opera dentro de sus límites o a su vez justificar la conducta⁴¹. Por lo cual se entiende que el consentimiento o bien puede excluir la tipicidad y dejar una acción como atípica, o a su vez se puede justificar la antijuridicidad por falta de vulneración al bien jurídico protegido.

El bien jurídico al ser altamente significativo (p. ej., la vida, la salud, etc.), es el fundamento de la imputación penal, es el objeto de tutela, nunca puede faltar y por ello, y de acuerdo a la observación del derecho positivo, la pena, aún conceptuada como castigo y con carácter retributivo, tiene función de prevención, de defensa de bienes jurídicos.⁴²

Para imponer sanción por una conducta punible que afecta a un bien jurídico concreto se debe averiguar si era posible que el titular del derecho hubiera podido consentir en la conducta presuntamente punible, y así determinar, si efectivamente hay o no una responsabilidad penal por un hecho aparentemente ilícito.

2.2.3. El Consentimiento en la Tipicidad.

Roxin es defensor de la teoría que manifiesta que, el consentimiento excluye el tipo, determina que esta razón surge en la teoría liberal, la cual consiste en el desarrollo del bien jurídico protegido del individuo. Por ello que, si en verdad los bienes jurídicos sirven para el libre desarrollo de la persona, no podría existir ninguna lesión del bien tutelado cuando una acción se fundamenta en una disposición del portador del bien jurídico que no lo vulnera, sino todo lo contrario, constituye la expresión del titular del bien tutelado.⁴³ Dicho en otras palabras el titular del bien protegido, determina que al dar su consentimiento no se está vulnerando su bien jurídico, sino que se vale de la acción la cual le sirve en su libre desarrollo de su personalidad. Es decir que el sujeto pasivo consiente en el quebranto de su bien, de tal manera de quien ejecuta el acto está

⁴¹ Eugenio Raúl Zaffaroni. *Tratado de Derecho Penal: Parte General III*. (Buenos Aires: Ediar, 1987), 521-524.

⁴² Jaime Ríos. *El Consentimiento en Materia Penal*. (Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2006), 1-4.

⁴³ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1*, 2ª. Ed. (Madrid: Civitas, 2007), 517.

cooperando con el sujeto pasivo. Según esta teoría a nuestro modo determina que, el consentimiento excluye la tipicidad cuando surgen dos requisitos importantes por parte del sujeto pasivo de la conducta: 1) Debe constituir expresión del sujeto pasivo; y, 2) El sujeto pasivo se debe beneficiar de la acción.

Esta teoría al manifestar que el consentimiento se encuentra en la tipicidad, afirma que debe existir renuncia efectiva de un bien jurídico, de ello, como resultado, el bien jurídico penalmente protegido a consecuencia de la relación que lo une con su titular, sea extraído del campo de protección de la norma mediante el acto de disposición del sujeto legitimado. Razón por la cual, el consentimiento pasa a ser un problema de la lesión del bien jurídico protegido, ya que la posibilidad de exclusión de una posibilidad de lesión es determinante ser analizada en la tipicidad.⁴⁴

Con lo dicho, se afirma entonces que el consentimiento al ser un requisito con el cual se desarrolla la personalidad de manera libre, determinando que, dentro de ese desarrollo se encuentra por ejemplo el cuerpo del individuo, ya que la intención es la realización personal.⁴⁵ Desde el punto de vista de la tipicidad por un lado no se estaría afectando la tipicidad objetiva de la conducta, ya que el consentimiento debe recaer sobre uno de los elementos del tipo. “Cuando uno de los elementos del tipo es la falta de consentimiento del titular del bien jurídico protegido, si éste consiente, el tipo no se configura y no existe delito.”⁴⁶ Un ejemplo claro es el del rapto, ya que en este delito resulta importante que sea ejecutado contra la voluntad de la mujer, de tal manera que si ella consiente, desaparece la tipicidad.⁴⁷

La libertad es garantizada dentro del marco constitucional, razón por la cual, el sentido de ejercitar el derecho por parte de quien consiente en el acto, imposibilita la lesión de un bien jurídico tutelado que solo le pertenece a la persona, razón suficiente para determinar que una conducta es considerada como atípica. Dentro del “Bien jurídico y poder de disposición sobre el bien jurídico forman no sólo una unidad, sino que objeto

⁴⁴ Reinhart Maurach y Heinz Zipf. *Derecho Penal. Parte General*. (Buenos Aires: Astrea, 1994-1995), 33.

⁴⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1*, 2ª. Ed. (Madrid: Civitas, 2007), 517.

⁴⁶ Anibal Bruno. “Derecho Penal Parte General” en José Enrique Pierangeli, *El Consentimiento del ofendido*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998), 87.

⁴⁷ José Enrique Pierangeli. *El Consentimiento del ofendido*. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998), 87.

de disposición y facultad de disposición son, en su relación mutua, de por sí, el bien jurídico protegido en el tipo.⁴⁸

En todos los tipos penales, en donde se pone de manifiesto el consentimiento, se determina una realización contra la voluntad del sujeto portador del bien tutelado, teniendo como resultado la renuncia o el abandono que se da por parte del Estado en la protección del bien jurídico, de ello que esta es una de las razones para el hecho típico no se lleve a cabo.

Con lo referido anteriormente, cuando la voluntad del que actúa no se dirige a la producción de un desvalor de resultado, necesariamente va a faltar un desvalor de la intención. Razón suficiente para determinar que un comportamiento neutro jurídicamente y socialmente adecuado no realiza el tipo delictivo, por lo tanto ese acto no podría ser típico. Es decir que, cuando existe consentimiento por parte del portador del bien jurídico, este se deja guiar por el provecho que quiere sacar de la acción en la cual el presta su otorgamiento.⁴⁹

Existen momentos en los cuales un daño o una injerencia en la esfera corporal podrían contemplarse a pesar del consentimiento como contrarias al bienestar real del portador del bien jurídico. Son estos los casos cuando hay que afirmar que existe un desvalor de resultado y con este el tipo delictivo, de ello, el consentimiento según la situación actuaría excluyendo el tipo o justificando la conducta.⁵⁰ Esto lo podríamos ver claramente en el caso que una persona decida realizarse algún cambio corporal, o realizarse algún tatuaje llamativo, puesto que para el sujeto pasivo de la conducta se estaría satisfaciendo su bienestar del bien jurídico.

Con el análisis realizado, podríamos manifestar que el consentimiento se encuentra dentro de la tipicidad cuando la conducta que se realiza no es contraria a la voluntad de la víctima, ya que el legislador para tipificar normas penales lo hace pensando en que la conducta delictiva tiene que ser contraria a la voluntad del sujeto pasivo.

⁴⁸ Rudolphi, *Revista de Derecho Penal*, en Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1*, 2ª. Ed. (Madrid: Civitas, 2007), 518.

⁴⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1*, 2ª. Ed. (Madrid: Civitas, 2007), 519-520.

⁵⁰ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1*, 2ª. Ed. (Madrid: Civitas, 1997), 520.

2.2.4. El Consentimiento en la Antijuridicidad.

“Una acción antijurídica es formalmente antijurídica, afirma, en la medida en que contraviene una prohibición o mandato legal; y es materialmente antijurídica en la medida en que ella se plasma una lesión de bienes jurídicos socialmente nociva y que no se puede combatir suficiente con medios extrapenales.”⁵¹

El objeto de protección penal está constituido necesariamente por bienes jurídicos y estos son analizados luego de haber observado que existe una acción típica, y no dentro de la libertad de disposición del titular del bien tutelado. Los bienes jurídicos considerados como de reserva personal son: la integridad corporal, la libertad, la propiedad, el honor, frente a otros bienes que son de la comunidad, todos ellos protegidos y garantizados dentro de la Constitución. Ahora bien, el consentimiento puede ser objeto de renuncia, y pese a que este pueda ser la acción en un primer momento como típica, puesto que el titular del bien jurídico no ha observado las desventajas de su renuncia, ya que el sujeto pasivo al otorgar su consentimiento debe estar libre de todo engaño o violencia.⁵² Con ello que al consentimiento en la antijuridicidad lo que observa es que el bien jurídico no se encuentre amenazado o lesionado.

El consentimiento del sujeto pasivo puede encontrarse dentro de la antijuridicidad cuando el titular del bien jurídico protegido es la persona que puede disponer libremente de su derecho; pero tampoco el consentido debe exceder los límites dados por el consintiente, así por ejemplo una persona que consiente en el acto sexual, pero no en el sadismo del juego amoroso.⁵³

Para que el consentimiento sea considerado como una causal de justificación de la antijuridicidad, debía ser expresado antes del hecho por el sujeto dueño del bien jurídico que sea capaz de consentir. Además, debía ser libre de vicios. De ello que el consentimiento aparece como una renuncia hecha por el titular del bien jurídico a la tutela ofrecida por el ordenamiento jurídico. Donna señala algunos requisitos necesarios para

⁵¹ Claux Roxin, “Derecho Penal” en Edgardo Donna, *Derecho Penal Parte General Tomo III*. (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2010), 17.

⁵² Hans Jescheck y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal. Parte General 5ta. Ed.* (Granada: Comares, 2002), 403.

⁵³ José Enrique Pierangeli. *El Consentimiento del ofendido*. (Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998), 88-93.

que se pueda dar dicha renuncia, como son: se debe tener capacidad de entendimiento para comprender lo que implica renunciar al bien jurídico y las consecuencias que esto puede conllevar, debe estar libre de vicios y el titular del bien jurídico debe tener y conocer el consentimiento que se encuentra en juego.⁵⁴

Así también, otros autores establecen que el consentimiento en la antijuridicidad cuando el ofendido lo da de manera válida. El dueño del bien jurídico podrá renunciar a la protección normativa del tipo penal antes o durante la vulneración del bien jurídico protegido por la legislación.⁵⁵

En cuanto al consentimiento en la antijuridicidad material, es importante señalar que, como dice Donna, necesariamente debe entrar en juego la idea del bien jurídico protegido, como autonomía del hombre, la cual debe ser defendida por la Constitución, de modo que la acción formalmente antijurídica a ese bien jurídico de alguna manera lo debe poner en riesgo o causar una lesión.⁵⁶

Es importante señalar que para que el consentimiento se encuentre dentro de la antijuridicidad, siempre debe existir una idea de valorización subjetiva de los bienes jurídicos, la cual es reconocida por el ordenamiento legal, el uso sin restricciones de la libertad personal es considerado como un valor social en un Estado de Derecho liberal,⁵⁷ es por ello que, el consentimiento en la antijuridicidad únicamente puede ser objeto de discusión cuando este afecta a un solo individuo, no así cuando los titulares de un solo bien jurídico son más de dos personas.

El consentimiento de titular de bien jurídico también lo encontramos en la antijuridicidad, teoría con la cual me identifiqué dentro del enfoque de nuestro sistema penal y específicamente dentro de antijuridicidad material, tema que es analizado en la propuesta que realicé dentro de este estudio, puesto que, si al consentimiento no se lo encuentra como causal de justificación como es el caso de nuestra legislación penal, necesariamente tendríamos que analizar en la antijuridicidad material, puesto que la

⁵⁴ Edgardo Alberto Donna. *Teoría del delito y de la pena: Imputación Delictiva*. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995), 176-177.

⁵⁵ Ivonne Melva Flores y M. Lorena Aracena Morales. *Tratado de los Delitos Sexuales*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica la Ley, 2005), p 45-58.

⁵⁶ Edgardo Donna. *Derecho Penal Parte General Tomo III*. (Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2010), 24.

⁵⁷ Hans Jescheck y Thomas Weigend. *Tratado de derecho Penal parte general 5ta. Edición*. (Granada: Comares, 2002), 404.

transgresión propia del bien jurídico protegido se encuentra dentro de la antijuridicidad material, concebida esta como la infracción del derecho que intenta proteger la norma, pero como lo manifesté este estudio a profundidad lo vamos a encontrar en líneas posteriores, puesto que el análisis realizado en estas líneas ha sido enfocado más a un tema dogmático de la ciencia penal.

2.2.5. El consentimiento y su objeto.

El consentimiento es una clara voluntad de permiso o aceptación de beneplácito. Aunque en la cotidianidad de la interacción social normalmente el hecho consentido que a priori asoma como delito es rechazado, reclamándose castigo si se ha producido un resultado nocivo o pernicioso, y, por la inversa, de ordinario no cae bajo repulsa generalizada si origina solamente un resultado bastante menor, negación y aceptación que no necesariamente se trasladan a la legalidad punitiva, no puede ignorarse que el derecho penal, sí reconoce al consentimiento del titular del derecho o interesado como elemento de afectación del delito.⁵⁸

Una acción consentida por el interesado influye en la existencia o no de un delito pudiendo incluso, excluir la responsabilidad penal del agente. Por lo tanto el objeto del consentimiento, está en la aceptación de un acto punible y una renuncia a la protección que confiere el derecho por parte de la persona que consiente en el acto.

2.2.6. Requisitos del consentimiento en materia penal.

1.- Titularidad: Sólo puede consentir el titular del bien jurídico llamado a ser afectado por la conducta punible. El consentimiento tiene que ser prestado personalmente por el titular del bien jurídico, en el delito de violación por ejemplo dada la índole tan personal de la libertad sexual sólo consciente el titular del bien jurídico.⁵⁹

La primera condición elemental para que el consentimiento del ofendido tenga eficacia jurídica en lo penal es, naturalmente, que en la figura delictiva sobre que trate de operar exista directamente un titular del derecho violado. Existiendo esta condición de titularidad, es un factor con el que hay ya que contar y que exige una valoración en uno u otro sentido bien excluyendo la tipicidad o a su vez justificando o desvalorizando la

⁵⁸ Jaime Rios. *El Consentimiento en Materia Penal*. (Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2006), 5-7.

⁵⁹ Jaime Rios. *El Consentimiento en Materia Penal*. (Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2006), 8-9.

antijuridicidad, o simplemente atenuando la responsabilidad, puesto que en nuestro caso el juzgador se toma de la ley positiva para únicamente aplicarla, la misma que en la mayoría de casos no es analizada analógicamente.⁶⁰

En la titularidad necesariamente debe existir capacidad de disposición del bien jurídico, para con ello sacrificarlo.

2.- Capacidad: Para consentir se requiere que el titular del derecho goce de juicio y equilibrio mental suficiente como para establecer el alcance de su aceptación y calcular razonablemente los beneficios.

Hay delitos respecto de los cuales la propia ley penal se encarga de determinar la capacidad para consentir, en lo que atañe a la edad, y como sucede en el delito de violación, y, en el cual tal capacidad se tiene en algunas legislaciones ya a los catorce años de edad puesto que se prevé siempre como violación el acceso carnal -anal, bucal o vaginal- a una persona menor de catorce años aunque ésta consienta, o recurrir al uso de fuerza o intimidación, o valerse de la privación de sentido de la víctima o aprovechar su incapacidad para oponer resistencia, o hacer abuso de su enajenación o trastorno mental.⁶¹

El menor que ya alcanzó la edad de catorce años puede consentir en ser accedido carnalmente, pero para nuestra legislación sigue siendo una conducta punible ya que la norma penal determina que el consentimiento en menores de edad es irrelevante, es decir hay que encontrar el delito a como dé lugar. Los menores, habiendo cumplido catorce años de edad, pueden consentir en realizar actividad sexual y aunque el ejercicio de ésta sea un tema moral para la sociedad, no puede ser confundido con el derecho.

En este punto la principal solución es la de fijar como norma la de la edad del consentimiento. Es por ello que la ley en las situaciones consensuales no establece una precisión determinada, puesto que en el delito de estupro la edad del sujeto pasivo tiene que ser mayor de 14 y menor de 18 años, cuando la norma general expresa que en materia de delitos sexuales el consentimiento es irrelevante, esto puede llegar a confusión por

⁶⁰ Antonio Quintano Ripolles. *Relevancia del Consentimiento de la Víctima en Materia Penal*, en Anuario de Derecho Penal. (Madrid: Trotta, 1950), 323-324.

⁶¹ Jaime Ríos. *El Consentimiento en Materia Penal*. (Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2006), 9-11.

parte del juzgador y en vez de juzgar un delito de estupro podría juzgar una violación de un adolescente.

Uno de los requisitos esenciales de validez del consentimiento es la capacidad del sujeto que lo presta. En tal sentido, las legislaciones de cada país fijan edades límite, según el grado de comprensión que requiera la clase de acto de que se trate. Pero aquello, no significa que sea el método adecuado en todos los casos, ya que no siempre esa edad predeterminada por el legislador se compadece con la madurez biológica de la persona. Por tal motivo podemos manifestar que el día que separa cronológicamente la mayoría de la minoría de edad, no hace que de un día a otro el ser humano sea incapaz a capaz, ya que el desarrollo intelectual de cada sujeto es diferente.⁶²

Sobre capacidad nos manifiesta Enrique Bacigalupo, “es suficiente la capacidad natural de comprender y de juzgar”⁶³, de entender y discernir la significación del abandono del interés protegido y la trascendencia del hecho. Teniendo en cuenta que se halla en juego la eliminación de la tutela de un bien jurídico, sería tentativamente adecuado proponer que la determinación de la mayoría de edad constituya un límite meramente lógico, para mantener siempre latente la posibilidad de verificar mediante los estudios psicológicos del caso, la comprensión imprescindible con que debe contar la persona que presta el consentimiento⁶⁴.

Aun así, admite Núñez que es la inmadurez mental de la menor de doce años la que vuelve, según el concepto de la ley, totalmente inoperante su consentimiento.⁶⁵ Razón por la cual el legislador ha tratado de positivizar esta norma, con el afán que no exista posibilidad de poder juzgar de diferente forma a la determinada en la norma penal.

3. Libertad y Conciencia: El consentimiento debe darse libremente, sin mediar coacción o engaño, y correspondiendo a la verdadera voluntad del acto del que consiente

⁶² Gabriel Dario Jarque. *La relevancia penal del consentimiento* en Revista de Derecho Penal. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2013), 415.

⁶³ Enrique Bacigalupo. *Manual de Derecho Penal Parte General*. (Bogotá: Ed. Temis Ilanud 1984), 133.

⁶⁴ Gabriel Dario Jarque. *La relevancia penal del consentimiento* en Revista de Derecho Penal. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2013), 415.

⁶⁵ Ricardo Núñez. *Derecho Penal Argentino.*, (Buenos Aires. Ed. Bibliográfica Omeba), 328.

y, consiguientemente, es inoperante si emana de quien, aún con libertad, no tiene aceptación total e incondicional de los efectos del hecho que se permite.⁶⁶

La libertad adquiere tan esencial significación, requiriendo que el acuerdo prestado esté desprovisto de toda coacción física, moral y/o psíquica, como así también de engaño y error, cualquier vicio que afecte a la libertad para decidir, torna inválido el consentimiento prestado, y con ello, ineficaz su eventual efecto sobre la acción presuntamente delictiva.⁶⁷

El consentimiento tiene que estar libre de vicios de la voluntad (engaño, error y violencia). No basta con un simple error en los motivos para hacer ineficaz el consentimiento. En cuanto al engaño y al error que afectan exclusivamente al objeto de la acción determinan la ineficacia del consentimiento, ya que éste no cubre la intervención del autor en la esfera jurídica del afectado. Así también en cuanto a la violencia se habla que esta debería considerarse cuando afecte un mal en un sentido muy grave.⁶⁸

a) Engaño: El engaño ineficaz respecto del consentimiento cuando este ataca el bien jurídico tutelado, es decir que, el engaño se observa cuando se pone en peligro el bien jurídico tutelado por una supuesta renuncia del mismo en la cual se ve afectada de manera artificiosa el consentimiento de la víctima. El engaño necesariamente tiene que provenir del sujeto activo de la conducta y no del sujeto pasivo.

Existe engaño cuando por ejemplo en una acción curativa en donde pese a existir el consentimiento de la víctima para que el odontólogo extraiga sus muelas porque según aquel deduce que sus dolores de cabeza son producto de aquello y en tal sentido lo realiza, pero como resultado no mejora sino empeora, estarías hablando de un engaño.⁶⁹

b) Error: Para determinar que existe error, debemos manifestar que el problema se suscita cuando la persona que consiente no es obra de engaño, sino que este tiene su origen en la propia persona o en sujeto pasivo.

⁶⁶ Jaime Rios. *El Consentimiento en Materia Penal*. (Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2006), 12.

⁶⁷ Hans Jescheck. *Tratado de Derecho Penal*. (Barcelona Ed. Bosch, 1978), 522.

⁶⁸ Hans Jescheck y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal. Parte General 5ta. Ed.* (Granada: Comares, 2002), 409.

⁶⁹ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte Genrerar Tomo 1, 2ª. Ed.* (Madrid: Civitas, 2007), 70.

Es por ello que todo consentimiento requiere de una manifestación, lo cual se traduce en una interpretación objetiva. Para el principio de que los errores no debidos a engaño no ponen en duda la eficacia del consentimiento, rige de igual manera cuando el receptor de la manifestación tiene el deber jurídico de eliminar posibles representaciones equivocadas del titular del bien jurídico mediante una aclaración o información pericial.⁷⁰

Es decir que pese a que por ejemplo el médico luego de haber informado el posible diagnóstico de su intervención el paciente no lo entiende cayendo en error y pese a ello consiente en la realización de la intervención médica.

c) Amenaza y Violencia: Será considerada como amenaza aquella que afecte seriamente la libertad de decisión del titular del bien jurídico, determinando que el suceso ya no es expresión de su libertad de acción. Es decir la amenaza se vuelve una coacción en donde la decisión de la víctima es boicoteada.⁷¹

Por ejemplo podríamos hablar de amenaza cuando el padre de familia de una menor de edad le obliga a casarse con su novio mayor de edad, porque ella se encuentra en estado de gestación, caso contrario le denunciaría al novio por un presunto delito sexual.

4. Exteriorización: El consentimiento, en sentido legal, de alguna forma ha de exteriorizarse, si ello no ocurre no se está frente a una voluntad comprobada que permita vincular a ella consecuencias jurídicas. El consentimiento no requiere de manifestación expresa y basta tan sólo una acción cualquiera.⁷²

Cabe hacer una puntualización en el sentido que, “en la actualidad se exige que el consentimiento debe ser manifestado externamente de un modo inequívocamente reconocible, sin que sean aplicables las reglas del derecho Civil relativas a la declaración de voluntad (capacidad negociar, vicios de consentimiento, recepción)”⁷³

⁷⁰ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1*, 2ª. Ed. (Madrid: Civitas, 2007), 76-77.

⁷¹ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1*, 2ª. Ed. (Madrid: Civitas, 2007), 78-79.

⁷² Jaime Rios. *El Consentimiento en Materia Penal*. (Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2006), 12-13.

⁷³ Hans Jescheck y Thomas Weigend. *Tratado de Derecho Penal. Parte General 5ta. Ed.* (Granada: Comares, 2002), 409.

En la exteriorización debe existir una declaración de voluntad del sujeto pasivo, la cual podría llegar a ser tácita, la misma que tiene que ser prestada antes del hecho o en el momento de la ejecución.⁷⁴

Existen otras posiciones en la cuales se manifiesta que el consentimiento no necesita de una declaración frente de quien actúa y hasta que no se reconozca, ya que en la no intervención sólo puede verse un consentimiento la cual es decisión libre del titular del bien protegido.⁷⁵ En otras palabras podríamos manifestar que según esta posición el consentimiento se ve reflejado por una expresión de conformidad en la vulneración de un bien tutelado.

La exteriorización del consentimiento se refiere al hecho en el cual la víctima al ser el titular del bien protegido y por ende tener el goce de su derecho, pueda aceptar que su bien tutelado sea “transgredido”, para lo cual debe revelar o demostrar que está de acuerdo en la acción que se va a realizar.

Con el consentimiento se expresa la voluntad que tiene el titular del bien jurídico, por ello que, un pensamiento no manifestado no se convierte en una expresión de la voluntad, pero de todas maneras para que exista una expresión de consentimiento basta con una acción concluyente.

2.2.7. El consentimiento presunto.

El consentimiento se denomina presunto si se puede conjeturar que el titular del derecho, que al tiempo del suceso no se halla en situación de por sí aceptar, habría efectivamente consentido de haber estado en condición de hacerlo y se necesita, además, realizar a su respecto una conducta punible, y, la que inclusive el agente puede llevar a cabo en interés propio.⁷⁶

Existen casos, en los cuales el autor del hecho delictivo actúa con la creencia de hacerlo en interés de la víctima, con la seguridad que de haber podido expresarse, lo habría hecho consintiendo el modo de obrar en cuestión. En el denominado consentimiento presunto concurren algunas circunstancias que lo caracterizan, a saber: a)

⁷⁴ Albin Eser y Bjorn Burkhardt, *Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de Casos de sentencia*. (Madrid: Colex, 1995), 276.

⁷⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo 1*, 2ª. Ed. (Madrid: Civitas, 1997), 534.

⁷⁶ Jaime Ríos. *El Consentimiento en Materia Penal*. (Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2006), 14-15.

el sujeto pasivo se encuentra imposibilitado de consentir, ya sea expresa o tácitamente; b) el autor actúa con la convicción de beneficiar al titular del bien jurídico vulnerado; c) el autor, obra suponiendo que la víctima habría consentido el accionar.⁷⁷ Con ello podemos mencionar según lo que manifiesta Carrara al hablar de la “justa credulidad”, especialmente si está fundada en relaciones de particular amistad, desprovista de ocultación o violencia, y seguida por restitución.⁷⁸

Edmundo Mezger desarrolla el llamado consentimiento presunto en donde afirma que este tipo de consentimiento supone un juicio de probabilidad, objetivo, del Juez, que expresa que el supuesto lesionado o el bien tutelado, si hubiera poseído un completo conocimiento de la situación de hecho hubiera desde su punto de vista personal, consentido en la acción. De igual manera afirma que representa un válido sustitutivo del consentimiento real, cuyo efecto es el de excluir la antijuridicidad y que puede darse en contra de la voluntad expresamente declarada del titular del interés, teniendo en cuenta que la oposición puede estar originada en una errónea interpretación de la situación de hecho.⁷⁹

Con esto podemos observar que el consentimiento presunto es una clara y expresa negativa de la víctima a la acción, ya que puede tener un alto grado de riesgo y por ende la otra parte puede estar motivada por un falso conocimiento o mejor dicho por un error. Por ejemplo, esto sucede cuando por parte de una mujer es menor de edad, pero su aspecto físico aparentemente parece ser de una mujer de veinte y cinco años, de tal forma que esta mujer acepta en el consentimiento el acto sexual, al parecer este consentimiento resultaría ser presunto puesto que por parte de la víctima a pesar de aceptar el accionar, el sujeto activo desconoce que esta persona es menor de edad.

2.2.8. Efectos del consentimiento.

Si la conducta punible que es consentida ataca a un bien jurídico susceptible de disposición y cuya lesión no desaparece hay ausencia de interés del titular del derecho en

⁷⁷ Gabriel Dario Jarque. *La relevancia penal del consentimiento* en Revista de Derecho Penal. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2013), 416-417.

⁷⁸ Francisco Carrara. *Programa del Curso de Derecho Criminal Parte Especial*. (Buenos Aires: Ed. Depalma, 1945), 35.

⁷⁹ Edmundo Mezger. *Tratado de Derecho Penal*. (Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1955), 430.

ser protegido jurídicamente y, por lo mismo, la agresión no amerita penalidad puesto que la aceptación del interesado hace que el comportamiento no sea antijurídico, que esté conforme a derecho y, por consiguiente, el consentimiento incide en la antijuridicidad.⁸⁰

Un consentimiento de esta índole, prestado por la persona perjudicada por la acción que realiza el agente o sujeto activo, excluye la existencia del delito, siempre que el interés subjetivo que tenga el sujeto en poder manifestar su voluntad en una determinada dirección sea precisamente lo que constituya el objeto inmediato del ataque y el de la protección penal. Razón por la cual, no habría posibilidad de causar agravio a este interés por medio de acciones que estén conformes con la voluntad del individuo afectado por aquellas.⁸¹

2.2.9. Momento y revocación del consentimiento.

El consentimiento necesariamente tiene que ser prestado antes del hecho presuntamente delictivo, y este puede ser revocable siempre y cuando no exista en el caso concreto ningún vínculo contractual. Para esta revocación, no basta únicamente con el cambio de voluntad exclusivamente interno, sino que todo lo contrario esta tiene que ser expreso y dada a conocer al exterior. La víctima en caso de no realizarlo de esa manera estaría teniendo en su poder la pretensión penal estatal, lo cual es contrario al principio de intervención de oficio. En los delitos perseguibles a instancia de parte, la víctima puede ahorrar al sujeto activo la persecución del acto, esto lo puede realizar con la renuncia de la querrela, y también esta renuncia la puede realizar en los delitos perseguibles de oficio, ya que la decisión de la víctima en los órganos encargado de administrar justicia tiene un influencia de gran magnitud para demostrar el hecho delictivo.⁸²

Cuando la víctima revoca el consentimiento que lo ha dado en un principio, tiene que de la misma manera en que lo consintió, lo tiene que revocar, en términos generales esta revocación tiene que ser expresa al punto que el sujeto activo conozca de la revocación y pueda de esa manera tomar una decisión, ya sea en actuar o no; por otro lado la víctima puede ahorrar muchos recurso estatales en el momento de iniciar o no un acción penal, esta acción depende únicamente en el hecho de que si la víctima propone una

⁸⁰ Jaime Rios. *El Consentimiento en Materia Penal*. (Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2006), 18-19.

⁸¹ Adolf Merkel, *Derecho Penal, Parte General*. (Buenos Aires: B de F, 2014), 170 - 171.

⁸² Claus Roxin, *Derecho Penal Parte Genrerel Tomo 1*, 2ª. Ed. (Madrid: Civitas, 2007), 535.

querrela en la acción privada o una denuncia en una acción pública, este podría ser el comienzo para que el estado pueda tener un ahorro de recursos, movilizar todo el aparato estatal resulta innecesario, ya que la persecución estatal para sancionar quedaría sin soporte legal.

Por otro lado, el consentimiento se exige que sea prestado antes de la comisión del hecho, y que este podría ser revocado en cualquier momento. De la precisión de que el consentimiento es temporal y revocable, surge que no pueda ser suplido por una ratificación posterior. La exigencia que el consentimiento sea prestado antes del hecho, es compatible con la idea bajo la cual, un consentimiento formulado ex post operaría como una renuncia de la parte agraviada.⁸³

2.2.10. Fundamento jurídico del consentimiento, postura del consentimiento en nuestra Legislación Penal y su lesividad.

Como ya se ha expuesto, la aceptación de una conducta punible que afecta a un bien jurídico disponible, cuya lesión no desaparece y existiendo además ausencia de interés del titular del derecho en obtener protección jurídica, no ameritaría este hecho una sanción penal, ya que, la ausencia del titular hace que la conducta no sea antijurídica, que sea conforme a derecho y, así, el consentimiento incide en la antijuridicidad, lo cual está en armonía con la libre autodeterminación y no en contradicción con ésta.⁸⁴

Según lo analizado por la doctrina penal en cuanto al consentimiento, determina por un lado que este no vulnera un bien jurídico tutelado, puesto que, al disponer la víctima de su derecho, el Estado mal haría en inmiscuirse a una persecución innecesaria, mientras que por otro lado es importante determinar que, el consentimiento da un paso gigantesco en el derecho penal ya que no solo el Estado es el encargado de velar por la protección de los derechos, sino que le da a la víctima una capacidad de disposición frente a un hecho presuntamente delictivo.

El consentimiento otorgado por la víctima tiene que necesariamente relevante frente al derecho penal, lo esencial dentro de un estado en donde se ejerce el principio de mínima intervención penal, lo importante no es la persecución de hechos presuntamente

⁸³ Esteban Righi, *Derecho Penal, Parte General*. 2ª. Ed. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014), 194.

⁸⁴ Jaime Rios, *El Consentimiento en Materia Penal*. (Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2006), 15-27.

delictivos a toda costa, sino todo lo contrario realizar una análisis de cuáles son los verdaderos delitos en los cuales se tiene que perseguir sin dejarlos en la impunidad y tampoco significa encontrar en las cárceles a inocentes condenados.

Una vez que hemos analizado dogmáticamente sobre las diferentes tendencias del consentimiento ya sea dentro de la tipicidad y antijuridicidad, considero importante analizar mi postura objetiva y real dentro de nuestro Sistema Penal Ecuatoriano.

Analizando que en primer lugar que el artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal establece que: “En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante”⁸⁵, esta norma nos apertura para que en efecto se pueda discutir sobre el consentimiento en nuestra legislación, y más aún cuando las personas involucradas en esta norma son los adolescentes, por lo tanto, partiendo que el Código Orgánico Integral Penal en su artículo 22 define a las conductas penalmente relevantes al manifestar que son: “... las acciones u omisiones que ponen en peligro o producen resultados lesivos y demostrables”⁸⁶, es decir que una conducta se torna penalmente relevante cuando aquella pone en peligro o produce un resultado lesivo al bien jurídico protegido, podemos nosotros hablar que el lesionar o poner en riesgo un bien jurídico de una persona solo sería demostrable con la vulneración del derecho perjudicado.

En nuestra legislación penal, una conducta penalmente relevante tiene que ser demostrable el resultado lesivo, es por ello que, al hablar de lesividad dentro del Garantismo Penal, esta teoría que recoge axiomas⁸⁷, esto son también llamados principios y los tenemos contemplados en nuestra Constitución, para ello, el axioma que determina la lesividad es el de, “no hay necesidad sin daño”, el cual se encuentra contemplado en el **artículo 66 numeral 5 de la Constitución de la República**⁸⁸, **al contemplar que: “Se reconoce y garantizará a las personas: 5. El derecho al libre desarrollo de la**

⁸⁵ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.

⁸⁶ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.

⁸⁷ Luigi Ferrajol, *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*. (Madrid: Trotta, 2001), 852.

⁸⁸ Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría Constitucional del Delito*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 9 -11.

personalidad sin más limitaciones que los derechos de los demás⁸⁹ (El subrayado y las negrillas son míos.)

Ahora bien si realizamos un análisis de la teoría con nuestra realidad, podemos encontrar que dentro de nuestra legislación penal sería lo más apropiado hablar del consentimiento dentro de la antijuridicidad material, ya que sería inapropiado e inadecuado poder determinar que esta se encontraría dentro de la antijuridicidad formal como una causal de justificación ya que nuestro Código Orgánico Integral Penal no contempla dicha institución justificante, ya que el artículo 30⁹⁰ del Código Orgánico Integral Penal, no hace referencia como causal de justificación al consentimiento. Puesto que, conformarse con decir que la conducta sea contraria al derecho, no significa que exista contradicción con la norma, sino que además debe existir una lesión o una puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos.⁹¹ Con ello que, al considerar delito como lesión, este concepto tiene que referirse exclusivamente a la lesión de un bien.⁹²

Así también es importante manifestar que nuestro Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 29 incorpora la Antijuridicidad de la siguiente manera: “Para que la conducta penalmente relevante sea antijurídica debe amenazar o lesionar, sin justa causa, un bien jurídico por este Código”.⁹³

Según el artículo mencionado, si hablamos que la conducta tiene que tener un resultado lesivo de un bien jurídico, la lesividad está ligada al derecho que el sujeto pasivo posee y por lo tanto si este consiente con su plena capacidad de disposición como titular de su bien jurídico, mal se podría realizar un juicio de reproche ya que el bien jurídico no se encontraría vulnerado. Es decir si en un delito sexual en contra de un adolescente en donde no exista vulneración a su sano desarrollo sexual ya que otorgó su consentimiento para el acto, podríamos establecer que uno de los elementos constitutivos del delito como es la antijuridicidad material no estaría vulnerada por lo cual no sería concretamente una

⁸⁹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 66 Numeral 5. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

⁹⁰ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.

⁹¹ Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría Constitucional del Delito*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 77.

⁹² Johann Franz, *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito*. (Buenos Aires: editorial B de F, 2010), 57.

⁹³ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.

acción penalmente relevante. Con ello que para analizar el consentimiento dentro de la antijuridicidad material, debe atenderse a la ponderación o proporcionalidad de derechos, ya que, únicamente el bien jurídico es sacrificable y renunciable, cuando no exista interés general, y además cuando no se menoscabe la autonomía personal.

En los Estados constitucionales, además de contemplar el principio de legalidad, este debe observar el principio de lesividad, según el cual las conductas no pueden ser punibles si no lesiona o pone en peligro, bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente, ya que, pese a que una conducta se encuentre descrita dentro de la ley como delito, si no se lesiona de manera grave o a su vez se pone en peligro un bien jurídico, esta conducta mal podría ser sancionada penalmente.⁹⁴ Es por ello que, la lesividad está encaminada a la protección de los derechos de los individuos, es decir si en un delito no se afecta el derecho que se pretende vulnerar, la lesividad no estaría conculcada ya que el consentimiento que otorga en este caso el adolescente genera que el derecho puesto en peligro no se haya transgredido. Por lo cual, el Estado sólo podría perseguir aquellos delitos en donde se observen lesiones a bienes jurídicos protegidos.

Siendo ejemplificativo, podríamos entonces manifestar que, un sujeto pasivo de 13 años de edad, con pleno conocimiento y entendimiento de sus actos, otorga su consentimiento para que el sujeto activo de la conducta acceda carnalmente, con ello podemos adecuar claramente esta la conducta al tipo penal de violación, es decir se cumpliría con los elementos de la tipicidad, pero si entramos en el análisis de la antijuridicidad, podemos ver por un lado que el consentimiento en nuestra legislación no tiene esta causal de justificación, lo cual obliga a que se observe si el bien jurídico protegido dentro de la antijuridicidad material se encuentra intacto o vulnerado, lo cual determinaría que no se encontraría transgredido el derecho del sujeto pasivo, sino que tuvo efectos contrarios como el poder desarrollarse libremente y ejercer su sexualidad a su conveniencia.

Cabe manifestar que con el ejemplo señalado, el consentimiento no podría ser analizado dentro de la tipicidad porque sería caer en la limitación que la norma penal

⁹⁴ Pablo Encalada Hidalgo, *Teoría Constitucional del Delito*. (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015), 78.

establece para que el juez no tenga lugar a duda de su aplicación, ya que el legislador logro con ello, no dar cabida a mayor análisis dentro de la tipicidad por parte del juzgador.

CAPITULO III.

3.- LOS MENORES DE EDAD, INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, DERECHOS RELACIONADOS CON SU SEXUALIDAD Y LA EDAD DEL CONSENTIMIENTO.

3.1. Definición de menor de edad.

Con el propósito de identificar los términos de niño, niña y adolescente, debemos partir desde los ámbitos legislativos internacionales y nacionales a fin de identificar estos conceptos:

La asamblea General de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Hasta el momento todos los países de nuestro planeta, con excepción de Estados Unidos y Somalia, han ratificado la Convención. América Latina y el Caribe ha sido pionera en el proceso mundial de ratificaciones de este tratado internacional, lo cual abarca todo aquello en cuanto a derechos humanos de todos los que aún no han alcanzado los dieciocho años.⁹⁵

La definición de menor de edad que nos da la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño manifiesta: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”⁹⁶ Podemos observar que la Convención no hace una distinción entre niños y adolescentes, razón por la cual a nivel mundial son considerados como niños todas aquellas personas que no ha cumplido los dieciocho años de edad. La Convención no es sólo una carta magna de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia, es también, la base jurídica concreta para reformular un concepto de ciudadanía más acorde con los tiempos.⁹⁷

⁹⁵ Emilio García Méndez, *Infancia, Ley y democracia, una cuestión de Justicia. En Derechos y garantías de la niñez y adolescencia*, (Quito: V&M Gráficas. 2010), 4.

⁹⁶ Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño Artículo 1. Adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10).

⁹⁷ Emilio García Méndez, *Infancia, Ley y democracia, una cuestión de Justicia. En Derechos y garantías de la niñez y adolescencia* (Quito: V&M Gráficas) 2010, 23.

En vista de lo referido, cabe involucrarnos dentro de la legislación nacional a fin de establecer si existe efectivamente una distinción entre niño y adolescente, así pues el Código Civil Ecuatoriano establece: “Llámesese infante o niño el que no ha cumplido siete años; impúber, el varón, que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido doce; adulto, el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; y menor de edad, o simplemente menor, el que no ha llegado a cumplirlos.”⁹⁸

Por otro lado el Código de la Niñez y Adolescencia dispone lo siguiente: “Definición de niño, niña y adolescente.- Niño o niña es la persona que no ha cumplido doce años de edad. Adolescente es la persona de ambos sexos entre doce y dieciocho años de edad.”⁹⁹

El diccionario de la Real Academia Española se define a la niñez como: “Período de la vida humana que se extiende desde el nacimiento a la pubertad.”¹⁰⁰ Mientras que la adolescencia es definida como: “Período de la vida humana que sigue a la niñez y precede a la juventud”¹⁰¹.

Para nuestro estudio resulta muy importante determinar la definición de adolescencia, es por ello que, partiendo de nuestra legislación, como lo hemos visto se hace una diferenciación importante entre niños, niñas y adolescentes, determinando que la edad es prácticamente la razón por la cual se los puede diferenciar de los unos con los otros.

Con lo manifestado podemos colegir que, la diferencia esencial que determina entre la niñez y la adolescencia es la edad, razón por la cual según nuestro ordenamiento, así como otras definiciones la adolescencia se puede ver manifestada a partir de los doce años de edad, momento en el cual, nuestro cuerpo sufre cambios hormonales y sensoriales, de ello que, es en esta etapa en la que empieza un descubrimiento de la sexualidad.

⁹⁸ Código Civil Ecuatoriano. Artículo 21. Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

⁹⁹ Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 4. Registro Oficial No. 737 de 03 de enero del 2003.

¹⁰⁰ <http://dle.rae.es/?id=QW1nBSu>

¹⁰¹ <http://dle.rae.es/?id=OnrQ4BH>

3.2. Adolescencia.

Es una etapa o un período biológico, psíquico, sexual y social que se sigue posterior a la etapa de la niñez y que comienza con la pubertad. Según las diferentes fuentes y opiniones médicas, científicas y psicológicas su inicio es entre los diez a doce años de edad y su finalización a la edad de diez y nueve o veinte años de edad. La adolescencia se define biológicamente como la transición física marcada por el inicio de la pubertad y la terminación del crecimiento físico y cognitivo con los cambios de forma del pensamiento abstracto.¹⁰² Dentro de la adolescencia se manifiesta la pubertad, la cual es considerada como un cambio hormonal tanto en la fisonomía como en el aspecto sentimental y emocional.

Existen tres períodos dentro de los cuales se puede definir a la adolescencia:

Cronológicamente: De acuerdo al criterio utilizado por la Organización Mundial de la Salud, la adolescencia se la delimita como el lapso de tiempo que comprende aproximadamente entre los 10 y los 19 años.

Sociológicamente: Es el período de transición entre la niñez dependiente y la edad adulta y autónoma, ya sea en aspectos económicos como sociales.

Psicológicamente: La adolescencia es un período decisivo del ciclo vital, en el cual los individuos toman una nueva orientación en su desarrollo, logrando su madurez sexual, se apoyan en los desenlaces psicológicos y sociales que obtuvieron en su crecimiento previo, recuperando para sí las funciones que les permiten elaborar su identidad y plantearse un proyecto de vida propio.¹⁰³

3.2.1. Desarrollo en la Adolescencia.

Según refiere la psicóloga María Elena Gumucio dentro de su estudio en cuanto a “Salud y Desarrollo del Adolescente”, manifiesta que el desarrollo del adolescente se lo puede diferenciar en cinco aspectos:

¹⁰² <http://adoentreinf.blogspot.com/2013/05/diferencia-entre-la-adolescencia-y-la.html>

¹⁰³ <http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/Lecciones/Leccion02/M1L2Leccion.html>

3.2.1.1. Desarrollo Somático.

Son los cambios corporales que se dan dentro de la adolescencia, como: Características primarias es decir de los órganos de reproducción. Desarrollo de las características sexuales secundarias, como aparición del vello pubiano y axilar; en los varones barba y el vello en las piernas, brazos y pecho; en las mujeres, desarrollo de los senos, cambios de voz, posteriormente la menarquia; Adquisición de la madurez sexual es decir se desarrolla la capacidad de reproducción.¹⁰⁴

Aumenta el interés creciente en la anatomía sexual y fisiológica, incluyendo preguntas acerca de la menstruación, masturbación, orgasmo, etc. Dentro de esta etapa, se desarrolla la búsqueda de una identidad propia.¹⁰⁵

3.2.1.2. Desarrollo Cognoscitivo.

Permite el pensamiento abstracto, donde el grado de sutileza y complejidad de su razonamiento se hace mayor. Se constituye así en un individuo capaz de construir o entender temas y conceptos ideales o abstractos.¹⁰⁶

3.2.1.3. Desarrollo Emocional.

En esta etapa se producen grandes transformaciones psicológicas. El desarrollo emocional estará vinculado a la evolución previa que trae el niño y al contexto social y familiar en el que está inserto. Es esperable en el adolescente que exista labilidad emocional que se expresa en comportamientos incoherentes e imprevisibles, explosiones afectivas intensas, pero superficiales. Estas conductas emocionales se relacionan con la intensificación de los impulsos sexuales y agresivos propios de la etapa, los cuales generan ansiedad. Otro aspecto importante es el logro de la identidad, significa la interpretación exitosa de la imagen personal y su adecuación en la sociedad.¹⁰⁷

¹⁰⁴ <http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/Lecciones/Leccion02/M1L2Leccion.html>

¹⁰⁵ <http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/Lecciones/Leccion02/M1L2Leccion.html>

¹⁰⁶ <http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/Lecciones/Leccion02/M1L2Leccion.html>

¹⁰⁷ <http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/Lecciones/Leccion02/M1L2Leccion.html>

3.2.1.4. Desarrollo Social.

El joven procura que sus sentimientos de adecuación y seguridad provengan de sus propias realizaciones, las que confronta frecuentemente con su grupo de pares o compañeros de edad similar. “Las relaciones con iguales del mismo sexo y del sexo opuesto durante la adolescencia, sirven de prototipo de las relaciones adultas en las interacciones con los miembros del mismo sexo y del sexo opuesto. El adolescente que todavía no ha aprendido a entenderse bien con sus pares en esta etapa, cuando llegue a la edad adulta se enfrentará con serios obstáculos que le dificultarán su inserción social.”¹⁰⁸

3.2.1.5. Desarrollo psicosexual.

La sexualidad en la adolescencia se comprende tres áreas:

- **FISICA:** aparición de caracteres sexuales secundarios los cuales preparan al adolescente para el acto sexual.
- **PSICOLOGICA:** Es el conocimiento, curiosidad e intenciones sobre la sexualidad. Permite al adolescente imaginarse como persona sexual y con ello elaborar planes. Estas actividades imaginativas ocurren en el pensamiento del adolescente.
- **SOCIAL:** Es involucrarse sexual y efectivamente con otras personas la que se refleja en sus elecciones de objetos sexuales siendo cada expresión un reflejo de la experiencia contextual del adolescente, donde la familia es su ámbito más inmediato.¹⁰⁹

Como ya se ha mencionado, una de las tareas más importantes del adolescente es consolidar su identidad. Esta supone identificarse permanentemente con sus objetivos, ya sean dentro de su sexualidad y/o de la sociedad.¹¹⁰

La identidad sexual es parte fundamental de la identidad del yo y normalmente es más conocida como identidad del género. El adolescente se identifica con su propio sexo, es decir, asume los rasgos, actitudes, conducta verbal, gestual y motivaciones propias de su

¹⁰⁸ <http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/Lecciones/Leccion02/M1L2Leccion.html>

¹⁰⁹ <http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/Lecciones/Leccion02/M1L2Leccion.html>

¹¹⁰ <http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/Lecciones/Leccion02/M1L2Leccion.html>

género. Este sexo identificado necesita ser reconfirmado en donde se manifiestan relaciones con pares de su mismo sexo, o con relaciones íntimas con el otro sexo, solo así puede asegurar su aceptación y lograr la adaptación social. El rol sexual es el comportamiento de cada individuo como hombre o mujer, y la orientación sexual se refiere al objeto hacia el cual se dirige el impulso sexual.¹¹¹

Cuando se llega a la adolescencia se desarrolla a plenitud su identidad, ya sea de género o sexual, se desarrolla en esta etapa, porque durante su desarrollo de niño pudo haber tenido situaciones respecto a estos temas y a la manera en la cual se formó. La falta de experiencia en el trato con el sexo opuesto, la timidez, las bromas groseras respecto al sexo, la falta de información, las vivencias desagradables o inesperadas con el otro, etc. pueden afectar una sana identidad sexual. Incluso las experiencias traumáticas en esta etapa pueden complicar la identidad sexual y desencadenar o favorecer alteraciones psicopatológicas.¹¹²

Es importante saber diferenciar este tipo de desarrollo que tiene el adolescente puesto que con ello podemos observar que efectivamente en la parte psicosexual, despierta un deseo de experimentar actos sexuales, pensamientos y actos que son normales dentro de su desarrollo, esto ayuda a identificarse y lograr un sano desarrollo sexual durante su adolescencia.

Aunque algunos adolescentes pueden recibir información precisa y completa en la escuela, de sus madres, padres y diversas fuentes, otros obtienen muy poca información. En ausencia de mensajes saludables y realistas sobre la sexualidad, muchos adolescentes buscan otras fuentes de información tales como sus compañeros, internet y los medios de comunicación.¹¹³ Esto puede dejarles con una comprensión insuficiente de lo que es una relación saludable y sin entender el consentimiento, los límites y cómo tener conductas sexuales seguras. Comprender la sexualidad saludable puede ayudar a prevenir la violencia sexual al abordar las normas y la desigualdad de género, promover relaciones

¹¹¹ <http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/Lecciones/Leccion02/M1L2Leccion.html>

¹¹² <http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/Lecciones/Leccion02/M1L2Leccion.html>

¹¹³ E. Gruber, E. *La sexualidad adolescente y los medios de comunicación: Un examen de conocimientos e implicaciones actuales*. (Estados Unidos: Western Journal of Medicine, 2000), 172,

saludables, alentar la comprensión tanto de los límites como del consentimiento, lo cual genera confianza en que las personas adolescentes busquen información adecuada.

3.3. Interés superior del menor y derechos relacionados con el desarrollo sexual de los adolescentes.

3.3.1. Interés Superior del Menor.

El Interés Superior del menor es un tema al cual se le debe dar la respectiva importancia, este abarca tanto legislación, jurisprudencia y doctrina.

Desde 1959 se encuentra un instrumento internacional, denominado como la Declaración de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, instrumento en el cual se introduce a noción de interés superior¹¹⁴, en donde se establece: “el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgarse leyes con este fin, la consideración fundamental a la que se **atenderá será el interés superior del niño**”¹¹⁵ (el subrayado y las negrillas es mío).

El Comité de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño, considera al interés superior desde un campo de una triple dimensión, esto es: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento.¹¹⁶ Lo cual determina además que, esto se reflejaría en que no puede primar lo que a reflexión de un adulto es el interés superior del menor, es por ello que se deben respetar sus derechos.¹¹⁷

Al considerar que es un *derecho sustantivo*, en este sentido se otorga al menor el derecho a que su interés superior sea “una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre

¹¹⁴ Farith Simon Campaña, *Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. (Quito: Iuris Dictio, 2014), 31.

¹¹⁵ Derechos del Niño de las Naciones Unidas, 1959.

¹¹⁶ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones generales al informe inicial de Cuba. CRC/C/15/Add.72, 18 de junio de 1997, párrafo 6.

¹¹⁷ Observación general No. 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Párrafo 12.

cuestión debatida.”¹¹⁸ Esto nos quiere decir que el derecho debe ser aplicado de forma directa e inmediata y aplicada por los tribunales.

Al decir que es un *principio jurídico interpretativo fundamental*, se da en los casos en los que una disposición jurídica admite más de una interpretación, teniendo en cuenta que siempre esta interpretación tiene que satisfacer de manera efectiva en interés superior del menor.¹¹⁹

Y por último se determina que es una *norma de procedimiento*, esto es que el Estado debe asegurar las garantías procesales que sean necesarias para hacer efectivo el interés superior del menor. En la decisión debe constar: la forma en la que se respetó el derecho, los criterios jurídicos de la decisión, ponderación de los intereses del menor frente a otras situaciones, y las repercusiones positivas y negativas de la decisión.¹²⁰

Según lo referido anteriormente, la existencia del principio el interés superior del niño no sólo es reconocido a partir de la vigencia de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, sino que esta vigencia es con anterioridad a este instrumento internacional, y se justifica su carácter de norma consuetudinaria, ya que ésta es propia a la naturaleza humana.¹²¹

Hay que considerar además que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considera que el interés superior se sustenta en la dignidad del ser humano, así como en las características propias de los niños, es por ello que, su aplicación debe propiciar su desarrollo con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, teniendo en consideración que la prevalencia de sus intereses deben ser entendidos como la necesidad de satisfacción de todos los derechos que tienen los menores de edad y que son reconocidos.¹²²

¹¹⁸ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones generales al informe inicial de Cuba. CRC/C/15/Add.72, 18 de junio de 1997, párrafo 6.

¹¹⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones generales al informe inicial de Cuba. CRC/C/15/Add.72, 18 de junio de 1997, párrafo 6.

¹²⁰ Comité de los Derechos del Niño. Observaciones generales al informe inicial de Cuba. CRC/C/15/Add.72, 18 de junio de 1997, párrafo 6.

¹²¹ Gonzalo Aguilar Cavallo, *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (Chile: Universidad de Talca, 2008), 228.

¹²² Farith Simon Campaña, *Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. (Quito: Iuris Dictio, 2014), 57.

El Comité de los Derechos del Niño, determina que los principios en los cuales se desarrollan los derechos del niño son interdependientes. Esto quiere decir que, la opinión del niño debe ser considerada para priorizar el interés superior.¹²³ Es por ello que, siempre en un caso concreto se debe tomar en cuenta la opinión del menor; paradójicamente, será un acto paternalista invocar al interés superior, puesto que el menor debe ser protagonista insustituible en su interés superior.¹²⁴

Por otro lado, la Constitución de la República en su artículo 44 establece: “El Estado, la sociedad y la familia promoverán de forma prioritaria el desarrollo integral de las niñas, niños y adolescentes, y asegurarán el ejercicio pleno de sus derechos; **se atenderá al principio de su interés superior** y sus derechos prevalecerán sobre los de las demás personas.”¹²⁵ (El subrayado y las negrillas es mío).

Dentro del interés superior, se establece cinco dimensiones: un criterio de prioridad sobre los otros derechos e intereses, criterio de garantía para asegurar los derechos de la niñez, un criterio informador para poder interpretar y resolver conflictos de forma adecuada, un criterio de integración para auxiliar en el caso de las lagunas normativas y un elemento de interpretación para encontrar el correcto sentido a las normas referentes a los niños.¹²⁶

Nuestro Estado Ecuatoriano, al reconocer a la Constitución y a los instrumentos internacionales como superioridad en su jerarquización normativa, se encuentra acordes dentro de nuestro sistema, razón por la cual se reconoce el interés superior como un principio en el cual se desenvuelven los derechos de las niñas, niños y adolescentes. Es importante determinar que tanto en la legislación como en la doctrina y jurisprudencia no se establece un concepto determinado del interés superior, y como se lo ha dicho anteriormente, a este se lo puede diferenciar en reconocimiento y satisfacción de forma integral de todos los derechos que tienen los menores frente a su desarrollo.

¹²³ Rachel Hodgkin y Peter Newell. *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*. (Ginebra:Atar Roto Presse, 2001), 40.

¹²⁴ Ricardo C. Pérez Manrique. “Participación Judicial de los niños, niñas y adolescentes” en *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*. Ramiro Ávila Santamaría y María Belén Corredores Ledesma (Coords). (Quito: V&M Gráficas, 2010), 575.

¹²⁵ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 444 de 20 de octubre del 2008.

¹²⁶ Farith Simon Campaña, *Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. (Quito: Iuris Dictio, 2014), 156-161.

3.3.2. Derechos de los Adolescentes Relacionado con su Desarrollo Sexual.

Partiendo que por un lado el artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal establece que: “En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la víctima menor de dieciocho años de edad es irrelevante”¹²⁷, el Estado sin importar la edad y la suficiente madurez que tengan los menores de edad, deja en silencio el consentimiento que pueden otorgar en delitos sexuales, más aun siendo adolescentes en pleno uso y goce de sus facultades sensoriales e intelectuales, las cuales son decisivas en su sano desarrollo sexual.

Con lo referido anteriormente, podemos observar que se vulnera un derecho consagrado tanto en la Convención del Niño y en nuestra Constitución, la cual manifiesta:

“Art. 45.- Las niñas, niños y adolescentes gozarán de los derechos comunes del ser humano, además de los específicos de su edad. El Estado reconocerá y garantizará la vida, incluido el cuidado y protección desde la concepción.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la integridad física y psíquica; a su identidad, nombre y ciudadanía; a la salud integral y nutrición; a la educación y cultura, al deporte y recreación; a la seguridad social; a tener una familia y disfrutar de la convivencia familiar y comunitaria; a la participación social; al respeto de su libertad y dignidad; **a ser consultados en los asuntos que les afecten**; a educarse de manera prioritaria en su idioma y en los contextos culturales propios de sus pueblos y nacionalidades; y a recibir información acerca de sus progenitores o familiares ausentes, salvo que fuera perjudicial para su bienestar.

El Estado garantizará su libertad de expresión y asociación, el funcionamiento libre de los consejos estudiantiles y demás formas asociativas.”¹²⁸ (las negrillas y el subrayado es mío).

Así también la Convención de los Derechos del Niño en su artículo 12 establece:

¹²⁷ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.

¹²⁸ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 45. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre del 2008.

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, **se dará en particular al niño la oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial** o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”¹²⁹ (las negrillas y el subrayado es mío).

En concordancia con la Constitución de la República y la Convención de los Derechos del Niño, el Código de la Niñez y Adolescencia establece: “Art. 60.- Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser consultados en todos los asuntos que les afecten. Esta opinión se tendrá en cuenta en la medida de su edad y madurez.”¹³⁰

Actualmente podemos observar que el incremento de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes se ha incrementado a tal punto, que por ejemplo para nuestros adolescentes se consagran derechos de participación, como el de elegir a sus representantes por medio de un acto de sufragio, así como el derecho al trabajo remunerado, el derecho a constituir una familia por medio del matrimonio, en fin todos estos derechos han sido plasmados por el hecho que los adolescentes son ciudadanos que merecen igual respeto así como libertad de desarrollo, expresión, información, y de ser consultados en los momentos que sea necesarios para sus intereses.

El debate de sus derechos sexuales nace de la evolución de pensamiento de la sociedad actual. Hoy en día, las relaciones sexuales prematrimoniales son cada vez más habituales. Algunos adolescentes tienen una mentalidad abierta a la idea de querer y tener relaciones sexuales antes de su mayoría de edad o antes de contraer matrimonio. Este incentivo hacia los adolescentes se debe en parte a la influencia de los medios de comunicación y a la instrucción sobre la sexualidad que es impartida en las instituciones educativas. El derecho por tanto debe adaptarse a las interpretaciones y cambios sociales.

¹²⁹ Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 12. Registro Oficial, Suplemento No. 153 de 25 de noviembre del 2005.

¹³⁰ Código de la Niñez y Adolescencia. Ley No. 2002-100. Registro Oficial No. 737 de 03 de enero del 2003.

Los adolescentes están en una constante búsqueda de identidad personal, por lo que imitan conductas observadas en su alrededor.¹³¹ La búsqueda constante de su identidad les lleva a entrar en acciones desconocidas, esto puede darse por la falta de información veraz y oportuna que no ha sido desarrollada en forma adecuada.

El derecho penal cuestiona si se puede negar a los adolescentes sus derechos sexuales,¹³² cuando son seres humanos que poseen los mismos derechos de un mayor de edad. Para ello es importante realizar una ponderación o proporcionalidad de los principios y derechos del adolescente, como es el interés superior, puesto que si el adolescente desea tener relaciones sexuales, el estado no puede decidir por aquel y coartarle su libertad personal y de desarrollo.

Los derechos sexuales de los adolescentes parten de características fundamentales del ser humano, que se relacionan con una dimensión cultural que tiene que ver con su libertad y con la capacidad de decidir, de disfrutar, viviendo su sexualidad según sus propios deseos, gustos y preferencias.¹³³

Toda vez que en el capítulo anterior se analizó el tema del consentimiento en cuanto al artículo 175 numeral 5 del COIP, ahora es importante realizar un análisis de la vulneración de derechos fundamentales que señala la referida norma en contra de los adolescentes al determinar que, primero la norma se encuentra dentro del “Capítulo II. Delitos contra los derechos de libertad. Sección 4ª. Delitos contra la salud sexual y reproductiva”¹³⁴, vulnerando entonces así dos derechos de los adolescentes como son el libre desarrollo de la personalidad, y el derecho a la salud sexual y reproductiva, el cual conlleva al derecho a no ser privado de la información, y en segundo lugar, la norma penal, hace referencia a un grupo selecto de la sociedad que son los menores de dieciocho años de edad, con ello que, se atenta en contra de los adolescentes en su derecho a la igualdad a no ser discriminado.

¹³¹ Neli Pérez e Igersi Navarro, *Psicología del Desarrollo Humano*. Alicante: Editorial Club Universitario, 2011, 244-258.

¹³² Marcela Martínez Roaro. *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*. México D.F: Editorial Porrúa, 2007, 323-327.

¹³³ Alicia Mesa. “Fundamentos Internacionales sobre los derechos sexuales de los adolescentes” en *Adolescentes en México. Investigación, experiencias y estrategias para su salud sexual y reproductiva*. Claudio Stern (coord.). (México D.f.: Population Council, 2008). 255.

¹³⁴ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.

3.3.2.1. Derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Este derecho trata de crear las condiciones necesarias que posibiliten el libre y pleno desarrollo de la personalidad de cada persona, para determinarse como individuo autónomo, y con ello pueda ser capaz de ejercer sus propios derechos legítimos los cuales le corresponden.¹³⁵

El accionar de los adolescentes no puede estar lleno de restricciones y limitaciones desproporcionadas e injustificadas por parte del Estado, la sociedad y su familia, restricciones que en la mayoría de los casos limitan la posibilidad de despliegue de su personalidad, a través de la cual se pone al descubierto su individualidad como persona. A todo menor, como ser humano en pleno proceso de crecimiento, se le debe permitir, descubrir y asumir su libertad y responsabilidad en cada etapa de su evolución personal, sin detener cuando no existan motivos para ello, valiéndose del pretexto de la protección, y su libertad de acción.¹³⁶

El derecho al libre desarrollo de la personalidad deviene del derecho a la libertad, ya que con este se busca la libertad general del actuar, de hacer o no hacer lo que se considere conveniente desde la perspectiva individual.¹³⁷

Este derecho significa, la realización como persona en cuanto a su libertad y a su dignidad.¹³⁸ Pues bien, para que esta libertad y dignidad humana se confabulen, deben individualizar a la persona, esto permite diferenciar un ciudadano de otro.

Los adolescentes al ser sujetos de derecho y por ende titulares de sus derechos, traen consigo que su desarrollo evolutivo les brinde la capacidad de ejercer sus decisiones, las cuales deben ser responsables, esto aseguraría su desarrollo integral.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, es la potestad que tiene cada ser humano, como realidad individual, de tomar en forma independiente dentro del amplio

¹³⁵ Nicolás Angulo Sánchez. *El derecho humano al desarrollo*. (Madrid: Iepala, 2005), 79.

¹³⁶ Anabella del Moral. "Derecho al libre desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes" en *Tercer año de vigencia de la ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente*. Cristóbal Corneiles y María G. Morais (coords.). (Caracas: Publicaciones UCAB, 2003), 107.

¹³⁷ Anabella del Moral. "Derecho al libre desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes" en *Tercer año de vigencia de la ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente*. Cristóbal Corneiles y María G. Morais (coords.). (Caracas: Publicaciones UCAB, 2003), 112.

¹³⁸ Antonio Hernández Gil. *El cambio político y español y la constitución*. (Barcelona: Planeta, 1982) 442-445.

margen de su libertad, todas aquellas decisiones que van a orientar su vida, su plan existencial, ya sea en el campo social, económico, cultural, educativo, familiar, sexual, entre otros, reafirmando así su libertad, dignidad y racionalidad.¹³⁹

Este derecho se convierte en el derecho a la libertad de acción que tienen los adolescentes. Razón ésta para que los derechos de los adolescentes se puedan manifestar en dos campos: el derecho a estar libre de cualquier conducta o situación que pueda causarle daño; y el derecho a la autodeterminación, es decir el derecho a realizar elecciones sobre su propia vida y a que estas decisiones sean tenidas en cuenta.¹⁴⁰

El derecho al libre desarrollo de la personalidad se manifiesta con la realización como persona en los diferentes ámbitos de la vida, uno de ellos, el sexual, como parte fundamental dentro de la evolución del ser humano.

3.3.2.2. Derecho a la información.

A fin de tomar decisiones con pleno conocimiento de causa y entender la forma en la que pueden afectar en sus vidas estas decisiones, los adolescentes deben contar con información veraz y pertinente de diferentes fuentes, incluyendo las que les ofrecen sus progenitores y su alrededor como su familia, sus profesores, los medios de comunicación y sus semejantes.¹⁴¹

A medida que los adolescentes van creciendo, se ven influidos por la gente de su misma edad y por adultos que no son su familia o progenitores. Es aquí cuando empiezan a explorar su sexualidad, lo cual les lleva a tomar decisiones importantes en sus vidas, desarrollando de esta manera su capacidad intelectual.¹⁴²

Es importante brindar por parte del Estado una información adecuada que permita un ejercicio responsable de la sexualidad de los adolescentes. El ejercicio del derecho a

¹³⁹ Anabella del Moral. "Derecho al libre desarrollo de la personalidad de niños, niñas y adolescentes" en *Tercer año de vigencia de la ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente*. Cristóbal Corneiles y María G. Morais (eds.). (Caracas: Publicaciones UCAB, 2003), 118.

¹⁴⁰ Geraldine Van Bueren. "The intertational Law on the Rights of the child", citada por: María José BernuzBeneitez. "El derecho del niño a ser oído", en Manuel Calvo y Natividad Fernandez (coord.) *Derechos de la Infancia y la Adolescencia*. (Zaragoza:Mira editores) 229.

¹⁴¹ UNICEF, *Adolescencia una etapa fundamental*. (Nueva York: Fondo de las Naciones Unidas, 2005), 11.

¹⁴² UNICEF, *Adolescencia una etapa fundamental*. (Nueva York: Fondo de las Naciones Unidas, 2005), 11.

la información constituye un pilar fundamental para lograr una opinión pública libre.¹⁴³ El acceso a la información hacia los adolescentes es fundamental para llevar así una vida sexual saludable, libre de contagio de una enfermedad de transmisión sexual, y con pleno conocimiento del acto.

El derecho a la información sexual, tiene que ser proporcionado por el Estado, esta tiene que estar basada en un conocimiento científico. Es decir que este derecho necesariamente implica que debe ser generado a través de la investigación científica libre y ética, razón por la cual es importante realizar una difusión de la misma en todos los niveles.¹⁴⁴

Este derecho tiene inmerso el derecho a la educación sexual integral, el cual es impartido durante toda la vida humana, esto es desde el nacimiento hasta la vejez,¹⁴⁵ es por ello que además el Estado es el encargado de realizar una difusión de manera efectiva y responsable de la información en lo adolescentes con el fin de aportar en su desarrollo sexual.

3.3.2.3. Derecho a la salud sexual y reproductiva.

Los factores más importantes y por ende que inciden en la salud sexual y reproductiva, son el inicio de la menarca, la edad del matrimonio o unión, la edad de inicio de las relaciones sexuales, el uso adecuado de los métodos anticonceptivos, ya que si las relaciones sexuales no son protegidas, los adolescentes están expuestos a la transmisión de enfermedades, embarazos no deseados.¹⁴⁶

Uno de los aspectos más importantes dentro del desarrollo, es la salud sexual y reproductiva, lo que denota la fuerte asociación que en nuestras culturas se hace entre sexo y reproducción, restringiendo la sexualidad al sexo reproductivo. Esto influye en las políticas y programas para adolescentes que ejercen su sexualidad y sus derechos concomitantes. El derecho a la salud sexual y reproductiva se determina en la

¹⁴³ Julián Rodríguez Pardo. "El derecho humano a la información al fundamental pluralismo informativo" en *Derecho de la Información*. Julián Rodríguez Pardo (coord.). (Madrid: Dykinson, 2007), 17.

¹⁴⁴ Rosa María Zapata Boluda. "Sexualidades y Sexología" en *Salud Sexual Y Reproductiva*. Rosa María Zapata y María Isabel Gutierrez (coords.). (Almería: Universidad de Almería 2016), 49.

¹⁴⁵ Gotzon Bilbao Zuazua y otros, "Derechos sexuales y violencia" en *Salud Sexual Y Reproductiva*. Rosa María Zapata y María Isabel Gutierrez (coords.). (Almería: Universidad de Almería 2016), 98.

¹⁴⁶ Anameli Monroy, *Salud y Sexualidad en la adolescencia y juventud*. (México: Pax, 2002), 57-58.

autodeterminación del adolescente, es por ello que por otro lado se restringe por parte del Estado el derecho a no tener actividad sexual cuando este se lo ejerce con el propio consentimiento del adolescente, restringiendo su participación social dentro de la sociedad.¹⁴⁷

La salud sexual forma parte de la salud del ser humano y se refiere al estado de bienestar de hombres y mujeres para tener una vida sexual placentera y segura. Está encaminada al desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no exclusivamente al asesoramiento y a la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual. La salud sexual como derecho, es la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos que no incluye como elemento indispensable la procreación; en esencia la sexualidad es una oportunidad para desarrollar los valores de amor, comunicación, responsabilidad y equidad de género.¹⁴⁸

La salud reproductiva supone un estado de completo bienestar físico, mental y social en lo que tiene que ver a todo lo relacionado con el sistema reproductivo, sus funciones, procesos, y no solamente a la ausencia de enfermedad o debilidad. La salud reproductiva implica la capacidad de gozar de una vida sexual satisfactoria, sin riesgos y de procrear, la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. El hombre y la mujer tienen el derecho a obtener información y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles, y aceptables para la regulación de la fecundidad, así como el derecho a recibir servicios adecuados de atención a la salud que permitan el embarazo y el parto sin riesgo y con las mayores posibilidades de tener un hijo saludable. Organización Mundial de la Salud.¹⁴⁹

Los derechos sexuales forman parte de los derechos humanos básicos es decir, que es común a todas personas. Estos derechos se refieren al respeto de la integridad física del cuerpo humano, al derecho a la información y a los servicios de salud sexual, al derecho a tomar decisiones sobre la propia sexualidad y la reproducción.

¹⁴⁷ María Raguz. *Salud sexual un derecho de las y los adolescentes*. (Barcelona: UOC, 2003), 185-186.

¹⁴⁸ Julio Frenk Mora y otros, *La salud sexual y reproductiva en la adolescencia*. (Chapultepec: Secretaría de Salud, 2002) 56.

¹⁴⁹ Julio Frenk Mora y otros, *La salud sexual y reproductiva en la adolescencia*. (Chapultepec: Secretaría de Salud, 2002) 57.

Es por ello que, todos los adolescentes del mundo, sin importar sexo, religión, color, orientación sexual o habilidad física o mental tienen los siguientes derechos como seres sexuales:

- El derecho a ser ella/el mismo, libre de tomar sus propias decisiones de expresar lo que piensa, de disfrutar de la sexualidad, de estar seguro, de casarse o no casarse y de planificar una familia.
- El derecho a estar informado, sobre sexualidad, anticonceptivos, infecciones de transmisión sexual y sobre sus derechos sexuales.
- El derecho a estar protegido de embarazos no planeados, y de abusos sexuales.
- El derecho a tener servicios médicos confidenciales, a precios accesibles, de buena calidad y respetuosos.
- El derecho a participar en la planeación de programas juveniles.¹⁵⁰

3.3.2.3. Derecho a la igualdad, no ser discriminado.

En concordancia con la Constitución, así como de Instrumentos Internacionales, es importante determinar que el no ser discriminado es un derecho adquirido del ser humano.

La discriminación por razones de edad dentro del círculo de los niños y adolescentes, deriva de una generalización que lleva a agravar las condiciones de los miembros de la clase, es decir que alcanza a diversos individuos a los cuales se les imputa un atributo común, que en este caso es el ser menor de edad. Es por ello que formado un criterio consensual se fija la mayoría de edad los dieciocho años, lo cual genera que se dé un trato diferente al resto de los miembros de la sociedad, en este caso los adultos. Por lo general los adultos somos una agrupación que critica, sin ni siquiera entrar a un debate de esta justificación, cayendo así en una segregación del grupo, lo que trae consigo la exclusión de derechos vinculados con las características propias de los adolescentes.¹⁵¹

¹⁵⁰ Julio Frenk Mora y otros, *La salud sexual y reproductiva en la adolescencia*. (Chapultepec: Secretaría de Salud, 2002) 57-58.

¹⁵¹ Mónica Gonzales Cotró. "El Derecho a la no Discriminación por motivos de edad: Niñas, Niños y Adolescentes" en *Derecho a la no Discriminación*. Carlos de la Torre Martínez (coord.). (México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2006), 420.

También podemos considerar que la discriminación de los niños y adolescentes se vincula por la pertenencia de estos a su familia, esta situación genera un conflicto de los derechos adquiridos de los niños, niñas y adolescentes, y se pueden ver reflejadas en algunas posturas contrarias a la atribución de titularidad de los derechos de los menores. Es por esta razón que, los progenitores entienden que es un derecho suyo el de protección y por otra parte es un deber del Estado que no se intervenga en esa esfera de esa inmunidad.¹⁵²

El debate que nunca se ha abordado y que se encuentra latente es una premisa que se encuentra hasta en el sistema legal, esto es que la voluntad del menor debe ser irrelevante en el ejercicio de sus derechos, justificando así que la imposición de derechos obligatorios que no pueden renunciar. Es esta la situación en la cual hablamos de discriminación a los menores, puesto que la excusa para argumentar esta situación cae en la dependencia y en la falta de autonomía, argumento que sirvió en épocas pasadas como en la esclavitud, argumento utilizado por los grupos dominantes para explicar la represión. Una de estas características, que es la autonomía debe ser vista desde el punto en el cual se atribuye un valor a la elección individual de la propia forma de vida, esto es de sus ideales, virtudes y excelencia, de tal forma que el Estado, como función tiene el garantizar las circunstancias para que cada individuo pueda decidir sin ningún tipo de interferencias, absteniéndose el estado en la forma de intervenir.¹⁵³ Con ello podemos observar que el Estado es el propio encargado de vulnerar la igualdad de las personas, ya que difieren de la forma en la cual se ejercen los mismos derechos para los adultos, tratando de imponer hasta ideales de vida, justificándose en el hecho de supuestamente beneficiar al titular del derecho.

Si en verdad el Estado otorga derechos a los menores de edad, dentro de los cuales se encuentran los adolescentes quienes tienen pleno uso de su titularidad de sus derechos, por lo cual debe imponerse tanto su interés superior como el ejercicio de sus derechos, para que puedan ser reconocidos y no callados por parte del Estado.

¹⁵² Mónica Gonzales Cotró. "El Derecho a la no Discriminación por motivos de edad: Niñas, Niños y Adolescentes" en *Derecho a la no Discriminación*. Carlos de la Torre Martínez (coord.). (México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2006), 421-422.

¹⁵³ Mónica Gonzales Cotró. "El Derecho a la no Discriminación por motivos de edad: Niñas, Niños y Adolescentes" en *Derecho a la no Discriminación*. Carlos de la Torre Martínez (coord.). (México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2006), 425-426.

3.4. La edad del consentimiento.

Cada legislación de los diferentes países del mundo, en su mayoría tienen un umbral en el cual se fija la edad en la cual el menor puede otorgar el consentimiento.

Las propuestas de esos umbrales se ha enfrentado a las resistencias de algunos sectores académicos, los cuales han entendido que estas respondían a un tendencia de tipo moralizante, o han advertido casos en los cuales se podría cometer delito en las relaciones entre adolescentes, es decir con personas de su misma o parecida edad. Es por ello que el problema central radica en la técnica legislativa del propio derecho penal.¹⁵⁴

Como hemos analizado, el bien jurídico afectado en un delito sexual en contra de un adolescente se resume en el sano desarrollo sexual, es por ello que cada experiencia no puede ser generalizada y llegar a determinar que los adolescentes al tener relaciones sexuales generan desequilibrio en sus vidas. Todo lo contrario, cuando la sexualidad no es ejercida con violencia favorece el desarrollo psíquico y por ende una mejor afectividad en las relaciones interpersonales.¹⁵⁵

Nuestro Código Orgánico Integral Penal manifiesta el consentimiento del menor de edad es irrelevante, esto nos lleva a establecer la posición es general que existe en nuestra norma para todos los menores sin importar su edad, pero lo que no analiza es la situación social y moral para diferenciar de aquellos adolescentes que están preparados para otorgar su consentimiento cuando se trate de su sano desarrollo sexual.

Es curioso que en nuestro Estado se otorguen responsabilidades a los adolescentes como el trabajar, el sufragar, el contraer matrimonio, etc., siendo contradictorio entonces que por otro lado que, se limite su derecho sexual a decidir sobre sus actos, tan curioso es el tema que en los mismos planteles educativos se colocan dispensadores de preservativos pero ante aquello la ley prohíbe la práctica de actos sexuales consentidos.

Para determinar la edad del consentimiento en adolescentes para ejercer su derecho sexual, nos remitiremos a una estadística del Instituto Nacional de Estadísticas

¹⁵⁴ José M. Tamarit Sumalla. “¿Caza de brujas o protección de los menores? La respuesta penal a la victimización sexual de menores a partir de la Directiva Europea de 2011” en *Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexual de los menores*. Carolina Villacampa Estiarte (coord.) (Pamplona: Aranzadi, 2015), 91.

¹⁵⁵ Melva Ivonne Flores Frías y Lorena Aracena Morales. *Tratado de Delitos Sexuales*. (Santiago de Chile: Editorial Jurídica la Ley, 2005), 53.

y Censos (INEC) en donde se desprende que los menores de edad ha mantenido relaciones sexuales desde aproximadamente los 14 años de edad, puesto que la encuesta refleja que aproximadamente el 70 por ciento a la fecha de la evaluación realizada en mujeres de 15 hasta 24 años de edad ya habían mantenido relaciones sexuales premaritales¹⁵⁶, lo cual nos hace pensar que antes de los 15 años ya han mantenido relaciones sexuales, además hay que señalar que la edad señalada con el transcurso del tiempo será menor, lo cual nos refleja que la realidad no está acorde a lo que propone nuestra legislación penal. Es por ello que el ejercicio de la sexualidad siempre va a depender además de las normas sociales que van evolucionado en el tiempo, en la cultura y las circunstancias de cada individuo.¹⁵⁷

El adolescente que ha mantenido relaciones sexuales antes de cumplir la mayoría de edad y que no ha sido objeto de un desequilibrio en su vida diaria y que al contrario ejerciendo su derecho ha desarrollado su sano desarrollo sexual sin ningún tipo de afectación, el Estado no debe tener la facultad de disposición y de decisión sobre aquel, sino únicamente sobre el que no consintió en el acto. Otro aspecto que podemos señalar con la encuesta realizada, es que los adolescentes que decidieron mantener relaciones sexuales fueron mediante su consentimiento y por tener la suficiente capacidad intelectual para aquello.

Es importante señalar que antes de la aprobación de nuestro Código Orgánico Integral Penal, esto es específicamente en el Segundo Borrador para debate del Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 172 numeral 5, en las disposiciones comunes a los delitos contra la Integridad Sexual, establecía que: “En los delitos sexuales, el consentimiento dado por la **víctima menor de catorce años de edad**, será irrelevante”¹⁵⁸ (El subrayado y las negrillas es mío), lo cual significaba un avance gigantesco en nuestra legislación penal, pero que al momento de la discusión final hubo un cambio totalmente diferente, existiendo así un retroceso en el tema de derechos sexuales de los adolescentes.

Cabe señalar que en nuestro estudio no resulta trascendente determinar la edad del consentimiento en el menor de edad sino establecer que el consentimiento del adolescente

¹⁵⁶http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/web-inec/Estadisticas_Sociales/ENSANUT/SaludSexual_y_Reproductiva/141016.Ensanut_salud_sexual_reproductiva.pdf

¹⁵⁷ Pedro Alfonso Pabón Parra. *Delitos Sexuales*. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005), 4-5.

¹⁵⁸ Asamblea Nacional de la República del Ecuador. *Borrador Segundo Debate del Código Orgánico Integral Penal*. Quito, 09 de diciembre del 2012.

es relevante y eso significa que el adolescente debe ejercer sus derechos sexuales en razón de su madurez tanto en el aspecto intelectual como físico, ya que importante sería no restringir sus derechos, puesto que, siempre está implícito su interés superior, el derecho a ser consultados, así como el de igualdad y no discriminación. Solo así se podría justificar la eficacia y validez de la norma penal.

Pese a lo manifestado en el párrafo anterior, debo hacer referencia a que la edad dentro de la cual los adolescente podrían otorgar su consentimiento sería a partir de los 12 años de edad, y este umbral lo refiero en base a lo analizado dentro de este estudio con el siguiente argumento: 1) Científicamente la Organización Mundial de la Salud, como lo manifesté anteriormente, indica que científicamente la edad donde comienza la adolescencia es a partir de los 10 años de edad, es decir a partir de esta edad se podría hablar que empieza el desarrollo de la adolescencia. 2) Nuestro Código de la Niñez y Adolescencia nos da un parámetro para determinar que la edad que delimita a un niño y a un adolescente son los 12 años de edad. 3) El desarrollo evolutivo del adolescente se mide en la actividad probatoria pericial psicológica y de entorno social, puesto que estos son parámetros que se toman para determinar si un adolescente ha sido vulnerado en su sano desarrollo sexual o no, ya que por un lado la psicología del adolescente podría estar preparada para otorgar su consentimiento en materia sexual, con lo cual se tendría presente que la madurez del adolescente influye de manera propicia en una decisión judicial. Y además, se debe conocer su entorno social, abarcando tres dimensiones, como son la educación, familia y amigos, con la investigación de este campo podemos determinar si efectivamente el adolescente se ha podido desplegar normalmente en su entorno sin ningún inconveniente en su situación personal, lo cual ayudaría a determinar si efectivamente se encuentra afectado o no por un hecho de naturaleza sexual. 4) El ejercer los derechos de sexualidad de los adolescentes no determina una real lesividad del derecho que el estado pretende proteger y limitar a los adolescentes, todo lo contrario el Estado se ahorraría en persecución penal y practicaría efectivamente el derecho penal mínimo, es decir con menos intervención.

CAPITULO IV.

4. LEGISLACION NACIONAL, LEGISLACION COMPARADA, ANALISIS DE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL Y ESTUDIO DE CASOS PRÁCTICOS.

4.1. Legislación nacional.

Nuestra actual legislación penal, esto es el Código Orgánico Integral Penal, contempla varios delitos de carácter sexual, en los cuales los adolescentes pueden ser víctimas de los mismos, es por ello que hablaremos de los más importantes y comunes. La intención de realizar un análisis de los delitos más comunes, no radica en que estos sean analizados tanto en su tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, sino en un análisis que compete en cuanto a saber y conocer si los tipos penales llevan implícitos el consentimiento del adolescente como sujeto pasivo de los mismos, o a su vez determinar si este consentimiento es excluido en su totalidad.

4.1.1. Acoso Sexual.

El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 166 tipifica a este delito de la siguiente manera:

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

Cuando la víctima sea menor de dieciocho años de edad o persona con discapacidad o cuando la persona no pueda comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

La persona que solicite favores de naturaleza sexual que atenten contra la integridad sexual de otra persona, y que no se encuentre previsto en el inciso

primero de este artículo, será sancionada con pena privativa de libertad de seis meses a dos años.” (Las negrillas y el subrayado es mío).¹⁵⁹

Conocido al acoso sexual en la doctrina como abuso sexual simple, ha sido definido según Adrián Marcelo Tenca como: “la realización de contactos corporales con contenido sexual sobre el cuerpo de una persona de uno u otro sexo, sin que se haya alcanzado el acceso carnal o su tentativa.”¹⁶⁰ Carrara también lo ha definido como: “ultrajes violentos contra el pudor que, sin constituir tentativa de violencia carnal, se cometen sobre otra persona, contra la voluntad de ella.”¹⁶¹

Las definiciones anteriormente mencionadas resultan muy acertadas para analizar nuestra investigación, puesto que, si bien este delito establece una forma comisiva en la cual necesariamente tiene que existir un abuso de la autoridad, una posición reconocida de confianza¹⁶² por parte del sujeto activo del delito, la misma que tiene que causar influencia sobre la víctima.

Según el tipo penal, existe abuso sexual cuando la persona que realiza actos de tocamiento corporal o acercamiento, siempre y cuando constituyan un carácter sexual con persona de uno u otro sexo, existiendo una amenaza, la cual debe ser configurada por una relación de dependencia, de autoridad o de poder, en donde la víctima no haya podido consentir libremente la acción.¹⁶³

Este tipo penal, dentro de su tipicidad objetiva establece que deben existir actos de naturaleza sexual, ya sea para el sujeto activo del delito como para un tercero, es decir que al manifestar que existe un abuso sexual simple, este se manifiesta tanto en aquel que realiza actos de tocamientos sobre la víctima, como quién se hace tocar por la víctima, es decir la obliga a tocar partes pudendas, o estos tocamiento obliga a realizar a un tercero.¹⁶⁴

Lo curioso de este tipo penal es que en su primer inciso, establece claramente que, en caso de que la víctima sea menor de dieciocho años se considera una pena más grave

¹⁵⁹ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.

¹⁶⁰ Adrián Marcelo Tenca. *Delitos Sexuales*. (Buenos Aires: Astrea, 2013) 41-42.

¹⁶¹ Francesco Carrara. *Programa de derecho criminal*. (Buenos Aires: Depalma, 1997), 296.

¹⁶² Carolina Villacampa Estiarte. *Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexual de los menores*. (Pamplona: Aranzadi, 2015), 93.

¹⁶³ Edgardo Alberto Donna. *Derecho Penal Parte Especial, Tomo I*. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011), 530.

¹⁶⁴ Adrián Marcelo Tenca. *Delitos Sexuales*. (Buenos Aires: Astrea, 2013) 43.

que la del párrafo anterior. Este tipo penal como lo hemos analizado comprende necesariamente un requisito de tipicidad objetiva que es una amenaza o un engaño, es decir que si la víctima determinaría que existió consentimiento por parte de ella en los actos de naturaleza sexual, entonces hablaríamos de una atipicidad en la conducta; pero este primer inciso aplicado con el artículo 175 numeral 5 del COIP, esto es que en casos de delitos sexuales en cuanto al consentimiento dado por la víctima de dieciocho años es irrelevante. Es decir que por un lado el tipo penal establece tácitamente que lo contrario a la amenaza o al engaño es que estos no se encuentre en la tipicidad objetiva, y con ello que la víctima otorgue su consentimiento, pero pese a que exista este último, en casos de menores de dieciocho años el delito tiene que ser perseguido a toda costa por parte del Estado, es decir el tipo penal es discriminatorio al no dar cabida para que el adolescente puede consentir en el acto, lo cual según la norma penal estaría afectado el bien jurídico del adolescente.

4.1.2. Estupro.

El artículo 167 del Código Orgánico Integral Penal tipifica al estupro de la siguiente manera:

“La persona mayor de dieciocho años que recurriendo al engaño tenga relaciones sexuales con otra, **mayor de catorce y menor de dieciocho años**, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.”¹⁶⁵

Una definición genérica la da Carrara, manifestando que el estupro es, “conocimiento carnal de una mujer libre y honesta, precedido de seducción verdadera o presunta y no acompañado de violencia”.¹⁶⁶

En la legislación comparada, el estupro se distingue dos elementos objetivos de la tipicidad. Por un lado se requería de la seducción o engaño, siendo este último un elemento limitado puesto que se necesitaba de una promesa, la cual en la mayoría de casos se refería al matrimonio. Y en segundo lugar, el elemento de la seducción presunta, el

¹⁶⁵ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.

¹⁶⁶ Francesco Carrara. *Programa de derecho criminal*. (Buenos Aires: Depalma, 1997), 184.

cual hace referencia al acceso carnal sin violencia, consentido este acto por la edad corta de víctima y por ende, su inexperiencia sexual.¹⁶⁷

Este delito dentro de nuestra legislación penal, primero debemos aclarar que es un delito de acción privada, el cual inicia mediante una querrela, es decir que no es un delito de acción pública en el cual no es el dueño de la acción penal la Fiscalía, sino el particular.

Así también dentro de los requisitos que se necesitan para que exista este delito son, que el sujeto activo sea una persona mayor de dieciocho años de edad, y que este utilice el engaño, el cual es considerado como “dar a la mentira apariencia de verdad, es inducir a otro a creer y tener por cierto lo que no es, valiéndose de palabras o de obras aparentes y fingidas”¹⁶⁸, lo importante del engaño es que debe ser “creíble, posible, probable y verosímil”,¹⁶⁹ el engaño es el medio idóneo para que acceda el sujeto pasivo menor de dieciocho y mayor de catorce años a tener relaciones sexuales, es decir que otorgue consentimiento el menor de edad a tener relaciones sexuales

Según algunos autores, el bien jurídico que se protege dentro del delito de estupro es de la honestidad de la víctima, entendido este como la reserva sexual o inexperiencia sexual, puesto que el sujeto activo se aprovecha de la víctima engañándola. En cuanto al consentimiento de la víctima, este debe ser consentido, ya que de no ser así podría ser una violación.¹⁷⁰ Pero el fundamento de la punibilidad del estupro, se encuentra en la inexperiencia del sujeto pasivo del delito, lo que hace restar validez a su consentimiento.¹⁷¹ Con lo anotado es importante señalar que, el autor mencionado manifiesta que el bien jurídico protegido en el estupro es la honestidad de la víctima, pero como ya lo hemos analizado anteriormente según nuestro estudio, este bien jurídico no sería el determinante dentro de la protección de derechos de la víctima y más aún en este delito, puesto que efectivamente en la tipicidad objetiva del delito se establece que el sujeto pasivo necesariamente tiene que ser mayor de catorce y menor de dieciocho, es decir es un delito en donde necesariamente existe un sujeto pasivo calificado, que son los adolescentes, y con nuestro estudio hemos llegado a determinar que el bien jurídico

¹⁶⁷ Carlos Fontán Balestra. *Derecho Penal, Parte Especial*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1972), 99.

¹⁶⁸ Iván Noguera Ramos. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. (Lima: Gijley, 2011), 169.

¹⁶⁹ Iván Noguera Ramos. *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*. (Lima: Gijley, 2011), 170.

¹⁷⁰ Adrián Marcelo Tenca. *Delitos Sexuales*. (Buenos Aires: Astrea, 2013) 187.

¹⁷¹ Carlos Fontán Balestra. *Derecho Penal, Parte Especial*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1972), 221.

protegido en este grupo de la sociedad, es el sano desarrollo sexual, ya que al hablar de la honestidad estaríamos cayendo en un tema extremadamente subjetivo, si dar un sentido lógico de lo que se interprete ser honesto.

Este tipo penal en nuestra legislación por un lado abre la puerta para que los adolescentes entre catorce y dieciocho años puedan acceder mediante su consentimiento a mantener relaciones sexuales, siempre y cuando este consentimiento no sea utilizado mediante engaño, pero, pese a que exista consentimiento o no, este tipo penal puede valerse para su punibilidad en el sentido que el consentimiento de la víctima menor de dieciocho años es irrelevante.

Lo curioso de este tipo penal además de lo señalado anteriormente es que, por ejemplo, una chica de dieciséis años accede a tener relaciones sexuales con un compañero del colegio que tiene diecisiete años, esto a mi parecer constituiría una atipicidad de la conducta ya que además de otorgar el consentimiento el sujeto pasivo, la edad no entraría en el tipo penal; todo lo contrario sucedería cuando en el mismo ejemplo, su compañero de clases tenga dieciocho años, aquí se creería que la tipicidad objetiva se encuentra reunida; lo que quiero hacer notar con el ejemplo mencionado es que, este tipo penal de igual manera abre la posibilidad para que los adolescentes puedan tener relaciones sexuales con su consentimiento entre personas de su misma edad, pero no con una persona que haya cumplido recién su mayoría de edad. Por ello que, el estado trata de imponer al adolescente con quien debe tener relaciones sexuales o mejor dicho con quien no tenerla.¹⁷² El consentimiento irrelevante del menor de dieciocho años genera contradicción en el tipo penal, puesto que siempre va a existir el delito aunque no se haya dado un elemento de la tipicidad objetiva como es el engaño.

4.1.3. Abuso Sexual.

Este tipo penal se encuentra en el artículo 170 del Código Orgánico Integral Penal, el cual se encuentra tipificado de la siguiente manera:

“La persona que, en contra de la voluntad de otra, ejecute sobre ella o la obligue a ejecutar sobre sí misma u otra persona, un acto de naturaleza sexual, sin que

¹⁷² Adrián Marcelo Tenca. *Delitos Sexuales*. (Buenos Aires: Astrea, 2013) 206.

exista penetración o acceso carnal, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Cuando la víctima sea menor de catorce años de edad o con discapacidad; cuando la persona no tenga capacidad para comprender el significado del hecho o por cualquier causa no pueda resistirlo; o si la víctima, como consecuencia de la infracción, sufra una lesión física o daño psicológico permanente o contraiga una enfermedad grave o mortal, será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

Si la víctima es menor de seis años, se sancionará con pena privativa de libertad de siete a diez años.¹⁷³

En la doctrina este delito es conocido como abuso sexual gravemente ultrajante. Este delito es creado como una figura intermedia entre el abuso sexual simple y el delito de violación, esta creación nace por el hecho de dar a la política criminal soluciones a casos en los cuales el daño provocado a la víctima, en cuanto a la aplicación de la escala penal no era justa a comparación del abuso sexual simple.¹⁷⁴

Este tipo penal de abuso sexual, se castiga con mayor severidad que el abuso sexual simple, puesto que, las consecuencias de este acto resultan más dañosas para la víctima, pese a que no se llega al acceso carnal, al tipificar esta conducta se puede observar el desvalor de acción, que es consecuencia de un delito doloso con el cual se constituye el tipo.¹⁷⁵ La diferencia que se realiza con el abuso sexual simple, es que este tipo de abuso sexual se prolonga en el tiempo y además se realiza bajo circunstancias especiales lo cual hace que exista un sometimiento gravemente ultrajante en la víctima.¹⁷⁶

Como se ha señalado son dos las características en las cuales se diferencia el abuso sexual simple del abuso sexual gravemente ultrajante. Por un lado existe reiteración o repetición de los actos impúdicos, por ejemplo, se podría decir entonces que para este tipo penal se aplica el caso en donde se efectúan tocamientos impúdicos a su hijastra durante

¹⁷³ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.

¹⁷⁴ Adrián Marcelo Tenca. *Delitos Sexuales*. (Buenos Aires: Astrea, 2013) 100.

¹⁷⁵ Edgardo Alberto Donna. *Derecho Penal Parte Especial, Tomo I*. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011), 557.

¹⁷⁶ Edgardo Alberto Donna. *Derecho Penal Parte Especial, Tomo I*. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011), 558.

un año, sometiéndola en ausencia de su madre. Es decir, este tipo de actos deben ser contra el mismo sujeto pasivo y efectuado por el mismo sujeto activo durante un tiempo prolongado. Por otra parte, el tipo penal requiere que el acto se prolongue por un tiempo mayor al necesario para consumar el acto impúdico, esto quiere decir que debe existir un acto indebido, prolongado en el tiempo, por ejemplo no es lo mismo un beso en la boca dado en contra de la voluntad de la víctima, que el mismo beso sea dado valiéndose el actor de la cercanía circunstancial con la víctima, es decir en una aglomeración, o que el beso sea dado al ser tomada la víctima de sus brazos sin reacción a defenderse.¹⁷⁷

Hay que notar que en el tipo penal, dentro de su tipicidad objetiva, requiere que este sea consumado siempre y cuando sea en contra de la voluntad del sujeto pasivo, es decir que no sea realizado con el consentimiento de la víctima, y en su primero inciso establece además que, cuando la víctima sea menor de catorce años la pena será más grave que la del tipo penal, y será aún más grave si la víctima es menor de siete años. Lo que a mi parecer resulta bastante paradójico es que, en primer lugar para la consumación del tipo penal se requiere que este sea cometido en contra de la voluntad de la víctima, pero el mismo tipo penal establece los parámetros de edad en los cuales también es considerado una acción típica, esto es ser menor de catorce años, pero la pregunta que vale realizar es que pasa dentro del tipo penal en donde no establece dentro de su tipicidad objetiva a los mayores de catorce y menores de dieciocho años?, a nuestro modo de ver, la voluntad de adolescente también es vulnerada, puesto que, si ellos están conscientes de los actos realizados y que tienen pleno consentimiento en realizarlo, la norma penal que determina que el consentimiento del menor es irrelevante en delitos sexuales, se aplica para todos los menores de dieciocho años en donde pese a existir consentimiento en la realización del acto, estos no lo pueden consentir porque la ley penal de igual manera determina implícitamente que el Estado debe perseguir de todas formas el delito, lo cual genera que los adolescente no tengan derecho a opinar en el proceso.

4.1.4. Violación.

Nuestro Código Orgánico Integral Penal tipifica a la violación en el artículo 171, de la siguiente manera:

¹⁷⁷ Adrián Marcelo Tenca. *Delitos Sexuales*. (Buenos Aires: Astrea, 2013) 102-103.

“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.
2. Cuando se use violencia, amenaza o intimidación.

3. Cuando la víctima sea menor de catorce años.

Se sancionará con el máximo de la pena prevista en el primer inciso, cuando:

1. La víctima, como consecuencia de la infracción, sufre una lesión física o daño psicológico permanente.
2. La víctima, como consecuencia de la infracción, contrae una enfermedad grave o mortal.
3. La víctima es menor de diez años.
4. La o el agresor es tutora o tutor, representante legal, curadora o curador o cualquier persona del entorno íntimo de la familia o del entorno de la víctima, ministro de culto o profesional de la educación o de la salud o cualquier persona que tenga el deber de custodia sobre la víctima.
5. La o el agresor es ascendiente o descendiente o colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.
6. La víctima se encuentre bajo el cuidado de la o el agresor por cualquier motivo.

En todos los casos, si se produce la muerte de la víctima se sancionará con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.¹⁷⁸ (Las negrillas y el subrayado es mío).

¹⁷⁸ Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.

En términos generales, la violación “es el acceso carnal obtenido contra la voluntad del sujeto pasivo.”¹⁷⁹ Este acceso carnal no es sino la penetración sexual ya sea del miembro viril, de los dedos, objetos. La violación se produce cuando el órgano genital entra en el cuerpo ya sea por vía normal esto es vaginal, o vías anormales que son bucales o anales, es por ello que se descarta de este tipo las acciones en las que no exista unión o conjunción sexual.¹⁸⁰

Entonces, según nuestra legislación penal, podríamos manifestar que, el delito de violación es el acceso carnal, logrado en los casos ya sea cuando el sujeto pasivo se encuentre imposibilitado físicamente para expresar su consentimiento, cuando exista violencia, amenaza o intimidación para vencer la resistencia del consentimiento del sujeto pasivo y por último cuando el sujeto pasivo sea menor de catorce años, esos son los primeros tres presupuestos en los cuales debe incurrir la tipicidad objetiva para así determinar el tipo penal. Existen además circunstancias agravantes del tipo penal, en donde resaltare la más importante, que es el caso cuando el sujeto pasivo es una persona menor de diez años de edad, aquí la pena será más grave.

Pues bien, según lo referido anteriormente, existen tres normas claras dentro del delito de violación para que este sea consumado, a nuestro parecer existen dos circunstancias importantes dentro de nuestro estudio, la primera es que el delito de violación se comete cuando el sujeto pasivo del delito es una persona menor de catorce años, y la segunda, que es un agravante cuando sea cometido en un sujeto pasivo menor de diez años.

El tipo penal por un lado abre la posibilidad a los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años en que si consienten en sus actos existiría una conducta atípica, pero como en los delitos analizados anteriormente, esta hipótesis se cae dentro nuestro ordenamiento legal puesto que, al manifestar la misma legislación que los menores de dieciochos años en cuanto al consentimiento otorgado por ellos será irrelevante, quiere decir entonces que por un lado si los sujetos pasivos son menores de diez años y catorce años, necesariamente se encuentra configurado el delito, es decir lo que hace el tipo penal es tratar de amparar la falta de madurez para entender el sentido

¹⁷⁹ Adrián Marcelo Tenca. *Delitos Sexuales*. (Buenos Aires: Astrea, 2013) 102-103.

¹⁸⁰ Sebastián Soler. *Derecho Penal Argentino*. (Buenos Aires: Tea, 1994), 251.

del acto¹⁸¹; pero además una norma accesoria a este tipo de delitos manifiesta que de igual forma si el sujeto pasivo del delito es menor de dieciocho años, así este haya dado su consentimiento, el Estado será encargado en perseguir estas conductas sin importar la opinión del adolescente es decir que, existe delito de violación cuando también la edad del sujeto pasivo es mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad.

Según lo analizado, podemos observar que por un lado los diferentes tipos penales abren la puerta a un consentimiento tácito de los adolescentes en temas de delitos sexuales, pero la norma del artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, llega a establecer expresamente que el consentimiento de los menores de dieciocho años es irrelevante en temas de delitos sexuales, es decir esta norma lleva una gran contradicción con su mismo cuerpo legal, así como con los derechos de los adolescentes, determinando que el Estado será entonces el encargado de perseguir a toda costa un delito sexual, pese a que existió consentimiento del adolescente.

4.2. Legislación comparada.

Resulta trascendente realizar una investigación de las legislaciones que a nuestro parecer resultan las más importantes, las cuales nos ayudarán a dar una mejor percepción del avance o retroceso que nuestro país tienen en cuanto al consentimiento de los adolescentes en materia de delitos sexuales.

4.2.1. Colombia.

Según el tipo penal del Artículo 208 y 209 del Código Penal Colombiano, los mismos que manifiestan:

“Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. [Modificado mediante el artículo 4 de la ley 1236 de 2008] El que acceda carnalmente a persona **menor de catorce (14) años**, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. [Modificado mediante el artículo 5 de la ley 1236 de 2008] El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona **menor de catorce (14) años** o en su presencia, o la

¹⁸¹ Edgardo Alberto Donna. *Derecho Penal Parte Especial, Tomo I.* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011), 584-585.

induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.”¹⁸²
(El subrayado y las negrillas es mío)

Con los tipos penales transcritos, podemos observar que en Colombia la edad del consentimiento para que sea relevante es a partir de los catorce años de edad, no existe un tipo penal que manifieste que el consentimiento otorgado por menores de edad es irrelevante, es por ello que según lo anotado, la norma penal es acorde a los derechos fundamentales de los adolescentes en cuanto a su sexualidad.

4.2.2. Argentina.

Dentro del Código Penal de la Nación Argentina, en su Título III en cuanto a los Delitos contra la Integridad Sexual, en sus artículos 119 y 120, tipifican lo siguiente:

“**ARTICULO 119.** - Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo cuando, ésta fuera **menor de trece años** o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima;
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guarda;
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio;
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas;
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones;

¹⁸² Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Publicada en el diario oficial número 44.097 del 24 de julio de 2000.

f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e) o f)."

(Artículo sustituido por art. 2° de la [Ley N° 25.087](#) B.O. 14/5/1999)

ARTICULO 120 — Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona **menor de dieciséis años**, aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado.

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) o f) del cuarto párrafo del artículo 119

(Artículo sustituido por art. 3° de la [Ley N° 25.087](#) B.O. 14/5/1999)¹⁸³ (El subrayado y las negrillas es mío)

De lo que podemos observar en la Legislación Argentina, existen dos parámetros para poder determinar la edad del consentimiento en la que puede otorgar el menor de edad, por un lado encontramos el artículo 119 en cuanto al delito de abuso sexual el cual tipifica que para que exista un hecho punible este debe recaer en contra de una menor de trece años, y en segundo lugar, el artículo 120 aclara que, además en los casos de inmadurez sexual de un menor de dieciséis años será otro tipo penal. Desde mi punto de vista muy acertadamente recoge estas edades en razón de la madurez es decir de la comprensión del acto sexual que cada adolescente pueda tener, protegiendo así su sano desarrollo sexual, es además importante señalar que según el tipo penal del artículo 120 en cuanto a su tipicidad objetiva se tiene que configurar la inmadurez sexual, es decir que pese a que exista un adolescente dentro de ese rango de edad y que sea lo suficientemente maduro, no habría el cometimiento de la infracción.

4.2.3. Bolivia.

En el Capítulo I del Código Penal Boliviano que hace referencia a los delitos de violación, estupro y abuso deshonesto, en su artículo 308 Bis se tipifica que:

“Artículo 308 Bis. (VIOLACIÓN DE NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE). Quien tuviera acceso carnal con persona de uno u otro sexo **menor de catorce (14) años**.

¹⁸³ Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Artículos sustituidos por la [Ley N° 25.087](#) B.O. 14/5/1999.

Penetración anal o vaginal o introdujera objetos con fines libidinosos, será sancionado con privación de libertad de quince (15) a veinte (20) años, sin derecho a indulto, así no haya uso de la fuerza o intimidación y se alegue consentimiento. Quedan exentas de esta sanción las relaciones consensuadas entre adolescentes mayores de doce (12) años, siempre que no exista diferencia de edad mayor de tres (3) años, entre ambos, y no se haya producido violencia ni intimidación.”¹⁸⁴ (El subrayado y las negrillas es mío)

Bolivia tiene un avance muy importante al establecer un tipo penal exclusivo para menores de edad, puesto que así determina que el consentimiento del menor de edad es a partir de los catorce años de edad, solo así se puede considerar como relevante el mismo, lo cual hace que la norma penal sea acorde con el interés superior del menor en cuanto a su sano desarrollo sexual.

4.2.4. Chile.

La Legislación Penal Chilena, establece en sus artículos 362 y 363 el umbral para la edad del consentimiento en donde, el tipo penal manifiesta:

“Art. 362. El que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona **menor de catorce años**, será castigado con presidio mayor en cualquiera de sus grados, aunque no concurra circunstancia alguna de las enumeradas en el artículo anterior.

Art. 363. Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona **menor de edad pero mayor de catorce años**, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes: 1º Cuando se abusa de una anomalía o perturbación mental, aun transitoria, de la víctima, que por su menor entidad no sea constitutiva de enajenación o trastorno. 2º Cuando se abusa de una relación de dependencia de la víctima, como en los casos en que el agresor está encargado de su custodia, educación o cuidado, o tiene con ella una relación laboral. 3º Cuando se abusa del grave desamparo en que se encuentra la víctima. 4º Cuando se engaña a la víctima abusando de su inexperiencia o ignorancia sexual.”¹⁸⁵ (El subrayado y las negrillas es mío)

Podemos observar que en la legislación Penal Chilena, un adolescente puede otorgar su consentimiento a partir de los catorce años de edad, es así que este es relevante dentro de la opinión que puede generar el adolescente en el acto sexual.

¹⁸⁴ Código Penal Boliviano. Ley Nº 1768 de 10 de marzo de 1997. artículo 3 incorporado de la Ley Nº 2033 de 29 de octubre de 1999, Ley de Protección a las Víctimas de Delitos Contra la Libertad Sexual.

¹⁸⁵ Código Penal Chileno. Ley 19617 promulgada el 2 de julio de 1999.

De las Legislaciones Comparadas, podemos colegir que en la mayoría de países latinoamericanos han determinado que el consentimiento del adolescente para poder otorgarlo sea a partir de los catorce años de edad, esto en razón de su madurez sexual y que están en la capacidad de comprender el acto. Sólo nuestro país se excluye de este umbral, al tener como norma que el consentimiento del menor de dieciocho años es irrelevante en materia de delitos sexuales, es decir no estamos acordes con legislaciones que tienen una consolidación de una evolución social y cultural muy parecida a la nuestra al ser países sudamericanos.

4.3. Análisis de jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú.

Es importante que como Estado de Derechos y Justicia, nos encontremos a la par de nuestros países semejantes y más aún de la Comunidad Andina, es por ello que ahora nos referiremos a realizar un análisis de la Sentencia No. 00008-2012-PI-TC emanada por el Tribunal Constitucional de Perú, la misma que resuelve en sentido favorable declarar como norma inconstitucional el consentimiento irrelevante de los menores de edad.

Se presentó ante el Tribunal Constitucional de Perú una demanda de inconstitucionalidad, la misma que manifestaba la inconformidad del artículo 1 de la Ley No. 28704, la cual modificaba al artículo 173 inciso tercero del Código Penal Peruano, sobre el delito de violación sexual contra víctima entre 14 y 18 años de edad; como antecedente hay que señalar que esta demanda fue interpuesta por el clamor de diez mil seiscientos nueve ciudadanos¹⁸⁶, los mismos que alegaban que existe vulneración de derechos Constitucionales hacia los adolescentes.

La ley mencionada determinaba que la modificación al tipo penal sea tipificada de la siguiente manera: “3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.”¹⁸⁷ Con esta modificación en la tipicidad se llega a determinar que sería imposible tener relaciones sexuales con un menor de edad, puesto que siempre existiría delito.

¹⁸⁶ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre del 2012, 4.

¹⁸⁷ Ley No. 28704. Artículo 1. Diario Oficial El Peruano de 05 de abril del 2006.

En la referida sentencia, los demandantes en su alegación establecen que, existe vulneración de derechos y principios constitucionales, entre los cuales señalan: el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho de no ser privado de información, el derecho a la salud sexual y reproductiva, derecho a la intimidad y vida privada, derecho a la igualdad y a no ser discriminado, el principio de interés superior del niño y adolescente, el principio de lesividad, principio de proporcionalidad, y el principio del carácter subsidiario del derecho penal. Es por ello que la pretensión realizada al Tribunal Constitucional de Perú, es para declarar como inconstitucional el artículo referido y que además se despenalice los actos sexuales mantenidos con adolescentes mayores de catorce años y que se declare como relevante su consentimiento.¹⁸⁸

Mientras que el argumento de la contestación de la demanda, efectuado por Jorge Campaña Ríos en calidad de apoderado del Congreso de la República, lo realiza en el sentido que la demanda es infundada ya que no se contraviene la Constitución, “ni por el fondo ni por la forma, ni de forma total ni parcial, ni de forma directa o indirecta”.¹⁸⁹

Algunas organizaciones gubernamentales y no gubernamentales se pronunciaron con escritos que apoyaban la demanda planteada, entre ellos estaban: El Fondo de Poblaciones de las Naciones Unidas, así como el Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, estos organismos apoyaron para que se declare la inconstitucionalidad de la norma demandada, manifestando que dicha norma vulnera derechos de libertad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, igualdad, así como los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, ya que además la norma invocada, tácitamente considera a los adolescentes de entre 14 y 18 años de edad como incapaces para entender el acto sexual, con lo cual su consentimiento carece de valor. La Defensoría del Pueblo también se pronunció al respecto, considerando que la norma es inconstitucional, se desconoce a los adolescentes como sujetos de derechos; vulnera el derecho a la salud sexual y reproductiva, a los adolescentes se les restringe de su derecho para acudir a tratamientos para evitar embarazos no deseados, así como el prevenir enfermedades de transmisión sexual; vulnera el derecho a la libre desarrollo de la

¹⁸⁸ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre del 2012, 5.

¹⁸⁹ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre del 2012, 6.

personalidad, evitando que los adolescentes puedan ejercer su sexualidad; y ,además vulnera su derecho a la intimidad. Y por último la organización no gubernamental Women´s Link Worldwide, apoyando la inconstitucionalidad de la norma y para ello se apoya en los derechos humanos y en derecho comparado.¹⁹⁰

El Tribunal Constitucional de Perú, realiza una delimitación estricta de la demanda, determina fundamental analizar el sentido interpretativo de la norma, y lo realiza de dos formas: el primero, es considerar que la disposición penal demandada es incompatible con la Constitución,”(si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, independientemente del consentimiento de aquella, será no menor de 25 ni mayor de 30 años)”¹⁹¹ con ello se busca proteger la indemnidad sexual de los menores de 14 y 18 años de edad, por lo que asume que no están en condiciones de decidir sobre su libertad sexual y que por ello su consentimiento es irrelevante. Y, la segunda, es considerar que la disposición es compatible con la Constitución, (si la víctima tiene entre 14 y menos de 18 años de edad, la pena para el autor, será no menor de 25 ni mayor de 30 años, salvo que aquella hubiera consentido, en cuyo caso se exime de responsabilidad al autor)¹⁹² puesto que lo que se protege es la libertad sexual, estando en condiciones de decidir sobre su libertad sexual, dándole relevancia al consentimiento.¹⁹³

El Tribunal Constitucional de Perú, determina que se debe analizar si la disposición penal demandada constituye una intervención injustificada al libre desarrollo de la personalidad, el mismo que se encuentra en la Constitución. Para ello se deben analizar tres fases que son: 1.- ámbito normativo del derecho fundamental; 2.- restricción del ámbito prima facie; y, 3.- si la restricción al derecho se encuentra justificado.¹⁹⁴

En cuanto al ámbito normativo del derecho fundamental, como posición prima facie, en el caso analiza el derecho al libre desarrollo de la personalidad en cual se

¹⁹⁰ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre del 2012, 6-8.

¹⁹¹ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre del 2012, 8.

¹⁹² Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre del 2012, 8.

¹⁹³ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre del 2012, 8.

¹⁹⁴ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre del 2012, 11.

encuentra garantizado en la Constitución, es por ello que, los espacios de libertad en donde se estructura la vida personal y social, no disponen de injerencia estatal, para intervención de estos espacios se necesita de razonabilidad y de proporcionalidad para así salvaguardar el derecho. Es por ello que las relaciones amorosas y sexuales se encuentran dentro del libre desarrollo de la personalidad enmarcada en la vida privada de la persona tanto por su dignidad como por su autonomía. Determinando así que ni la persona y menos el Estado puede intervenir en el libre desarrollo de la sexualidad del ser humano, el cual atrae la decisión de la realización del acto sexual. Los menores de entre 14 y 18 años de edad son titulares también de su libertad sexual, y para ello se fundamenta en la Convención de los Derechos del Niño de fecha 03 de agosto de 1990, en donde se garantiza por parte de los Estados el desarrollo del niño, toma además como referente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sentido de que se ha pronunciado en cuanto a la autonomía personal del menor para que se puedan tomar en cuenta las condiciones específicas del menor así como su interés superior para que este sea valorado en vía administrativa o judicial, cuando exista interés en sus derechos (Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero del 2012, párrafo 199). Se analiza también legislación interna en donde se hace diferenciación de niño y adolescente por su edad, y además concluye que la autodeterminación en el ámbito sexual de los adolescentes se encuentra tanto en legislación civil como penal, esto es que, se concede el matrimonio de adolescentes, así como relaciones sexuales libres de engaño, lo cual hace considerar que los mayores de catorce años pueden consentir en el acto sexual sin que sea penado. Se realizó un estudio en donde se determinó que los menores de edad, en su gran mayoría inician sus relaciones sexuales a los 15 años de edad. Donde se concluye que los adolescentes entre 14 y 18 años ejercen de manera libre su desarrollo sexual, pero para ello es importante la educación que reciban con sus padres, el Estado y la sociedad, es por ello que, el Estado no debe intervenir desproporcionadamente en este derecho.¹⁹⁵

En cuanto a la restricción del ámbito prima facie, se quiere determinar si los actos sexuales son lesivos para los adolescentes, para ello la disposición penal prohíbe que los adolescentes mantengan relaciones sexuales pese a que otorguen su consentimiento, lo cual es evidente que existe una intervención en el ámbito prima facie garantizado por su

¹⁹⁵ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre del 2012, 12-16.

libertad sexual dentro de su sano desarrollo de la personalidad, puesto que al ser irrelevante su consentimiento limita su autodeterminación en su sexualidad.¹⁹⁶

En cuanto a la verificación de la restricción al derecho fundamental se encuentra justificada, esto se lo realiza desde el punto de vista formal y material, para ello es considera importante analizar criterios de justificación para la intervención como, principio de legalidad, reserva de jurisdicción, irretroactividad, principio de proporcionalidad, etc. Primero se verifica que existe restricción por la ley modificatoria, pero para ello se considera examinar si esta restricción es válida o justificada constitucionalmente; entonces es importante determinar que el principio de proporcionalidad debe ser necesario y adecuado en cuanto a su razonabilidad y proporcionalidad en cada caso. Para ello primero delimita que debe existir una protección de bienes jurídicos y principio de lesividad, es por ello que la norma penal se encarga de proteger derechos de relevancia constitucional, siempre y cuando la norma lesione o ponga en peligro bienes jurídicos protegidos. En materia constitucional penal, el fin de este se relaciona con los fines de la pena, que en este caso es de prevención general positiva y la prevención especial, esto es internar al sujeto por su conducta. Con la mencionada modificación de la norma penal se puede observar nada más que endurecimiento de pena para la persona que comete este tipo de delito, sin dar cabida al adolescente para que pueda otorgar su consentimiento, por ello es importante diferenciar tanto la libertad sexual como la indemnidad sexual, la primera enmarcada dentro de capacidad de disposición de su sexualidad, mientras que la indemnidad sexual es la incapacidad de disponer su libertad sexual, es por ello que esta solo puede ser protegida siempre y cuando no funcionen otros medios, por lo que solo debería ser sancionado el tener relaciones sexuales con menores de 14 y 18 años cuando estos no otorguen su consentimiento. Por lo que resulta incompatible la norma demandada con la Constitución, puesto que la intervención estatal en la protección de estos bienes no es elevado, y para ello realiza una ponderación de bienes en cuanto al peso abstracto de cada uno de ellos, poniendo al interés superior del menor en cuanto a su sano desarrollo sexual como principio y derecho cúlspide, concluyendo que la norma demandada es inconstitucional.

¹⁹⁶ Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre del 2012, 16-17.

4.4. Estudio de casos en el Ecuador.

En el año 2015, cuando prestaba mis servicios profesionales como Defensor Público, tuve la oportunidad de defender en Audiencia de Juicio al señor Lenny Javier Basurto Segura, a quien se le había procesado por el delito de violación según consta del expediente 17282-2014-1382 en la ciudad de Quito Distrito Metropolitano, Provincia de Pichincha, fue este el caso que inspiró este estudio al considerar que a la persona procesada se le debió ratificar su estado de inocencia. Así también analizaré tres casos más de sentencias de nuestros Tribunales de Justicia donde se ha fallado en base al consentimiento de la víctima al ser adolescente, todos estos en casos de delitos sexuales.

4.4.1. Antecedentes, Caso No. 17282-2014-1382.

Para poder realizar un antecedente de los hechos podemos manifestar lo siguiente, la denuncia se llega a presentar por una funcionaria del Ministerio de Salud el día 26 de diciembre del año 2014 en horas de la tarde, cuando la menor de nombres MJVB, de trece años de edad, acudió con el señor Lenny Basurto a una casa de salud, esto es al hospital de Yaruqui, ya que la adolescente se encontraba con dolor estomacal, a quién una vez internada se le detecta una infección de sus vías urinarias, la médico que atendía a la adolescente le pregunto con quien se encontraba acompañada, respondiendo que con su conviviente, fue ese el momento en que la médico va en busca del conviviente de la adolescente, percatándose que se trababa de una persona mayor de edad, razón por la cual alerta a los policías, y le detienen al señor Lenny Basurto por supuestamente haber agredido sexualmente a la adolescente MJVB.

Una vez que se llega a dar inicio al proceso penal con una Audiencia de Flagrancia y de Formulación de Cargos en contra del señor Lenny Basurto a quien se le ordena su prisión preventiva por supuestamente encontrar elementos de la infracción, indicios de responsabilidad, por el delito tipificado y sancionado en artículo 171 del Código Orgánico Integral Penal, esto es el delito de violación, es así que se empiezan a realizar diligencias para reunir elementos de convicción dentro de la Instrucción Fiscal. Luego de concluir la etapa de Instrucción Fiscal y luego de haber dictado el Juez de Garantías Penales el Auto de Llamamiento a Juicio , nos presentamos en Audiencia de Juicio, a la cual se presentaron los testimonios de:

1.- Licenciada Olivia Tarcila Matailo Pinta en calidad de trabajadora social de la Fundación Laura Vicuña, testimonio que corrobora que la adolescente permanecía en la fundación mencionada luego de que su conviviente es decir el señor Lenny Basurto había sido detenido por supuestamente abusar sexualmente de la adolescente MJVB; la adolescente en la fundación refirió que el señor Lenny Basurto era su “enamorado” y fue el quien luego de haberse enamorado mutuamente la sacó del lugar donde vivía que era en el cantón El Empalme, puesto que allí vivía con sus abuelos en donde existía mucha violencia y por ende era maltratada físicamente por su tío “Ramón”, es así que le conoció al señor Lenny Basurto, quién vivía cerca de ella, luego de hacerse amigos y de ella contarle sus problemas, los dos empiezan a enamorarse. La adolescente refiere que llora y que le da mucha pena que Lenny Basurto ya no este con ella. Luego que Lenny Basurto se entera que la adolescente era maltratada y cuando ya eran enamorados, él le propone venir a vivir hasta la ciudad de Quito, a lo cual ella acepta, llegando a residir en Puembo. La adolescente tenía bastante tristeza por la situación en la que se encontraba el señor Lenny Basurto, así lo refirió la profesional.

2.-Dra. Alexandra de los Ángeles Montalvo, en calidad de psicóloga, quien informó que, la adolescente estaba viviendo desde hace un mes con el señor Lenny Basurto en la ciudad de Quito, luego de haber salido de la residencia de sus bisabuelos en El Empalme, informó a la psicóloga que ella mantuvo relaciones sexuales con Lenny Basurto, y que ella consintió en aquello porque ella se había enamorado de él, este testimonio ayudo para determinar que la adolescente estaba con sus funciones psíquicas normales, que tenía suficiente madurez como para asumir sus responsabilidades, y que además estaba triste al saber que Lenny Basurto estaba detenido, no se le detectó un estrés postrauma de los hechos, y lo que se comprobó es que en efecto la adolescente se encuentra enamorada del señor Lenny Basurto, tiene tristeza de que los operadores de justicia tengan detenido a Lenny Basurto y que le hagan daño.

3.- Dr. Luis Gerardo Guaico Pazmiño, quien informo que la menor efectivamente tiene en su vulva e himen desgarros antiguos y una laceración reciente, determinando así que existe penetración vaginal.

4.- Dra. Ivone Aida Valarezo Sierra, en calidad de psicóloga de la Fundación Laura Vicuña, quién informo que la adolescente le ha referido tener una relación

sentimental con el señor Lenny Basuro y era con quien convivía en Quito, según los test psicológicos realizados a la adolescente, se podía determinar que tiene tristeza por la separación con el señor Lenny Basurto, que no se encuentra deprimida, se terminó que ama a su pareja, que ha pedido verle, que cuando salga de la Fundación lo primero que quiere hacer es buscarle.

5.- Cabo Primero de Policía José Geovanny Cumbal Quinteros, quién luego de haber recibido una llamada de la centra por un supuesto delito fue la persona que aprehendió al señor Lenny Basurto en el Hospital de Yaruquí, por un presunto delito de carácter sexual.

6.- Marlene Anabel Basurto Segura, en calidad de hermana del señor Lenny Basurto, quien afirmo que la adolescente y su hermano vivían juntos en su casa y que tanto la adolescente como su hermano afirmaban estar enamorados.

7.- Cabo Segundo de Policía Jenny Patricia Bravo Salazar, quien realizó en reconocimiento del lugar de los hecho, esto es de la casa en donde residían la adolescente y el señor Basurto.

8.- Se presentó el testimonio Anticipado en la Cámara de Gesell, por parte de la menor MJVB, quien informó los hechos ya narrados, en donde informó la adolescente los hechos ya señalados y que además ella tuvo relaciones sexuales con él porque ella consintió.¹⁹⁷

4.4.1.1. Análisis del Caso.

El Tribunal dentro de la sentencia emanada hace algunas consideraciones, por lo cual tomaremos las más relevantes.

“... normar el poder punitivo del Estado, tal como lo expresa al artículo primero del Código Orgánico Integral Penal en su finalidad, con la entrada en vigencia de la nueva Constitución de la República publicada en el registro oficial No. 499 del 20 de octubre del 2008, debe entenderse desde una perspectiva constitucional integral que mire los derechos fundamentales de las personas, para de esa forma **evitar el abuso del poder estatal frente al ciudadano**; por ello el Estado Constitucional Ecuatoriano tiene la

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 17282-2014-1382. De fecha miércoles 29 de abril del 2015.

obligación de otorgar legitimidad y contenidos mínimos a los derechos fundamentales, creando correlativamente límites y vínculos al poder para efectivizar la tutela de los derechos.”¹⁹⁸ (el subrayado y las negrillas es mío). Este primer análisis de la referida sentencia, nos da a entender que la sentencia que se va a dictar será apegada a las garantías, principios y derechos fundamentales de las partes, ya que anticipa que lo que se intenta es evitar el abuso del poder estatal frente al ciudadano, otorgando de esa manera tutela a los derechos, es decir que efectivizará los mecanismos propios de la Constitución de la República, teniendo en consideración su supremacía en el proceso penal. Tanto es así que se manifiesta por el Tribunal que: “... el garantismo se orienta a establecer las técnicas de garantías idóneas y asegurar el máximo grado de efectividad a los derechos constitucionalmente reconocidos.”¹⁹⁹. En general con estas consideraciones pasa a analizar el valor probatorio de los testimonios señalados, y lo que hace es limitarse a transcribir los testimonios rendidos por cada uno de los peritos y testigos del caso.

Para sustentar el valor probatorio de cada uno de los peritos y testigos, el tribunal considera “En el presente caso conforme se ha otorgado el valor probatorio a los testimonios y demás prueba, que se han narrado e incorporado en la audiencia de juzgamiento, dicho sea de paso se debe indicar ante tales circunstancias nos refieren al tratarse el tema de la autonomía sexual de la menor, que conforme se ha escuchado en todos los testimonios la menor e inclusive la personal hoy procesada manifestaron tener una relación sentimental de enamorados y bajo tales circunstancias convivían juntos; por lo que al hablar de autonomía sexual, nos estamos refiriendo a la habilidad que tenemos de ser independientes y capaces de ejercer “control” sobre nuestra vida sexual”²⁰⁰

Se determina que el bien jurídico del delito de violación es la libertad sexual, manifestada con la capacidad de decidir con quién mantener o no, relaciones sexuales; y con ello pasa a analizar los antecedentes de la menor, determinado supuestamente que el agresor aprovecho de una situación de vulnerabilidad de la menor y haciendo referencia que el consentimiento del menor es irrelevante; determinan que para que ese

¹⁹⁸ Sentencia del Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 17282-2014-1382. De fecha miércoles 29 de abril del 2015.

¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 17282-2014-1382. De fecha miércoles 29 de abril del 2015.

²⁰⁰ Sentencia del Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 17282-2014-1382. De fecha miércoles 29 de abril del 2015.

consentimiento sea otorgado debería tener la menor diecisiete años de edad y que según aquello no está ni dentro de estándares. Además que el interés superior del menor no puede ser interpretado como la defensa lo ha señalado en el sentido de un enamoramiento,²⁰¹ y sin más argumento pasa a otro punto.

Lo señalado en el párrafo anterior es totalmente cuestionable y rebatible dentro de lo que señala el Tribunal, puesto que, por un lado habla del bien jurídico protegido como es la libertad sexual, determinando que para ello la menor debe ejercer autonomía en su acto, según todo el análisis desarrollado en este trabajo, el adolescente es dueño y capaz de comprender sus actos, para ello es importante determinar el análisis psicológico de la adolescente, con los peritajes realizados, los cuales concluyen que la menor no tiene una afectación a su desarrollo “psico-evolutivo” por los hechos referidos, ella ama al señor Basurto.

Si analizamos lo contrario de lo que determina la Tribunal, el interés superior del menor es convivir con el señor Basurto, al punto que ella quiere ir a buscarlo; determina una supuesta edad de diecisiete años para así tener aprobación del consentimiento, pero es curioso este análisis puesto que no existe ningún estándar normativo ni menos constitucional que señale aquello, todo lo contrario lo que se hace es coartar los derechos del adolescente al restringir no poder tener una relación sentimental con un mayor de edad, discriminando a los adolescentes, el Tribunal confunde lo mencionado en capítulos anteriores en cuento a la moralidad y el derecho, llegando así a criminalizar lo que para los jueces del Tribunal es moral.

Con lo referido, pasa a analizar las categorías dogmáticas del delito, esto es tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; para lo cual y desde mi perspectiva, la sentencia realiza un análisis sencillo de la tipicidad objetiva y subjetiva, concluyendo así que la tipicidad está probada; cabe hacer hincapié que la defensa no discutía sobre la tipicidad de la conducta, es por ello que sin ser desleal consideraré que ese elemento se encontraba reunido.

Todo lo contrario pasa en la Antijuridicidad, esta categoría dogmática de la teoría del delito a mi modo de ver no se encontraba conculcada, y pese aquello el Tribunal

²⁰¹ Sentencia del Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 17282-2014-1382. De fecha miércoles 29 de abril del 2015.

realiza un análisis totalmente parcializado a la acusación de la fiscalía considerando que: “En cuanto a la antijuridicidad formal (desvalor de acción, y la antijuridicidad material (desvalor de resultado) del acto típico ejecutado, la hoy persona no ha demostrado encontrarse beneficiado por ninguna causal de justificación- desvalor de acción- así como tampoco ha desvirtuado la no lesión del bien jurídico protegido- desvalor de resultado; y en el caso concreto, se produjo el acceso carnal a la víctima la menor MJVB y con ello el daño o lesión del bien jurídico protegido, la libertad sexual a que tiene derecho toda persona de cualquier sexo, razones por las cuales se encuentra configurados también los presupuestos de la categoría dogmática de antijuridicidad y siendo así se procede a analizar la culpabilidad de la persona procesada, como juicio de reproche.”²⁰²

Este es el único análisis que realiza el Tribunal respecto de la antijuridicidad, es curioso que en ningún momento si se pretendía desvirtuar la teoría de la defensa en cuanto a falta de antijuridicidad en la conducta, que se haga referencia a la razón del porque no se concede el argumento de la defensa. Nunca se realiza un análisis del bien jurídico de la adolescente y el grado en el que la lesividad, es decir tanto la puesta en riesgo o lesión del bien jurídico se encuentra vulnerado, y como lo hemos referido en este estudio, no es la libertad sexual la que se está vulnerado, sino el sano desarrollo sexual, lo cual nunca se pudo demostrar por fiscalía, ya que de los mismos peritajes psicológicos así como de entorno social, no se podía verificar una vulneración a este derecho y más aun no se pudo verificar esta categoría por parte de fiscalía, puesto que del mismo testimonio anticipado de la adolescente manifestó estar enamorada y amar al señor Lenny Basurto.

En este sentido se hace contradictorio el primer análisis del Tribunal, puesto que la sentencia ya no es garantista y tampoco evita el abuso del poder estatal del ciudadano, todo lo contrario lo castiga mediante una pena.

Con ello que tampoco dieron el verdadero valor probatorio de los testimonios y peritos presentados en audiencia de juicio. Con el análisis realizado por el Tribunal, establecen la culpabilidad del señor Lenny Javier Basurto Segura imponiéndole una condena de diecinueve años. Con lo cual, para la justicia no sirvió de absolutamente nada

²⁰² Sentencia del Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 17282-2014-1382. De fecha miércoles 29 de abril del 2015.

el verdadero sentido de la verdad procesal, ya que todo lo contrario, sirvió esta para imponer el poder estatal de castigar.

4.4.2. Antecedentes, Caso No.17241-2014-0048.

Este caso resulta bastante interesante dentro de nuestro estudio, es así que, el día 03 de enero el señor José Líder Fernández Aguilar se ha acercado a la U.P.C., de Barrionuevo No.1, quien les ha manifestado a los miembros policiales que su hija menor E.S.F.V., de 13 años de edad, había salido de la casa con dirección al Colegio Simón Bolívar lugar donde estudia, indicando el padre de la menor que ha recibido una llamada telefónica por parte de la profesora de su hija manifestándole que la menor había salido del establecimiento educativo en compañía de una compañera de curso, inmediatamente había tratado de comunicarse con la mencionada compañera averiguando sobre el paradero de su hija, quien le manifiesta que es verdad que su hija se había retirado del colegio para irse con un muchacho, por lo que presumió que su hija podría estar en el domicilio de su enamorado en el barrio Las Cuadras, en el sector de Santa Rita, razón por la cual ha solicitado la colaboración policial, llegan hasta el domicilio del enamorado de la chica, golpearon la puerta y ha salido la madre del joven por la ventana del segundo piso, le han preguntado si allí se encontraba su hijo, respondiéndoles que sí se encontraba en el interior de su vivienda, en ese momento la madre del joven se ha enterado que la chica ha estado en el cuarto de su hijo, ante ello le solicitan que salga la menor para entrevistarla, en pocos minutos ha salido el enamorado, quien responde a los nombres de Jefferson Javier Alomoto Landázuri, de 18 años de edad, quien les ha manifestado voluntariamente que desde la tarde se ha encontrado en compañía de la menor en su domicilio, quien es detenido en ese momento por un presunto delito sexual. La menor es sometida a realizarse un examen médico legal en donde se desprenden desgarros antiguos en su vulva y vagina. Fue suficiente para los miembros policiales este antecedente para que el joven sea llevado a flagrancia y por ende se realice la formulación de cargos en su contra y se dé inicio a un proceso penal.²⁰³

²⁰³ Sentencia del Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 17241-2014-0048.

4.4.2.1. Análisis del Caso.

Es importante considerar el testimonio anticipado que rindió la adolescente manifestando: “que tiene catorce años de edad y que desde el 14 de septiembre de 2.013 es enamorada de Javier Alomoto Landazuri, a quien le mintió que ella tenía 18 años de edad y que estaba en sexto curso, desde que son enamorados han mantenido relaciones sexuales consentidas; además agregó que el día 3 de enero de 2.014 se salió del colegio con una amiga, luego ella (E.S.F.V.) se fue a la casa de su enamorado, en dónde mantuvieron relaciones sexuales, que su enamorado siempre supo que ella tenía 18 años de edad; dijo además que actualmente se encuentra embarazada de seis meses y que el padre de su hijo es su enamorado Jefferson Alomoto”²⁰⁴. Además dentro de la prueba presentada por fiscalía se encontraba el policía aprehensor, el médico legal, y reconocimiento de lugar de los hechos, así como los elementos de filiación de la menor que probaban que era una adolescente de 13 años de edad. Por el lado de la defensa se presentó el testimonio del procesado, quien respondió a la verdad del hecho manifestó: “que cuando le conoció a la menor E.S.F.V., ella le dijo que tenía 18 años de edad y que estaba en sexto curso, ella tenía 1,65 metros de estatura; además agregó que con ella mantuvieron relaciones sexuales consentidas, desde el 14 de septiembre de 2.013 y que actualmente ella se encuentra embarazada de seis meses; que el día que les descubrieron, tuvieron relaciones sexuales con el consentimiento de E.S.F.V.”²⁰⁵

Con la prueba señalada, el Tribunal analiza que hubo error de tipo en la conducta, esto porque el procesado creía que la adolescente tenía 18 años de edad y que su estado físico era para pensar que evidentemente podría tener esa edad. La sentencia realiza confusiones de conceptualizaciones para poder hablar del error de tipo manifestando que: “En este punto es preciso mencionar que el acusado, al no tener conocimiento de la infracción que estaría perpetrando, porque estaba seguro que su enamorada E.S.F.V, era mayor de edad y cursaba el sexto curso de secundaria, nos encontraríamos frente a la ausencia del tipo, elemento objetivo de la tipicidad, es decir, del dolo y más bien, nos encontraríamos frente a lo que el Derecho Penal conoce como “error de tipo”, que

²⁰⁴ Sentencia del Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 17241-2014-0048.

²⁰⁵ Sentencia del Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 17241-2014-0048.

excluiría la antijuridicidad, entendiendo por tal, que el acusado actuó dentro de la presente causa sin conciencia ni voluntad,..."²⁰⁶.

Remitiéndonos al párrafo anterior, si hablamos dentro de un contexto finalista, en la tipicidad encontramos elementos objetivos y subjetivos, dentro de la tipicidad subjetiva se analiza el dolo y la imprudencia y no en la tipicidad objetiva como lo dice la sentencia; así también no podemos confundir al manifestar que el error de tipo excluye la antijuridicidad, ya que, el error de tipo descarta la acción típica puesto que la voluntad no está referida a la acción que describe como prohibida, sin voluntad no puede haber acción.²⁰⁷ Es decir el error de tipo se analiza en la tipicidad y no en la antijuridicidad, ya que son elementos constitutivos del delito totalmente diferentes. Es así que esta sentencia al no tener una motivación adecuada en donde se ponga de manifiesto el interés superior del menor y los derechos que engloban tal situación para poder dar un mejor argumento.

Lo que debo rescatar de esta sentencia son dos situaciones, la primera es que el tribunal considera como relevante el testimonio de la menor, lo cual establece concordancia con la Constitución y con Tratados Internacionales al manifestar que todo menor de edad debe ser escuchado en los procesos judiciales, y segundo que si fuese analizado en una forma adecuada el error de tipo, se excluiría tanto al dolo y a la imprudencia, lo cual ayudaría a destruir la norma que manifiesta que el consentimiento del menor es irrelevante. Pero como anteriormente he señalado en mi postura, que el consentimiento tendría que ser analizado exclusivamente en la antijuridicidad ya que el bien jurídico protegido o derecho de la víctima no estaría conculcado, al determinar que no existió una puesta en peligro o lesión del bien jurídico. Por último esta sentencia termina ratificando la inocencia del procesado dejándolo en libertad.

4.4.3. Antecedentes, Caso No. 2014-0451.

El día 28 de octubre del 2014 la menor LEYM se trasladaba a su Colegio Aida Moncayo, en donde se encuentra con el procesado, este se acerca a la menor, eran novios y ya habían dormido antes en la casa de la víctima, le pidió su acompañante ir a su casa para ver una película, la adolescente tenía en ese entonces 13 años de edad, el procesado tenía 21 años de edad, en el domicilio de él tuvieron relaciones sexuales por cuatro

²⁰⁶ Sentencia del Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 17241-2014-0048.

²⁰⁷ Nódier Agudelo Betancur. *Curso de Derecho Penal*. (Bogotá: Temis, 2007), 96.

ocasiones, luego de aquello el procesado deja a la víctima en su Colegio, la menor cuenta a sus padres lo sucedido, y eso así que se le detiene procesado. Se da inicio a la Instrucción Fiscal en contra del señor Juan Carlos Bances Moreno, por el tipo penal tipificado y sancionado en el Art. 171 numeral 3, en calidad de autor, esto es el delito de violación.

Luego de aquello el procesado es llamado a juicio, en donde se presentó la prueba, como fue: el policía aprehensor quien tuvo conocimiento por los padres de la menor que ella presuntamente había sido abusada sexualmente y que sabían la localización del presunto agresor y con ello detuvieron al procesado; el médico legal, quien determinó que existía laceraciones recientes en la vagina de la adolescente; perito de identificación humana de ADN, quien cotejó las muestras extraídas de la adolescente con las del procesado, identificado que efectivamente el procesado fue la persona que tenía el mismo perfil genético que encontraron en la adolescente; de igual forma se realizó un examen psicológico a la adolescente quien manifestó que, un amigo de su madre le brindaba posada en su casa, que jugaba con el celular del señor, en su cumpleaños le había propuesto ser su novio y ella acepto porque una amiga le había dicho que en el amor no había edad. Indicando que la menor le manifestó que cogió un taxi y se fue a la casa del señor, entro por la puerta trasera y se acostó en la cama, vieron una película, la beso y le dijo que le quería mucho, tuvieron relaciones sexuales, ella le quito la ropa a él y él a ella, mantuvieron relaciones sexuales, que mientras él le hacía eso él le decía que le quería mucho y ella le decía que ella también; la psicóloga manifestó que no tenía estrés pos trauma por el evento, que tiene un desarrollo psicoevolutivo normal, es decir no tiene afectaciones psicológicas la menor; y el testimonio urgente de la adolescente fue concordante con lo relatado a la psicóloga, es decir informo que fueron novios con el procesado, que accedió a tener relaciones sexuales con su consentimiento, que él no le ha hecho daño y que le quiere.²⁰⁸

4.4.3.1. Análisis del Caso.

Esta sentencia es muy clara al momento de analizar el consentimiento manifestando que: “La ley establece un límite de edad por debajo del cual se determina que todas las personas no tienen capacidad para dar un consentimiento válido a la realización de actos de contenido sexual, tratándose de una presunción iure et de iure, sin

²⁰⁸ Sentencia del Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 2014-0451.

dejar posibilidad alguna a que se demuestre lo contrario. De acuerdo a nuestra legislación los menores de catorce años carecen de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual, por lo que se intenta proteger su libertad futura, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, siendo inexistente cualquier consentimiento dado para mantener una relación sexual sin que se admita prueba en contrario. En el presente caso Fiscalía probó por medio del Certificado Biométrico de L.E.Y.M., a la fecha de los hechos, 28 de octubre del 2014, tenía la edad de trece años, cuatro meses, cumpliendo con los elementos normativos del tipo.”²⁰⁹

Desde el primer análisis que realiza el Tribunal se manifiesta que en este tipo de situaciones no se admite prueba en contrario, lo cual deja claramente en indefensión a la defensa puesto que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia, ya que esto nos alerta que la sentencia que se va a dictar será condenatoria, es decir que cualquier prueba que la defensa haya presentado en juicio no tendrá validez puesto que al considerar que el consentimiento de un menor de edad es irrelevante en delitos sexuales, aplica sin ningún otro argumento el derecho positivo, sin dar cabida a la ponderación o proporcionalidad de la conducta realizada en cuanto a los supuesto derechos vulnerados de la víctima, lo curioso es que en este punto es también contradictorio puesto que, se manifiesta por parte del Tribunal que se intenta proteger su libertad, su normal evolución, y desarrollo de su personalidad de la adolescente, pero lo que no toma en cuenta el Tribunal es que la adolescente no ha sufrido ningún trastorno psicológico, puesto que se desarrolla normalmente, es decir su bien jurídico protegido se encuentra intacto y su desarrollo de la personalidad no ha sido vulnerado por mantener una relación sentimental con el procesado. Es decir el tribunal se limita únicamente a dar valor a la norma jurídica sin dar mayor explicación del bien jurídico supuestamente vulnerado.

4.4.4. Antecedentes, Caso No. 17957-2015-00205.

Este es un caso que se trató en la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores del Distrito Metropolitano de Quito. Se llega a tener conocimiento del caso, puesto que la madre de la supuesta víctima adolescente de 13 años, pone una denuncia en la fiscalía informando que un amigo del colegio también menor de edad había abusado sexualmente de su hija, con estos antecedentes se realiza a la menor un examen médico legal

²⁰⁹ Sentencia del Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 2014-0451.

ginecológico, determinando que en verdad tenía desgarros antiguos en su vulva y vagina, con estos antecedentes se dio inicio a la Investigación Previa, la menor es sometida a algunos peritajes, entre ellos el informe psicológico, en donde entra varias cosas señalaba que la menor no tenía ninguna afectación psicológica, que tiene un desarrollo psicoevolutivo normal, que no tiene estrés pos trauma, y que en la entrevista había manifestado que ella tuvo relaciones sexuales con su novio y que fueron con su consentimiento; así también en su testimonio urgente manifestó que en verdad ella había dado su consentimiento para tener relaciones sexuales con su novio porque se querían; dentro de la investigación el menor infractor también rindió su testimonio, en donde informo que si ellos tuvieron relaciones sexuales fue porque se querían y que siempre fueron con consentimiento, nunca a la fuerza. Luego de recopilar los elementos de convicción realiza una Audiencia de Formulación de Cargos en contra de menor infractor dando inicio a la Instrucción Fiscal por el delito de Violación, delito tipificado en el Código Orgánico Integral Penal en donde la sanción para un menor es de cuatro a ocho años según lo señala el Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia, dentro de esta etapa procesal, la defensa del menor propone a la fiscalía y a la víctima por medio de su defensa llegar a una conciliación, la cual es aceptada y de inmediato se pone en conocimiento del juez para que sea resuelto el pedido.²¹⁰

4.4.4.1. Análisis del Caso.

Resulta interesante la resolución del juez competente, puesto que establece que este acto no ha causado alarma social y por ende no se ha trasgredido el bien jurídico de la víctima ya que ella ha otorgado su consentimiento para mantener relaciones sexuales con el presunto menor infractor que resulto ser su novio. La resolución determina además que todas las resoluciones y actuaciones deben efectuarse y gestionarse apegadas a los principios de humanidad en la aplicación del derecho, esto tiene que ser prioridad al enjuiciamiento, legalidad, independencia, moralidad, entre otros,²¹¹ esta parte resulta muy importante ya que el juzgador realiza un análisis al prevalecer los principios de naturaleza humana y que también son Constitucionales, para no llegar a una sentencia condenatoria.

²¹⁰ Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Juicio No. 17957-2015-00205.

²¹¹ Sentencia Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Juicio No. 17957-2015-00205.

Analiza el principio de proporcionalidad, el cual tiene jerarquía de rango constitucional al determinar la debida proporcionalidad de la infracción cometida y la medida socioeducativa, para ello tiene en consideración la excepcionalidad de la privación de libertad de una persona ya que esta servirá como último recurso, lo cual, para el caso concreto se aplica medidas alternativas a la privación de libertad, dando la oportunidad de reinserción al menor en la sociedad. Con lo referido, establece que para resolver la situación del menor infractor se debe además analizar las Reglas de Beijín No. 17 numeral 1, literales a), b), c) y d).²¹² Me parece una excelente resolución que realiza el juez competente, y con ello podemos determinar que en verdad esta norma accesoria a los delitos sexuales en cuanto al consentimiento irrelevante del menor no fue la regla y se realizó un análisis más profundo de las circunstancias del caso.

Como se manifestó en líneas anteriores, de todos estos casos analizados, los jueces no dan un verdadero sentido al análisis probatorio que surge de la investigación y/o de la Instrucción Fiscal, sino todo lo contrario, lo que hacen es no tomar en consideración la prueba practicada, haciendo caso omiso al no encontrar una vulneración del desarrollo sexual del adolescente, y únicamente dan realce a la norma penal que como ya lo hemos visto, vulnera derechos y deja de lado el consentimiento que el adolescente puede otorgar en este tipo de delitos, es decir lo deja sin derecho a opinar, sin además darse cuenta el juzgador que en muchas ocasiones sería causar un mal más grande el no dejare desenvolverse sexualmente con su pareja o con la persona que elija para mantener una relación sexual, poniéndole a la persona con la cual el adolescente elija como su relación sentimental detrás de una cárcel, cuando el verdadero sentido de la norma penal en nuestro sistema no es ese, sino el proteger bienes jurídicos cuando estos se encuentre vulnerados.

²¹² Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores “Reglas de Beijín”, 17.Principios Rectores de la Sentencia y la Resolución. 17.1 La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: a) La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y a la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad; b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que haya otra respuesta adecuada; d) En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor.

CONCLUSIONES

1.- El consentimiento en materia penal es dado única y exclusivamente por el sujeto pasivo de la conducta punible, es por ello que, los adolescentes según su desarrollo intelectual pueden consentir en tener relaciones sexuales. El consentimiento necesariamente tiene que ser analizado en la antijuridicidad material ya que así se puede observar el verdadero carácter lesivo del derecho conculcado al sujeto pasivo. Nuestra legislación penal observa siempre que la conducta punible alcance un riesgo o vulneración en el bien jurídico, es por ello que, al no existir una trasgresión determinada en el derecho presuntamente vulnerado, mal se podría hacer un juicio de reproche al agente de la conducta.

2.- La ley positiva, esto es aquella que se encuentra en el artículo 175 numeral 5 del Código Orgánico Integral Penal, no tiene una sustentación en cuanto a la validez y eficacia de la norma, puesto que al tener un Derecho Constitucional que prevalece sobre los otros ordenamientos legales, no se encuentra acorde y en armonía a los derechos de los adolescentes, lo cual, frente a la justicia se les invisibiliza, es decir se les oculta en de la realidad social y más aún en los procesos judiciales de carácter penal, esto lleva a que no tengan derecho a opinar sobre lo que ellos piensan en un proceso judicial y lo peor de todo es que si se les da el derecho a opinar, este no es analizado por los juzgadores, sin dar cabida a que es lo verdaderamente importante en su interés superior.

La norma del Código Orgánico Integral Penal que determina que el consentimiento de los menores de edad es irrelevante en temas de delitos sexuales, es por ello que como propuesta a nuestro estudio, resulta que además dentro del análisis realizado y sin adentrarnos a temas profundos de Derecho Constitucional, se pueda analizar esta norma penal en un margen constitucional para así determinar si efectivamente esta norma es inconstitucional, puesto que del estudio realizado en cuanto a los derechos de los adolescentes en temas sexuales, no se ha hecho un correcto análisis de ponderación y/o de proporcionalidad al momento de promulgar la norma, ya que de lo verificado en este estudio, podemos determinar que por un lado el interés superior del adolescente esta sobre cualquier otro derecho humano, y que además si al adolescente se le coartaría su libre desarrollo de su personalidad si darle la capacidad de decisión, sería más perjudicial en su sano desarrollo sexual. Lo que vale aclarar es que la edad del

consentimiento no es un tema de nuestra tesis, pero lo que si es importante es conocer en qué momento los adolescentes están preparados para otorgar este, ya sea por su desarrollo intelectual y físico, puesto mal se haría juzgar penalmente una afectación o una puesta en peligro de derechos constitucionales que no se vulneran.

3.- Los delitos de carácter sexual son eminentemente dolosos, es decir son realizados con el fin de causar daño al sujeto pasivo. Dentro de nuestra legislación encontramos algunos tipos penales que tipifican estas conductas, lo curioso de aquello es que en la mayoría de casos dentro de sus elementos objetivos, establecen edades mínimas y máximas con las cuales se adecuaría la conducta, pero sucede que esto se deja de lado y se aplica una norma accesoria a los tipos penales puesto que si la persona es menor de edad, es decir menor de dieciocho años y pese a que haya otorgado su consentimiento, se adecuaría de todas formas al tipo penal por el cual se le acuse, es decir todos los tipos penales de carácter sexual pueden ser cometidos en contra de adolescentes pese a que estos hayan otorgado su consentimiento, es por ello que en nuestra legislación no se podría analizar el consentimiento en la tipicidad.

4.- Uno de los fines del derecho penal es la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, esto es que, si dentro de la antijuridicidad realizando un juicio desvalorativo del resultado existen preceptos permisivos en donde el verdadero sentido de la lesividad no es vulnerado, pese a que exista una norma positiva que determine que el consentimiento de los menores es irrelevante en temas de delitos sexuales, se tiene que valorar si existe una trasgresión al bien jurídico y si ese bien jurídico transgredido tenía un precepto permisivo que en este caso es el consentimiento.

5.- Nuestro país es el único de la región que establece que todos los menores de edad no pueden otorgar su consentimiento, ya que este carecería de relevancia, es decir a comparación de la evolución social de nuestros países vecinos, nuestro país no pone una edad mínima en la que les otorgue a los adolescentes para que ejerzan sus derechos a la sexualidad.

6.- Los tribunales de justicia no tienen una línea referencial, esto es, un precedente jurisprudencial que les ayude a desarrollar de mejor manera el consentimiento del adolescentes en delitos sexuales, ya que no veo justo que se apliquen sanciones extremadamente altas, recluyendo a personas inocentes sin dar oportunidad que estos

puedan ejercer sus derechos de familia o de pareja. En muchos casos, si una debida motivación se ha considerado que la normativa no tiene prueba en contrario, dejando en total indefensión y estableciendo una pena desproporcionada.

7.- Con nuestro estudio además podemos concluir que, se podría realizar un proyecto de reforma al delito de violación, en cuanto a las circunstancias del acto, como por ejemplo, determinar como elemento constitutivo del delito que agrave la pena la relación de poder que pueda ejercer el sujeto activo de la conducta, ya sea en el caso de ser un profesor, un sacerdote, un jefe, etc.. Y por otro lado también se debería añadir al tipo penal que en caso de ser una persona menor de 14 años como está actualmente tipificado en la norma, para que constituya un acto atípico, tendría que evaluarse el consentimiento de la víctima y además este acto sexual nace de una relación sentimental de pareja. Y no sólo aquello, sino como ya lo manifestamos anteriormente, como una propuesta de este estudio es que la edad del consentimiento sea relevante a partir de los doce años de edad, ya que tanto normativa, cognitiva, física, científica e intelectualmente el desarrollo del adolescente aparece a muy temprana edad.

Bibliografía

- Agudelo Betancur, Nódier, *Curso de Derecho Penal*, Bogotá: Temis, 2007.
- Aguilar Cavallo, Gonzalo, *El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Chile: Universidad de Talca, 2008.
- Angulo Sánchez, Nicolás. *El derecho humano al desarrollo*, Madrid: Iepala, 2005.
- Argeri, Saúl, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Sociales*, Buenos Aires: Ed. La Ley, 1999.
- Ávila Santamaría, Ramiro y Corredores Ledesma, María, *Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral*. Quito: V&M Gráficas, 2010.
- Bacigalupo, Enrique, *Manual de Derecho Penal Parte General*, Bogotá: Ed. Temis Ilanud 1984.
- Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- Calvo, Manuel y Fernández, Natividad, *Derechos de la Infancia y la Adolescencia*. Zaragoza: Mira editores.
- Carrara, Francisco, *Programa del Curso de Derecho Criminal Parte Especial*, Buenos Aires: Ed. Depalma, 1997.
- Carrasco Jiménez, Edison, *La Teoría Material del Bien Jurídico del sistema Bustos/Hormazabal*, Salamanca: USC, 2015.
- Cornieles, Cristóbal y Morais, María, *Tercer año de vigencia de la ley Orgánica para la protección del niño y del adolescente*, Caracas: Publicaciones UCAB, 2003.
- De la Torre Martínez, Carlos, *Derecho a la no Discriminación*, México D.F.: Universidad Autónoma de México, 2006.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua.- consentimiento.- Ed. Microsoft 2015.
- Diccionario esencial de la lengua Española. Madrid: Real Academia Española, 2006.
- Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte General Tomo III*, Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 2010.
- Donna, Edgardo Alberto, *Derecho Penal Parte Especial, Tomo I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2011.
- Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena: Imputación Delictiva*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1995.
- Encalada Hidalgo, Pablo, *Teoría Constitucional del Delito*, Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2015.

- Eser, Albin y Burkhardt, Bjorn, *Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de Casos de sentencia*, Madrid: Colex, 1995.
- Estiarte, Carolina, *Delitos contra la Libertad e Indemnidad sexual de los menores*, Pamplona: Aranzadi, 2015.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 2001.
- Franz, Johann, *Sobre la Necesidad de una Lesión de Derechos para el Concepto de Delito*, Buenos Aires: Editorial B de F, 2010.
- Frenk Mora, Julio y otros, *La salud sexual y reproductiva en la adolescencia*, Chapultepec: Secretaría de Salud, 2002.
- Flores, Ivonne Melva y Aracena Morales, Lorena. *Tratado de los Delitos Sexuales*, Santiago de Chile: Editorial Jurídica la Ley, 2005.
- Fontán Balestra, Carlos. *Derecho Penal, Parte Especial*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1972.
- García Méndez, Emilio, *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia*, Quito: V&M Gráficas, 2010.
- Gruber, E., *La sexualidad adolescente y los medios de comunicación: Un examen de conocimientos e implicaciones actuales*, Estados Unidos: Western Journal of Medicine, 2000.
- Hernández, Gil Antonio, *El cambio político y español y la constitución*, Barcelona: Planeta, 1982.
- Hodgkin, Rachel y Newell, Peter, *Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Ginebra: Atar Roto Presse, 2001.
- Jarque, Gabriel Darío, “La relevancia penal del consentimiento”, en *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2013.
- Jescheck, Hans, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona Ed. Bosch, 1978.
- Jescheck, Hans y Weigend, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General 5ta. Ed.* Granada: Comares, 2002.
- Martínez Roaro, Marcela, *Derechos y Delitos Sexuales y Reproductivos*, México D.F: Editorial Porrúa, 2007.
- Maurach, Reinhart y Zipf, Heinz, *Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires: Astrea, 1994-1995.
- Merkel, Aldolf, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires: B de F, 2014.

- Mezger, Edmundo, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1955.
- Molinario, Alfredo. *Los Delitos*, Buenos Aires: TEA, 1999.
- Molinier, María, *Diccionario de Uso del Español*, Madrid: Real Academia Española, 1998.
- Monroy, Anameli, *Salud y Sexualidad en la adolescencia y juventud*, México: Pax, 2002.
- Noguera Ramos, Iván, *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual*, Lima: Gijley, 2011.
- Núñez, Ricardo, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Omeba.
- Pabón Parra, Pedro Alfonso, *Delitos Sexuales*, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005.
- Pérez Pinzón, Álvaro Orlando, *Introducción al Derecho Penal*, Bogotá: Editorial Temis, 2009 52.
- Pérez, Neli y Navarro, Ingasi, *Psicología del Desarrollo Humano*, Alicante: Editorial Club Universitario, 2011.
- Pierangeli, José Henrique, *El Consentimiento del ofendido*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 1998.
- Quintano Ripolles, Antonio, “Relevancia del Consentimiento de la Víctima en Materia Penal”, en *Anuario de Derecho Penal*, Madrid: Trotta.
- Raguz, María, *Salud sexual un derecho de las y los adolescentes*, Barcelona: UOC, 2003.
- Righi, Esteban, *Derecho Penal, Parte General*, 2ª. Ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.
- Ríos, Jaime, *El Consentimiento en Materia Penal*, Santiago de Chile: Universidad de Talca, 2006.
- Rodríguez Pardo, Julián, *Derecho de la Información*, Madrid: Dykinson, 2007.
- Roxin, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I*, Madrid: Civitas, 2007.
- Simon Campaña, Farith, *Interés superior del niño: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*, Quito: Iuris Dictio, 2014.
- Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires: Tea, 1994.
- Stern, Claudio, *Investigación, experiencias y estrategias para su salud sexual y reproductiva*, Mexico D.f.: Population Council, 2008.
- Strasburger, *Adolescentes, el sexo y los medios de comunicación*, Estados Unidos: Medicine Clinics, 2005.

- Tenca, Adrián Marcelo, *Delitos Sexuales*, Buenos Aires: Astrea, 2013.
- UNICEF, *Adolescencia una etapa fundamental*. Nueva York: Fondo de las Naciones Unidas, 2005.
- Universidad Externado de Colombia, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Bogotá: V&M Gráficas, 2002.
- Villacampa Estiarte, Carolina, *Delitos contra la Libertad e Integridad sexual de los menores*, Pamplona: Aranzadi, 2015.
- Zacarés, Juan José y Serra, Emilia, *La madurez personal: perspectivas desde la psicología*, Madrid: Ediciones Pirámide, 1998.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal Parte General III*, Buenos Aires: Ediar, 1987.
- Zapata, Rosa y Gutiérrez, María *Salud Sexual Y Reproductiva*, Almería: Universidad de Almería, 2016.

NORMATIVA

- Asamblea Nacional de la República del Ecuador, *Borrador Segundo Debate del Código Orgánico Integral Penal*, Quito, 09 de diciembre del 2012.
- Código Civil Ecuatoriano. Artículo 21. Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.
- Código de la Niñez y Adolescencia. Artículo 4. Registro Oficial No. 737 de 03 de enero del 2003.
- Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero del 2014.
- Código Penal Boliviano. Ley N° 1768 de 10 de marzo de 1997.
- Código Penal Colombiano. Ley 599 de 2000. Publicada en el diario oficial número 44.097 del 24 de julio de 2000.
- Código Penal Chileno. Ley 19617 promulgada el 2 de julio de 1999.
- Código Penal de la Nación Argentina. Ley 11.179. Artículos sustituidos por la [Ley N° 25.087](#) B.O. 14/5/1999.
- Ley No. 28704. Artículo 1. Diario Oficial El Peruano de 05 de abril del 2006.
- Observación general No. 13 (2011) sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia. Párrafo 12.

Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño Adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959.

Comité de los Derechos del Niño. Observaciones generales al informe inicial de Cuba. CRC/C/15/Add.72, 18 de junio de 1997, párrafo 6.

Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 444 de 20 de octubre del 2008.

Convención sobre los Derechos del Niño. Artículo 12. Registro Oficial, Suplemento No. 153 de 25 de noviembre del 2005.

JURISPRUDENCIA

Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional de Perú. Sentencia No. 00008-2012-PI/TC de 12 de diciembre del 2012, 5.

Sentencia del Tribunal Noveno de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 17282-2014-1382. De fecha miércoles 29 de abril del 2015.

Sentencia del Tribunal Primero de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 17241-2014-0048.

Sentencia del Tribunal Cuarto de Garantías Penales de Pichincha. Juicio No. 2014-0451.

Sentencia de la Unidad Judicial de Adolescentes Infractores con Sede en el Distrito Metropolitano de Quito. Juicio No. 17957-2015-00205.

INTERNET

<http://adoentreinfa.blogspot.com/2013/05/diferencia-entre-la-adolescencia-y-la.html>

<http://escuela.med.puc.cl/paginas/ops/curso/Lecciones/Leccion02/M1L2Leccion.html>

http://www.ecuadorencifras.gob.ec/documentos/webinec/Estadisticas_Sociales/ENSANUT/SaludSexual_y_Reproductiva/141016.Ensanut_salud_sexual_reproductiva.pdf